

CODIGO CIVIL

COMENTADO

POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS

tomo I

Título Preliminar
Derecho de las Personas
Acto Jurídico



GACETA JURIDICA

INDICE

TITULO PRELIMINAR

1. Presentación
2. Abreviaturas
3. DEROGACIÓN DE LA LEY
4. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO
5. APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO
6. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY
7. LA AUTONOMIA PRIVADA: SUS LIMITACIONES FRENTE A LAS LEYES IMPERATIVAS Y AL ORDEN PÚBLICO
8. LEGITIMIDAD PARA OBRAR
9. FUNCIÓN SUPLETORIA y CORRECTORA DEL JUEZ: EL AFORISMO *IURA NOVIT CURIA*
10. VACIOS DE LA LEY Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO
11. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL
12. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR VACIOS O DEFECTOS DE LA LEGISLACIÓN

Presentación

El Código Civil es la norma del hombre común, de las situaciones y relaciones cotidianas, la norma que contiene la esencia de la dinámica social. Es en este sentido la norma más importante del sistema jurídico, precisamente por ser el continente legal propio del hombre común sin el que ninguna sociedad es posible.

En los últimos veinte años, que es esencialmente el tiempo en el que ha estado vigente nuestro Código, se han producido cambios en el mundo que nuestros codificadores no pudieron prever: la globalización, el avance de la informática, la reforma del Estado a nivel mundial y el consiguiente proceso de privatización de muchas de sus funciones, el desarrollo de la biotecnología y el triunfo de la economía de mercado ofrecen sin duda un nuevo escenario al codificador de este siglo.

La reforma de un Código no es tarea fácil, no se trata de una simple modificación legal, ni de la puesta al día con los avances de la doctrina. En el Código Civil se plasma la manera como la sociedad entiende las relaciones entre los particulares que la componen. De ahí que el Código no puede ser solo un conjunto de tecnicismos que apunten a facilitar las transacciones en el mercado, aunque es inocultable la importancia de esto.

Un Código excesivamente técnico es una norma cerrada sin mayores posibilidades para comprender todos los latidos de la sociedad que aspira a regular. Un Código cerrado es un Código de élite, un homenaje a la dogmática, un absurdo en un país como el Perú lleno de desencuentros y de pobreza. Por el contrario, una norma abierta permite que la sociedad a través de sus operadores y su jurisprudencia tenga un papel activo en la determinación de su sentido. Un lenguaje excesivamente técnico difícilmente permite una vinculación con elementos extrajurídicos: valores, economía, avances científicos, elementos sociales que en su conjunto constituyen la realidad. "Un artículo no puede encerrar el curso vital de la vida social.

Cómo intentar una reforma si no se conoce la jurisprudencia del Código, si no se sabe objetivamente cómo se ha aplicado durante todos estos años. Desde luego el Código contiene claros errores o deficiencias, y para su cambio no es necesario un recaudo jurisprudencial que lo respalde. Pero esos son cambios aislados, una reforma exige una relectura no solo del Código sino de la propia sociedad de cara a los nuevos tiempos en que vivimos. Y ahí sí no es posible iniciar una reforma sin un

previo balance de lo sucedido. ¿Existe acaso por parte del Poder Judicial o de alguna entidad del Estado una labor de acopio y ordenación de la jurisprudencia? ¿Cuántas jornadas nacionales se han realizado para evaluar la aplicación del Código en sus distintas materias? ¿Alguna universidad ha realizado en los últimos años algún trabajo de investigación sobre la aplicación del Código? A todas estas preguntas la respuesta es no. Al margen de encomiables esfuerzos privados, como el de la publicación Diálogo con la Jurisprudencia, el Estado prácticamente no ha hecho nada. Más allá de algunos plenos jurisdiccionales sobre escasos temas no hubo ningún estudio jurisprudencial por parte del Estado.

El aporte de la jurisprudencia al Código Civil es aún un trabajo por conocer, una tarea pendiente. Si aceptamos que jamás será posible crear una norma completa entenderemos cuán importante es la jurisprudencia y la auténtica actividad creadora que a través de ella se realiza. El aporte de la jurisprudencia es vital en cualquier ordenamiento jurídico y en cualquier intento de reforma, pero es evidente que en nuestro país su relevancia no ha sido cabalmente entendida. No se comprende que lo que mantiene vivo a un Código es su jurisprudencia; las leyes evolucionan aun cuando su texto no cambie. Si las circunstancias históricas y sociales que les dieron origen cambian, ellas también cambiarán; esta es una tarea de la jurisprudencia. En medio de esta orfandad jurisprudencial se pretende reformar el Código.

Adicionalmente a lo dicho no puede perderse de vista que el país se ha empeñado en cambiar nuevamente su Constitución, y éste también es un tema de primera importancia en relación a la reforma del Código. Para que una norma como el Código Civil funcione adecuadamente, no solo debe cuidar de su relación con el resto del ordenamiento sino de su coherencia con la Constitución. El influjo de las normas constitucionales sobre las relaciones jurídicas civiles es más que evidente; piénsese en temas como la propiedad, la libertad de contratación, la libertad de empresa, pero sobre todo los derechos de la persona que son para la actual Constitución y serán para la futura Constitución, la norma clave de la cual desciende todo el Derecho.

Es precisamente en ese contexto, de reforma del Código, de cambio de Constitución, de ausencia de balance jurisprudencial, que cerca de 100 especialistas han unido esfuerzos para hacer un estudio crítico de la norma más importante del Derecho privado. Se trata de un trabajo sin precedentes en la literatura jurídica nacional. Nunca antes se habían reunido tantas y tan diversas voces, que desde distintas perspectivas y diferentes convicciones se decidieran a decirle a la sociedad qué está pasando con su Código Civil.

No es necesario referimos a los autores, pues a poco de abrir las páginas de este libro el lector puede comprobar que en él se reúnen los mejores juristas del Derecho nacional acompañados por jóvenes profesionales de evidente solvencia científica. En este sentido el lector no hallará en esta obra un trabajo individual sino un esfuerzo colectivo, no una voz monocorde, sino una pluralidad de pensamientos.

Los 2132 artículos han sido analizados a la luz del avance de la doctrina, de los avances científicos, del desarrollo y del lugar que hoy ocupan los derechos fundamentales, del rol central que desempeña el mercado en la sociedad contemporánea;

⁸¹

pero sobre todo se ha hecho un estudio partiendo de la experiencia de la aplicación de cada norma. De ahí que siempre que ha sido posible los comentarios son acompañados con reseñas jurisprudenciales que dan cuenta de cómo nuestros jueces han interpretado el Código. Otra nota importante de la obra son las referencias bibliográficas que aparecen al final de cada comentario: se ha recogido la producción jurídica nacional sobre cada tema, y se ha adicionado la más importante bibliografía extranjera.

Se trata en suma de una obra que revela la madurez que nuestro Derecho Civil ha alcanzado. Estamos convencidos de que este aporte sin precedentes contribuirá significativamente al debate de la reforma, pero sobre todo, ayudará a lo que es aún más urgente, su cabal y correcta aplicación.

Finalmente, quienes concebimos la idea de este proyecto, estamos convencidos de que un Código debe ser un repertorio de soluciones jurídicas a recurrentes situaciones sociales; solución y no problemas debe representar el Código Civil. De ahí que cualquier intento de análisis y reforma debe estar basado en un balance jurisprudencial. No es suficiente que para una reforma militen razones de orden jurídico, también han de considerarse las de orden social y práctico.

Por eso, del Código solo ha de innovarse lo estrictamente indispensable, y en ningún caso innovar por mera moda. El Código Civil es una pieza angular en la arquitectura jurídica de un país; y los países no se desarrollan por el cambio permanente de sus leyes sino por el realismo de éstas y por su celoso respeto.

Finalmente, unas palabras de agradecimiento para todo el equipo de abogados de la Gaceta Jurídica que ha participado en la obra, e igualmente y en forma especial al doctor Juan Espinoza Espinoza, director del tomo 1, quien no solo ha comentado diversos artículos, sino que ha contribuido con numerosos aportes al diseño metodológico de la presente obra.

Walter GUTIERREZ CAMACHO

Abreviaturas de Concordancias

CONSTITUCION V CÓDIGOS

C.....	Constitución Política de 1993
c.c.....	Código Civil (D.Leg. 295 de 24-07-84)
C.P.C.....	T.U.O. del Código Procesal Civil (R.M. 010-93-JUS de 23-04-93) T.U.O. del Código Tributario (D.S. 135-99-EF de 19-08-99) Código Penal (D.Leg. 635 de 8-04-91)
C.T.....	Código de Comercio (1-07-02)
C.P.....	Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337 de 7-08-2000) Código Procesal Penal (D.Leg. 638 de 27-04-91)
C.deC.....	
C.N.A.	
C.P.P.	
LEY 23415.....	LEYES
LEY 24656	Ley de transplantes de órganos y tejidos de cadáveres y de personas vivas (4-06-82)
LEY 24703.....	Ley General de Comunidades Campesinas (14-04-87)
LEY 26435	Modifica la Ley de transplantes de órganos y tejidos de cadáveres y de personas vivas (25-06-87)
LEY 26454	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (10-01-95)
LEY 26497	Declara de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana (25-05-95)
LEY 26505	Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (1207-95)
LEY 26572	Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (18-07-95)
LEY 26626	Ley General de Arbitraje (5-01-96)
LEY 26636	Ley sobre el plan de lucha contra el SIDA (20-06-96)
LEY 26702	Ley Procesal del Trabajo (22-09-96)
LEY 26715.....	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (9-12-96)
LEY 26789	Precisa casos de fallecimiento en que no será exigible la necropsia para la entrega del cadáver a los familiares (27-12-96)
LEY 26842	Normas sobre representación procesal del administrador,representante legal o presidente del consejo directivo de personas jurídicas (16-05-97)
LEY 26845	Ley General de Salud (20-07-97)
	Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa (26-07-97)

LEY 26887	Ley General de Sociedades (9-12-97)
LEY 27050	Ley General de la Persona con Discapacidad (6-01-99) Ley de
LEY 27287	Títulos Valores (19-06-2000)
LEY 27337	Código de los Niños y Adolescentes (7-08-2000)
LEY 27444	Ley del Procedimiento Administrativo General (11-04-2001) Ley
LEY 27809	General del Sistema Concursal (8-08-2002)

DECRETOS LEVES

D.L. 21621	Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (15-09-76) Ley de
D.L. 22175	Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de
D.L. 26002	Selva Ley del Notariado (27-12-92)

DECRETOS LEGISLATIVOS

D.LEG. 052	Ley Orgánica del Ministerio Público (18-03-81)
D.LEG. 295	Código Civil (24-07-84)
D.LEG. 635	Código Penal (8-04-91)
D.LEG. 638	Código Procesal Penal (27-04-91)
D.LEG. 822	Ley del Derecho de Autor (24-04-96)
D.LEG. 823	Ley de Propiedad Industrial (24-04-96)
D.LEG. 837	Ley de creación del Registro Provisional de Identidad (6-08-96)

DECRETOS SUPREMOS

D.S. 003-79-AA	Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva (12-04-79)
D.S. 14-88-SA	Reglamento de la Ley de transplantes de órganos y tejidos de cadáveres y de personas vivas (31-05-88)
D.S. 008-91-TR	D.S. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas (15-02-91) T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2-06-93)
017-93-JUS	Reglamento del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones (12-03-94)
D.S. 03-94-JUS	Reglamento del Fondo del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones (12-03-94)
D.S. 04-94-JUS	Reglamento de la Ley que declara de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana (30-07-95)
D.S. 03-95-SA	T.U.O. de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (1-03-97) Reglamento de inscripciones en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (25-04-98)
D.S.001-97-TR	Normas sobre registro y certificación domiciliaria (11-06-99)
D.S.015-98-PCM	T.U.O. del Código Tributario (19-08-99)
D.S. 022-99-PCM	T.U.O. del D.Leg. 716, Ley de Protección al Consumidor (11-12-2000) T.U.O. de la Ley del Mercado de Valores (15-06-2002)
D.S. 135-99-EF	
D.S. 039-2000-ITINCI	
D.S. 093-2002-EF	

RESOLUCIONES MINISTERIALES

R.M. 010-93-JUS	T.U.O. del Código Procesal Civil (23-04-93)
-----------------------	---

TITULO

PRELIMINAR

DEROGACION DE LA LEY

La ley se deroga solo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

CONCORDANCIAS:

C.	<i>arto 103 párr. 32</i>
C. T.	<i>norma VI</i>
LEY26435	<i>arts. 36, 38, 40</i>

Comentario

Fernando Vidal Ramirez

Cuando el Código Civil fue promulgado e inició su vigor, era la Constitución Política de 1979 la que regía en el país, la cual, como la anterior de 1933, no tenía norma que señalara la conclusión de la vigencia de la ley sino solo la de su inicio, por lo que al igual que el Código que vino a derogar, el vigente introdujo una norma integradora del vacío del texto constitucional. Pero el artículo 103 de la Constitución Política de 1993 ha recogido el primer párrafo de la norma bajo comentario, lo que lo ha tornado aparentemente superfluo y, además, en diminuto, al haber previsto también la derogatoria de la ley declarada inconstitucional por efecto de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, consideramos que el artículo I del Título Preliminar

minar justifica su pervivencia, pues ha devenido en reglamentario del precepto constitucional y, más aún, mantiene su relevancia por la doctrina que incorporó para integrar los vacíos respecto de la problemática de la conclusión de la vigencia temporal de la norma legal.

A partir, pues, de la Constitución Política de 1993 han quedado establecidas las maneras de derogar la ley: por imperativo de otra ley y por efecto de una sentencia del Tribunal Constitucional en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad como consecuencia de la interposición de una acción de inconstitucionalidad. Como se sabe, la acción de inconstitucionalidad puede promoverse no solo contra las leyes en sentido formal sino también contra todas las normas que tienen rango de ley, aun en sentido material, como los decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del Congreso de la República, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, preceptuando el artículo 204 de la Carta Política que, declarada la inconstitucionalidad, la sentencia se publica en el diario oficial El Peruano y, a partir del día siguiente, la norma queda derogada en todo o en parte, según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, aunque sin efecto retroactivo.

La derogación por sentencia del Tribunal Constitucional no genera la problemática que sí genera la derogación por el imperativo de otra ley, pues, en este caso, la ley derogatoria surte sus efectos desde su entrada en vigencia, ya sea desde el día siguiente de su publicación o desde que queda cumplida su *vacatio legis*.

El carácter reglamentario que la norma bajo comentario tiene respecto del artículo 103 de la Constitución Política no le ha hecho perder su relevancia. Por el contrario, es la premisa de las normas que la complementan y continúa siendo la reafirmación del *ius scriptum* como característica fundamental de nuestro sistema jurídico y conduce a la inferencia irrefragable de que ni la norma consuetudinaria ni la desuetudo afectan la vigencia de una norma legal.

Si bien el precepto constitucional y la norma contenida en el numeral cuya exégesis venimos haciendo se refieren a la ley, ésta debe ser entendida en sentido genérico, como toda norma jurídica escrita y emanada del Estado y, en consecuencia, proclaman el principio general para la conclusión de su vigencia temporal. Este principio, por lo demás, debe aplicarse con observancia del orden jerárquico de las normas, lo que determina que una norma solo puede perder su vigencia por efecto de otra norma de igual o mayor jerarquía.

El artículo 1, que precede en el tiempo al artículo 103 de la Constitución Política, como sus antecedentes de los Códigos de 1936 (artículo 1) y de 1852 (artículo VI), ha optado por el vocablo derogar y no el de abrogar, a los que si bien el Diccionario de la Lengua Española les da el mismo significado la doctrina jurídica les señala algunas diferencias que consideramos que son irrelevantes en razón del inveterado uso de la *derogatio* en nuestra codificación civil como indicativa de la extinción de la vigencia temporal de las normas. El uso del vocablo, por lo demás, la Carta Política y el Código Civil lo hacen extensivo a toda modalidad de supresión de la vigencia de una norma legal.

La derogación puede ser total o parcial, según la norma derogatoria esté referida

a la totalidad de la norma que viene a derogar o solo a uno o más de sus aspectos, pero no a su totalidad. En ambos casos, como lo hemos ya indicado, la norma materia de esta exégesis, integra los vacíos respecto de la problemática que se presenta cuando la norma derogatoria no declara de manera explícita la norma que viene a derogar o cuando la nueva norma genera una colisión con la norma vigente. Esta problemática, que cautivó la atención de la doctrina, dio lugar a que se trazara una distinción entre derogación expresa y derogación tácita.

La derogación expresa es la que se produce por la "declaración expresa" de la nueva ley. En este caso no se genera problema alguno y, por eso, constituye una sana política y una buena técnica legislativa, que las nuevas normas legales que van a entrar en vigor hagan una referencia explícita a las que van a ser derogadas.

La derogación tácita es la que resulta de la nueva norma que no tiene "declaración expresa" pero que colisiona con la que se encuentra en vigencia. A esta derogación se refiere la norma exegetizada cuando hace mención a que la derogación se produce "por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla", lo que hace de aplicación las máximas romanas *ius posterius derogat priori* y *generi per speciem derogatum*, pese a que esta última es cuestionada por la doctrina y la legislación no la ha receptado plenamente.

En efecto, la Teoría del Derecho ha receptado solo la máxima romana *ius posterius derogat priori* y la ha resumido en el principio general que norma la derogación tácita, como regla no escrita: la "ley posterior deroga la anterior". Pero nuestra codificación civil sí ha admitido la de "la ley especial deroga a la general", por lo que ambas reglas gobiernan la incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior y cuando la materia de la ley anterior viene a ser regulada por la nueva ley.

El último párrafo del artículo 1, que venimos exegetizando, precisa y enfatiza el efecto de la derogación y, sin antecedente en nuestra codificación civil, ha receptado como norma general la no reviviscencia de la norma derogada al preceptuar que "por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado". De este modo, la norma derogada queda con su vigencia definitiva extinguida, salvo que la norma que venga a derogar a la derogante disponga que recobre su vigencia.

La solución a la problemática de la conclusión de la vigencia temporal de la norma legal la plantea el comentado artículo 1. Pero también el inicio de la vigencia de la ley derogatoria trae también una problemática cuya solución corresponde al artículo 111 de este mismo Título Preliminar.

E:J. DOCTRINA

I'

ABELENDA, César. *Derecho Civil. Parte General*. Astrea. Buenos Aires, 1980;
ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Urna, 1965;
BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho Privado*. Ejea. Buenos Aires, 1967;
BRECCA, Umberto / BIGLIAZI, Una / NATOLI, Ugo / BUSNELLI Francesco. *Derecho Civil*. Bogotá, 1995; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Modificación y derogación de las normas legales*. Ara Editores. Urna, 1999; COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Uteha. México, 1949; DE

BUEN, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho Civil*. Porrúa. México, 1977; DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Editorial. Madrid, 1977; DÍEZ PICAZO, Luis / GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*. Tecnos. Madrid, 1995; DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Edinaf. Lima, 1990; ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español. Parte General*. Edersa. Madrid, 1982; GAPICIA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Edersa. Madrid, 1979; GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Derecho*. Lima, 1988; LARENZ, Kan. *Derecho Civil. Parte General*. Edersa. Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor / Gaceta Jurídica. Lima, 1991; REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil peruano. Exposición de motivos y comentarios*. Lima, 1985; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ejea. Buenos Aires, 1979; PACHECO GÓMEZ, Víctor. *Teoría General del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993; PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1981; PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Edersa. Madrid, 1958; ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil. Doctrinas Generales*. La Paz, 1991; RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. PUCP. Lima, 1984; RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. PUCP. Lima, 1986; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derecho Civil. Parte General*. Ed. Cuzco. Lima, 1991; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Gaceta Jurídica. Lima, 2000.

JURISPRUDENCIA

"En caso de que una norma regule íntegramente la materia regulada por otra, se produce la derogación tácita de esta última, conforme al segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, por lo que la dación del D.S. 022-90-MIPRE sustituyó el régimen de depósitos establecidos en el D.S. 033-38-TC por un régimen de aportes obligatorios. Asimismo, al derogarse el D.S. 022-90-MIPRE por el D.S. 042-91-TC, no recobró vigencia el D.S. 033-88-TC, en aplicación del tercer párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil"

(Cas. N° 1700-98-Lima. Sala Civil
Transitoria de la Corte Suprema, El
Peruano 12/01/99, p. 2459).

"El actor sustenta la inaplicación del artículo primero del Título Preliminar del Código Civil en que la asamblea en que se tomó el acuerdo de censurarlo en su cargo de Presidente del Consejo de Administración, dicho acuerdo fue derogado en la asamblea del trece de febrero de mil novecientos noventa y cuatro... No puede admitirse que se haya derogado el acuerdo, por lo que el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil resulta inaplicable al caso de autos, más aún cuando está referido a la derogatoria de leyes".

(Cas. N° 721-95. Explorador
Jurisprudencial, Gaceta Jurídica).

"La derogación tácita puede realizarse de dos modos. El primero tiene lugar cuando una ley posterior contiene normas jurídicas incompatibles en todo o en parte con las contenidas en una ley anterior; esto es, imposible por la contraindicación

que allí se seguiría. Se tiene el segundo modo, cuando una nueva ley disciplina toda la materia regulada por una ley precedente, aunque no haya incompatibilidad entre las normas contenidas en ellas, y esto por la razón de que si el legislador ha reordenado toda la materia, es necesario suponer que haya partido de otros principios directivos, los cuales en sus variadas y posibles aplicaciones pueden llevar a consecuencias diversas o aun opuestas a las derivadas de la ley anterior".

(Cas. NI1393-98. Explorador Jurisprudencial, Gaceta Jurídica).

"El artículo primero del Título Preliminar del Código Civil es de naturaleza procesal".

(Cas. NI11599-98. Explorador Jurisprudencial, Gaceta Jurídica).

EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. ()*

CONCORDANCIAS:

- C. *arto 103 parr. 4*
C.C. *arts. 292, 297, 329, 632 (inc. 4), 924, 962, 1021 (inc. 6), 1076, 1079, 2060, 2064*
C.P.C. *arto 685*

Comentario

Juan Espinoza Espinoza

1. Definición

El abuso del derecho es un principio general del Derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo (RUIZ SERRAMALERA, GARCIA AMIGO, DIEZ-PICAZO, GULLÓN, BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI, entre otros) y ahí sí cabría su estudio dentro de la Teoría General del Derecho (como lo sostiene FERNÁNDEZ SESSAREGO).

En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineeficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva) (GAMBARO).

2. Supuestos de abuso del derecho en la experiencia Jurídica comparada del *common law* y europea

En el área del *common law*, desde 1706, la jurisprudencia inglesa, tuvo conocimiento de situaciones vinculadas con el abuso del derecho. Un *leading* lo encontramos en el *Decoy case* (caso de la escopeta): un propietario, Kleeble, dentro de su propiedad se dedicaba a la caza de pájaros con escopeta, para matarlos y venderlos. Su vecino Hikeringill disparaba con su propio fusil para espantar maliciosamente los

(*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. N° 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

pájaros. Se estableció, en la época, que no se podía usar las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro (RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE).

En los Estados Unidos, quien deliberadamente utiliza armas de fuego para hacer abortar zorras plateadas criadas por el vecino, responde a título de *nuisance*, vale decir, dentro de los principios de la responsabilidad objetiva (*Hollywood Silver Fox Farm v. Emmet*, en 2 K.B., 1936, 46). Quien tiene conocimiento de la particular sensibilidad de los visones al rumor y no obstante ello causa ruidos fuertes en las proximidades de un criadero, responde de los daños, sea a título de *negligence* que a título de *nuisance* (*Grandel vs. Mason*, en 3 D.L.R., 1953, 65) (GAMBARO).

En Francia merecen comentario dos casos, los cuales se resolvieron aplicando el artº 1382 del *Code*, que regula el resarcimiento del daño por responsabilidad civil. El primero data de 1855 y se vio en la Corte de Colmar: un propietario levantó una inmensa chimenea, no para uso personal, porque era falsa, ya que no tenía tiro, con el solo propósito de oscurecer la morada del vecino. Se sentenció que se "debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo" (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE).

El segundo caso, Clément-Bayard, fue conocido por el Tribunal de Compañía, después por la Corte de Amiens en 1913 y por la Corte de Casación, en el cual un especulador compró un terreno, construyendo obras formidables con enormes puntas de acero que desgarraban las envolturas de los dirigibles que salían frecuentemente de un hangar vecino, para hacer vuelos de ensayo antes de la entrega, con el propósito de vender dicho terreno a un precio prohibitivo. Se falló que el titular de un derecho no puede ejercitarlo "en vista de otro objeto que aquél para el cual ha sido reconocido por el legislador" (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE).

Se advierte, con razón, que si bien es cierto que los derechos potestativos (patria potestad, potestad marital, entre otros) en el pasado eran ejercidos arbitrariamente, en la actualidad también involucran una serie de obligaciones y, en caso de incumplimiento, dichos derechos pueden, inclusive, decaer. De tal manera que también en el caso de derechos discrecionales (o potestativos) se debería aplicar el principio del abuso del derecho, haciendo que éstos se conviertan en una suerte de derechos "controlados" (RESCIGNO).

A diferencia de Francia, en Alemania y en Suiza, la figura del abuso de derecho ha sido recogida por el Código Civil. En Alemania, el Tribunal Supremo del Reich en 1909, tuvo que resolver el caso de un padre enemistado con su hijo que le prohibió visitar la sepultura de la madre sita en una finca de su propiedad. El padre había elegido como causa de prohibición, que al encontrarse con su hijo tendría que temer un perjuicio en su salud quebrantada. El Tribunal limitó dicha prohibición a aquellos días que no tuvieran el significado de grandes festividades religiosas, pese a que fundamentaron el artículo 226 BGB (que regula el principio del abuso del derecho). En el Derecho moderno alemán se hace hincapié a la función social de los derechos. También incurre en abuso del derecho el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oposición a los acuerdos de la junta general para fines egoístas. Sin embargo, se ha observado que tanto la doctrina como la jurisprudencia han preferido

aplicar la norma relativa a la buena fe, contenida en el artículo 242 BGB. La desaplicación del artículo 226 BGB también encontró inicialmente un contrapeso en el recurso a una norma de la responsabilidad civil, el artículo 826 BGB, que obligaba al resarcimiento a quien hubiese ocasionado un daño en manera contraria a las buenas costumbres.

En Europa, también han codificado el abuso del derecho, Rusia, Portugal, España, Checoslovaquia y Polonia (en 1934 y en 1964). Particular atención merece España, que ha atravesado por un proceso de evolución hasta considerar como principio general al abuso del derecho y legislarlo en el Título Preliminar de su Código Civil. En el viejo Fuero de Castilla, habían sanciones para que los hermanos que maliciosamente "tardaban" el casamiento de la hermana "por amor a heredar lo suyo" (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE).

En la jurisprudencia española se advierte la siguiente evolución:

- 1) Se parte del principio de que quien usa su derecho no causa daño a otro.
- 2) El Tribunal Supremo, llega a conocimiento de un caso en el cual son partes el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, que tenía una concesión exclusiva para extraer arenas de las playas del litoral de dicha ciudad y una sociedad que poseía una central eléctrica en San Adrián de Besós, ubicada cerca a la desembocadura del río de ese nombre y frontera a una playa en la que el Consorcio comenzó la extracción de arenas, en uso de su derecho. La extracción de arenas, fue de tal magnitud que alteró la superficie de la playa y aniquiló las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar. Producto de ello, en el mes de marzo de 1932 los temporales produjeron importantes daños en la central y la sociedad interpuso una demanda en la cual pretendía que el consorcio la indemnizara.

La Audiencia de Barcelona admitió la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación impuesto por el Consorcio (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Con Sentencia de fecha 14.02.44 el Tribunal Supremo llega a enunciar los siguientes principios:

- a) Se trata del uso de un derecho en apariencia legal.
- b) Se produce un daño a un interés no protegido específicamente. c) Se está en presencia de una inmoralidad o antisocialidad del daño.
- d) Se incurre en la responsabilidad regulada por el artículo 1902 del Código Civil español, por actos u omisiones en el ejercicio abusivo de los derechos.
- 3) Con Sentencia del T.S. del 22.09.54, se considera al abuso del derecho como un principio general de Derecho impuesto por la juridicidad.
- 4) Con Sentencia del T.S. del 04.10.61, se entiende al abuso del derecho como una institución de equidad, para salvaguardar los intereses que no han alcanzado protección jurídica.
- 5) Con la Reforma de 1973, se incorpora en el artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil español, el principio del abuso del derecho.

La jurisprudencia italiana ha preferido aplicar los principios de buena fe objetiva y de corrección (*correttezza*) y muy saltuariamente se ha referido al abuso del derecho (TRAVERSO). La doctrina dominante ha seguido también este camino (RESCIGNO, NATOLI, entre otros) y sus desarrollos posteriores, a pesar de su autoridad, no han calado suficientemente en el operador jurídico. La Corte de Apelación de Messina, tomó conocimiento de un caso en el cual, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, algunas familias ocuparon precariamente, apartamentos que eran de propiedad del (*istituto delle case popolari di Messina*). Dicha entidad, en vez de lanzar a los invasores, por consideraciones de carácter social, no solo permitió que permanecieran los mismos por no pocos años, sino que instaló en el patio una fuente, suministrando así el servicio de agua que faltaba. En estas circunstancias, los propietarios de los demás apartamentos, interpusieron una acción en contra del Instituto, denunciando la falta de ejercicio de parte del mismo, de los derechos que le correspondían como propietario, concluyendo que el no uso del derecho era una figura de abuso del derecho. En la Sentencia de la Corte de Casación del 15.11.60, no obstante se confirma la decisión de la Corte de Apelación, que había excluido la ilicitud del comportamiento del Instituto, se concluye que "la ausencia o el negligente uso de la facultad de actuar en defensa del derecho subjetivo para remover una situación dañosa no solo para el titular del derecho mismo, sino también para terceros, constituye uso anormal del derecho subjetivo, si el no uso se resuelve en la inobservancia dolosa o culposa de específicas normas de conducta puestas a tutela de los derechos ajenos". Las críticas de la doctrina no se hicieron esperar. Así SCIALOJA sostuvo que: "Tenga o no la dogmática sus culpas, el juez debe cumplir con su deber que es aquel de hacer justicia con un lenguaje claro y accesible a todos". Para este autor, hubiera sido más simple invocar el artículo 1102 del Código Civil italiano, que se refiere al abuso de la cosa común y si los actores hubiesen sido también los inquilinos del Instituto, se aplicaría el artículo 1575.3 del mismo Código, según el cual el locador está obligado a garantizar el pacífico disfrute del bien alquilado, durante el contrato.

El Tribunal de Torino, tuvo que decidir respecto a un conflicto existente entre dos vecinos que se quejaban entre sí de los ruidos que debían soportar uno del otro (se trataba de una sala cinematográfica y de un salón de baile) y otros problemas colaterales, entre los cuales, uno de los vecinos había invadido parcialmente, de buena fe, una parte mínima del terreno del otro. Con Sentencia del 13.06.83 se resolvió que:

"De los principios generales del ordenamiento jurídico se recaba la existencia de la institución general de la prohibición del abuso de derecho: por 'abuso de derecho' se entiende el ejercicio o (como en el presente caso) la reivindicación judicial de un derecho que en abstracto corresponde efectivamente a quien lo ejercita o lo reivindica pero que, en concreto no importa ninguna ventaja apreciable ni digna de tutela jurídica a favor de tal sujeto e importa, en cambio, un preciso daño a cargo de otro sujeto (contra el cual éste es ejercitado o reivindicado) y que es ejercitado o reivindicado solo con el exclusivo fin de ocasionar tal daño al otro sujeto.²⁷

La violación de la prohibición del abuso de derecho que se concretiza en una abusiva reivindicación judicial de un derecho puede ser paralizada mediante la

interposición de la *exceptio doli generalis* (y la interposición de tal excepción puede resultar, aun a falta de su formal enunciación, también del complejo de las defensas desplegadas en causa por la parte interesada): el acogimiento de tal excepción importa el puro y simple rechazo de la demanda en contra de la cual la excepción misma ha sido interpuesta, pero no la modificación de la situación jurídica sobre la cual la demanda así rechazada se funda".

En suma, la jurisprudencia italiana ha preferido aplicar otros conceptos menos abstractos (buena fe objetiva/corrección), en vez del principio del abuso del derecho. Los casos que más se han presentado han sido, entre otros, aquellos relativos al ejercicio abusivo del derecho del voto de la mayoría que lesione el interés de los socios minoritarios y del receso *ad nutum* del contrato de trabajo a plazo indeterminado, regulado por el artº 2118 del Código Civil, en el que cualquiera de las partes puede resolver el contrato con un preaviso. En este sentido se afirmó que: "El receso del empresario no puede ser considerado una causal y aislado acto de ejercicio de un poder reconducible a un derecho subjetivo" (TRAVERSO).

3. El abuso del derecho en la experiencia Jurídica latinoamericana

Dentro del sistema jurídico latinoamericano contamos con ordenamientos que regulan el principio del abuso del derecho tanto de una manera explícita como implícita. Dentro de los primeros, cabe resaltar el Código Civil argentino de 1869, en el artículo 1071 modificado por la Ley 17.711, el cual ha sido calificado como el "Código latinoamericano que con mayor energía estableció el principio" (SPOTA). Autorizada doctrina (BORDA) sostiene que al resolver la variada casuística en la cual se configure el abuso del derecho, el magistrado deberá tener en cuenta en su resolución los siguientes datos:

- 1) Intención de dañar.
- 2) Ausencia de interés.
- 3) Si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros.
- 4) Si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo.
- 5) Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres.
- 6) Si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad ya la confianza recíproca.

Continuando dentro de este primer grupo de Códigos, encontramos el artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil cubano de 1987, el artículo 1912 del Código Civil del D.F. de México, la segunda parte del artículo 1185 del Código Civil de Venezuela, que ha seguido el modelo fijado por el Proyecto Francoitaliano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927, el artículo 372 del Código Civil paraguayo de 1987, el Código Civil peruano de 1936 (ya derogado) y el artículo" del

Título Preliminar del actual Código Civil peruano de 1984, modificado por el D. Leg. N° 768 (Código Procesal Civil).

La doctrina nacional se ha preocupado en delimitar la noción del abuso del derecho (LEÓN BARANDIARÁN, RUBIO CORREA, ESPINOZA ESPINOZA, VEGA MERE, entre otros) y en proporcionar los siguientes elementos de juicio (FERNANDEZ SE-SSAREGO):

- 1) Tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva.
- 2) Se trasgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad).
- 3) Es un acto ilícito *sui géneris*.
- 4) Se agravan intereses patrimoniales ajenos no tutelados por una norma jurídica específica.
- 5) Ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.
- 6) No es necesario que se verifique el daño.
- 7) Su tratamiento no debe corresponder a la Responsabilidad Civil sino a la Teoría General del Derecho.

Podemos subclasificar dentro de este primer grupo a un sector de Códigos que no regulan el abuso del derecho de una manera general, vale decir a efectos que sea aplicado a todo tipo de derechos, sino dentro del derecho de propiedad: es el caso del artículo 107 del Código Civil boliviano.

Admiten implícitamente el principio del abuso del derecho una serie de Códigos cuyas disposiciones interpretadas a *sensu contrario*, llevan a esta necesaria conclusión, como el artículo 1321 del Código Civil uruguayo, el artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño (D.L. N° 4.657, del 04.09.42). Una autorizada doctrina uruguaya sostiene, después de haber analizado las teorías que aceptan y las que niegan el principio del abuso del derecho, que "en la actualidad todas las posiciones reseñadas deben considerarse superadas y completadas por la concepción que afirma que en los casos encarados por la teoría del abuso del derecho la responsabilidad extracontractual se configura de idéntica manera que en las demás hipótesis que conoce esta zona del Derecho" (PEIRANO FACIO).

4. El abuso del derecho en la jurisprudencia nacional y en el Código del Medio Ambiente

El primer caso se refiere a una pareja que contrae matrimonio civil en 1943 y en 1962 se produjo una separación de hecho. En 1982 el "esposo" separado de hecho adquiere un inmueble, sin que se haya disuelto la sociedad de gananciales, el mismo "esposo" ya había entablado relaciones convivenciales desde 1963 con otra persona, la cual también había contribuido a la adquisición del mencionado inmueble. Cinco años después se decide vender el inmueble y aparece en acción la "esposa" separada de hecho (o sea, después de 25 años) para solicitar la nulidad de dicho contrato. El Juzgado Civil de Huarochirí, con fecha 23.01.92, declara infundada la demanda de

la "esposa". La Sala Civil de la Corte Superior del Callao, con sentencia de fecha 26.08.92 (comentada por ESPINOZA ESPINOZA), confirma dicha sentencia, aplicando el principio del abuso del derecho, ya que "existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia".

No parece acertado afirmar que solo se puede configurar el abuso del derecho en las situaciones jurídicas patrimoniales (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Prueba de ello la encontramos en el caso que fue resuelto, en sentido favorable, con fecha 20.05.94, por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema (comentada por ESPINOZA ESPINOZA), referente a la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial por parte del cónyuge culpable, frente a la inercia del cónyuge inocente de no solicitar ante el juez la conversión de la separación de cuerpos en divorcio (derecho que, en línea de principio, solo le corresponde al denominado cónyuge inocente, tal como lo prescribe el segundo párrafo del artículo 354 C.C.), no obstante no habían posibilidades de reconciliación: la situación abusiva (por omisión) carece de connotación patrimonial. La experiencia jurídica es mucho más rica que las coordenadas diseñadas por el teórico.

Por otro lado, como ya lo advertimos, hay un sector del abuso del derecho, que se asimila perfectamente al ilícito civil y, por ello, cuesta entender la finalidad práctica de introducir la figura de la ilicitud *sui generis*, frente a la ilicitud *tout court*, cuando la normatividad y los principios que se van a aplicar, van a ser los mismos.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, mediante Resolución N° 1 04-96-TDC, del 23.12.96, estableció las siguientes notas características del abuso del derecho:

"Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento, (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio, (iii) que al causar tal perjuicio el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica y (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe".

El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, D.Leg. N° 613, del 08.09.90, establece en su artículo 14110 siguiente:

"En las acciones de abuso del derecho que sean interpuestas al amparo del artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso solo podrán ser apelables en efecto devolutivo".

30 I

s. Nota conclusiva

El abuso del derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.

DOCTRINA

GAMBARO. *Abuso del diritto*, 11) *Diritto comparato e straniero*, en *Enciclopedia Giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani*. 1. 1988; RESCIGNO. *L'abuso del diritto*, en *Rivista di Diritto CMle*. año XXI, 1, CEDAM. Padova, 1965; PATTI. *Abuso di diritto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione CMle*. 1. UTET. Torino, 1987; RAINIERI. *Norma scritta e prassi giudizia/e nell'evoluzione della dottrina tedesca dei Rechtsmissbrauch*, en *Inchieste di Diritto Comparato*, de ROTONDI. 7. CEDAM. Padova, 1979; OHANOWICZ. *L'abuso del diritto soggettivo nel/a dottrina e nel/a giurisprudenza del/a Polonia*, en *Inchieste di Diritto Comparato*. Cil.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 1. Tecnos. Madrid, 1982; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. *El abuso del derecho*. EJEA. Buenos Aires, 1971; ALPA. *I principi generali*, en *Trattato di diritto privato, a cura de IUDICA y ZATTI*. Giuffre. Milano, 1993; TRAVERSO, *L'abuso del diritto*, en *La nuova giurisprudenza CMle commentata*. N2 5. CEDAM. Padova, 1992; NATOLI. *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nel ordinamento giuridico italiano*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura CMle*. Año XII. Giuffre. Milano, 1958; SALVI. *Abuso del diritto* 1) *Diritto CMle*, en *Enciclopedia giuridica*. Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Trecani. 1. 1988; CORTE DE CASACIÓN ITALIANA. *Secc. 11 civil. 15.11.60*, n. 3040, en 11 Foro Italiano, 1961, 256, con Nota de SCIALOJA, 11 "non uson 9 "abuson del diritto soggettivo?; TRIB. TORINO. 13.06.83, en *Responsabilidad CMle e previdencia*. Giuffre. 1983, 815, con Nota de GAMBARO; SPOTA, *El abuso del derecho en la legislación latinoamericana*, en *Inchieste di diritto comparato*, cil.; BORDA. *Manual de Derecho Civil, Parte General*. Perrol. Buenos Aires, 1986; MONROY CABRA. *Introducción al Derecho*, 71 edición. Temis. Bogotá, 1986; LEÓN BARANDIARÁN. *Código Civil IV. Exposición de Motivos y Comentarios*. Studium. 1985; RUBIO CORREA. *Para Leer el Código Civil*. 111, Título Preliminar. PUCP. 1986; MARTÍN BERNAL. *El abuso del derecho*. Montecorvo. Madrid, 1982; AA ALTERINI Y LÓPEZ CABANA. *Panorama actual de la teoría del abuso del derecho en el Derecho Comparado y su emplazamiento en el Sistema Latinoamericano*, en *Derecho Civil, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989 organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992; PEIRANO FACIO. *Responsabilidad extracontractual*. Temis. Bogotá, 1981; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *El abuso del derecho*, en *Tratado de Derecho Civil*. Universidad de Lima. 1990 y *Abuso de derecho*. Astrea. Buenos Aires, 1992; DE TRAZEGNIES GRANDA. *La responsabilidad extracontractual*. 1, en *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. IV. PUCP, Fondo Editorial. Lima, 1988, 191; RUBIO CORREA. *para leer el Código Civil*. 111. Título Preliminar. PUCP, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Sobre la necesidad de salvar el abuso de derecho de los excesos de la doctrina*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 11. N2 2. Gaceta; VEGA MERE. *Apuntes sobre el denominado Abuso del Derecho*, en Thémis. N2 21. 1992. Y *El abuso del derecho en la reforma introducida por el Código Procesal Civil*, en *Advocatus*. N2 4. Año 111. 1992; Sobre el abuso de la personalidad jurídica, ESPINOZA ESPINOZA. *Una aplicación de "los abusos de derechos en la experiencia jurídica: el problema del abuso de la personalidad jurídica*. en *Gaceta Jurídica*. Tomo 17. WG Editores. Lima, 1995, pág. 55-A.

.. JURISPRUDENCIA

"Excede un ejercicio regular de un derecho la conducta constante de una de las partes de iniciar procesos penales, más aún si se tiene en cuenta que ninguno de ellos ha prosperado, constituyendo tales actos un evidente abuso del derecho que la ley no ampara".

(Exp. He 577-88. Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Gaceta Jurídica HO 3, p. 17).

"Las acciones practicadas por la demandada han constituido un evidente abuso de derecho al valerse de su posición dominante en el mercado, pues en ese entonces tenía la condición de única proveedora del suministro eléctrico, circunstancia que determinó que a la actora no le quedara otra opción que cumplir, bajo protesta, con los pagos que le exigía la demandada".

(Exp. He 1757-94. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Hinojosa Munguía, Alberto. Jurisprudencia Civil, Tomo 1, p. 142)

"El ejercicio regular de un derecho no se halla amparado por la ley cuando transgrede los límites de la razonabilidad".

(Exp. He 1337-89. Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Hinojosa Munguía, Alberto, Jurisprudencia Civil, p. 120).

"Que el demandado haya formulado denuncia penal contra el actor en forma directa y determinada no significa en forma alguna un acto abusivo, toda vez que el artículo 1982º del Código Civil precisa justamente que cualquiera puede denunciar penalmente a alguna persona, siempre y cuando no lo haga a sabiendas de la falsedad de sus imputaciones o con la ausencia de un motivo razonable, ya que de lo contrario deberá responder por los daños y perjuicios irrogados al denunciado".

(Cas. He 162-T-97-Tacna. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 3/04/1998, p. 594).

"La figura del abuso del derecho se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia".

(Exp. He 473-92-Huarochirí. Diálogo con la Jurisprudencia He 2, p. 70).

"La demandante con la pared que construyó está impidiendo el libre acceso al pasadizo que constituye un área común. Esto determina que el hecho propio de la actora sea lo que ha dado lugar a los actos producidos por la demandada (demolición de la pared) para recuperar el libre acceso al pasadizo. Al pretender impedir la libre circulación en el pasadizo, la demandante estaba incurriendo en abuso del

derecho, que no está amparado por la ley de acuerdo con el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil".

(Cas. N° 1824-98. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"El banco ha iniciado este nuevo proceso tanto contra los obligados principales como contra los fiadores solidarios, pidiendo que se ejecute la garantía hipotecaria otorgada por éstos a favor del banco ante el incumplimiento de las obligaciones de crédito contraídas por los obligados principales, que es la misma obligación que dio lugar al proceso anterior seguido en la vía ejecutiva y solo contra los deudores u obligados principales. La Sala Civil declara improcedente la demanda de ejecución de garantías, considerando que este nuevo proceso constituye un abuso del derecho por haber obtenido el banco ejecutante resolución favorable en el proceso anterior que debe ejecutar. Este razonamiento es válido con relación a los obligados principales, con quienes se siguió el juicio anterior, puesto que las sentencias ejecutoriadas producen efectos irrevocables respecto de las personas que siguieron el juicio y porque además no se pueden revivir procesos feneidos; sin embargo, esto no sucede respecto a los fiadores solidarios, por no haber sido parte en la causa feneida".

(Cas. N° 362-99. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"Las normas contenidas en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil son de contenido procesal, cuya inaplicación no puede denunciarse a través de la causal alegada por estar referida únicamente a normas de derecho material".

(Cas. N° 281-99. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

CONCORDANCIAS:

- C. arts. 2 jne. 24) lit, d), 103 párr. 22
C.C. arts. 2050, 2115, 2116, 2120, 2121
C.P. arts. 6, 7

Comentario

Walter Gutierrez Camacho

1. El artículo III del Título Preliminar aloja dos principios: la irretroactividad de la norma y la aplicación inmediata de la ley; sin embargo, para su cabal comprensión es necesario conocer algunos conceptos previos como: los de situación jurídica, derechos adquiridos y hechos cumplidos. El texto del referido artículo involucra todas estas categorías jurídicas, y con ellas pretende resolver uno de los problemas jurídicos más arduos: los conflictos de la ley en el tiempo.

Antes de iniciar el análisis de este artículo conviene precisar que la norma que contiene se refiere tanto a la ley en sentido formal, es decir, aquellas normas creadas por el Congreso, como a las leyes en sentido material, esto es, aquellas que por su contenido, así como por su coercibilidad y obligatoriedad pueden ser calificadas como tales, pese a haber sido elaboradas por órganos de menor jerarquía que el Legislativo. En suma, cuando el artículo III se refiere a la ley, en realidad pretende involucrar a todo tipo de normas. Por consiguiente los alcances de este dispositivo se despliegan sobre todo el ordenamiento legal, como en verdad sucede con el Título Preliminar en su conjunto.

2. Como ya se adelantó, analizar el artículo III del Título Preliminar supone inevitablemente abordar el tema de la irretroactividad de la ley. Que la ley no tiene efectos retroactivos es un postulado constitucional ineludible de respetar por el Código. Sin embargo, la propia Constitución se encarga de aclarar que éste no es un principio irreductible, abriendo la posibilidad de que en materia penal la nueva norma discipline hechos y efectos acontecidos bajo el imperio de la antigua ley, siempre que tal aplicación sea favorable al reo (artículo 103 C.).

3. La irretroactividad es en realidad un principio general por el que se pone límite temporal a la aplicación de la nueva ley. Así, en principio, el Derecho considera injus

to aplicar una ley nueva a actos que fueron realizados en el momento en que dicha ley no existía, y que por consiguiente no podía ser conocida y mucho menos acatada. Como ya se anotó esta norma ha encontrado lugar entre los denominados derechos fundamentales, habiendo sido recogida también por nuestra Constitución (artículo 103), lo que a su turno da lugar a interponer acción de amparo cuando se transgreda este derecho. Sin embargo, Díez-Picazo, a quien seguimos en este punto, sostiene que no siempre la irretroactividad puede calificarse de injusta. Piénsese por ejemplo en una legislación dirigida a abolir la esclavitud. Una irretroactividad absoluta conduciría a manumitir solo a los que nacieron hijos de esclavos después de la entrada en vigor de la ley, mientras que en cambio, los que fueron esclavos con anterioridad a la promulgación de la ley ,de abolición deberían continuar siéndolo hasta su muerte (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 110).

4. La jurisprudencia comparada ha sancionado que: "La leyes retroactiva cuando se aplica a relaciones jurídicas ya extinguidas bajo la ley anterior, o a tramos ya consumados de relaciones vigentes al sancionarse la ley". Sin embargo, los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la norma, quedarán atrapados en ella, aunque los haya generado una situación jurídica existente, y ello se produce sin vulnerar el principio de la irretroactividad, por aplicación del principio del efecto inmediato, que en realidad tiene vigencia para el futuro (MOISSET DE ESPANÉS, p. 18).

5. Nuestro Derecho también recoge este principio, la aplicación inmediata de la norma, según se desprende del texto constitucional (artículo 109) y de la propia norma civil. La consagración de este principio supone inevitablemente la inmediata derogación de la ley anterior y lleva implícita la convicción de que la nueva ley mejor que la abrogada. Tal conclusión es de una lógica irrefutable, pues de lo contrario el legislador no hubiera dado una nueva ley. De que la nueva norma debiera ser superior no hay duda, sin embargo desafortunadamente esto no siempre es una realidad.

Tampoco es cierto que la coexistencia de estos dos principios (el de la irretroactividad y el de la aplicación inmediata de la ley) sea obligatoriamente conflictiva. En realidad, rectamente entendidos dichos principios no se contraponen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa la aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; y el efecto inmediato encuentra sus límites precisamente en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos (MOISSET DE ESPANÉS, p. 16).

6. Detengámonos ahora en determinar lo que se entiende por situación jurídica, derechos adquiridos y hechos cumplidos, para penetrar más en los alcances de la norma contenida en el artículo III. El concepto de situación jurídica fue introducido por el jurista francés Roubier, ante el carácter difuso que tenían las figuras que se utilizaban para explicar la aplicación de la ley en el tiempo.

El concepto de situación jurídica es más amplio que el de derechos adquiridos e incluso que el de relación jurídica, que también es utilizado por el Código; dicha figura es superior para estos efectos, pues ofrece una idea de permanencia que la hace

más apropiada para comprender los problemas que se originan como consecuencia de los cambios en la legislación (ROUBIER, p. 17).

En la doctrina nacional (RUBIO CORREA, p. 203), el concepto ha sido entendido como un haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. Serán situaciones jurídicas las de padre, marido, propietario, etc. En cada una de ellas las personas involucradas se convierten en el eje al que se asignan y a partir del cual emanan todo ese conjunto de imputaciones jurídicas.

La fortuna de esta figura en la solución de los problemas surgidos como consecuencia de la aplicación de la ley en el tiempo es simple de explicar. La ley quiere distinguir entre las consecuencias que surgen de una situación jurídica y la situación jurídica misma. Dichas consecuencias -efectos- pueden ser de dos tipos: aquellas que se produjeron con anterioridad a la vigencia de la ley, y las que se produjeron con posterioridad. Pues bien, esas consecuencias a menudo son las relaciones jurídicas, de ahí que pueda afirmarse que las relaciones jurídicas son las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas: cónyuges, copropietarios, socios, contratantes, etc.

7. En cuanto al llamado **derecho adquirido** diremos que se trata del efecto ya consumado. En este sentido no involucraría a la mera expectativa -derechos expectativos-, es decir, aquellos que aún no han sido ejercidos. El derecho expectativo es un derecho teórico, abstracto, aún no experimentado.

En realidad una parte importante del fundamento de la irretroactividad de las normas encuentra su razón de ser en la teoría de los derechos adquiridos. Se trata de una norma de elemental convivencia social, pues en principio no es posible darle efectos retrospectivos a la norma sin con ello alterar el orden y la seguridad legal. En la literatura jurídica nacional un autor tan autorizado como León Barandiarán entendía que el derecho adquirido es aquel que ha sido ejercido, que se ha manifestado en el mundo de los hechos, con la verificación de sus efectos, es decir, derecho adquirido es el que ya ha encontrado su realización fáctica.

Esos efectos son intangibles. Pero los efectos que sobrevengan con posterioridad, así procedan de hechos anteriores a la nueva ley, caen dentro de ésta, porque no son derechos adquiridos. Con este punto de vista se distingue el hecho de sus efectos, discriminando respecto a estos últimos según que aparezcan antes o después de la ley. De este modo se rechaza la vieja fórmula de que el tiempo rige el acto. Se exige así distinguir los efectos, entre los que surgen concomitantes a la vieja ley y los que surgen luego de la vigencia de ésta, pese a que hayan sido producto de la misma situación o relación jurídica. La consecuencia de tal distinción sería que los hechos anteriores no puedan ser alcanzados por la nueva ley.

8. Un concepto que no debe escapar de nuestro análisis es el referido a la ultractividad de la ley. Si bien en línea de principio está vedado a nuestro legislador otorgarle efectos retroactivos a la ley, no le está prohibido otorgarle a la antigua ley efectos ultractivos, es decir, la aptitud que tiene la norma no solo de regular los efectos producidos durante su vigencia, sino también sobre aquellos que se realicen cuando ya

tenía vigencia la nueva norma, por originarse en un hecho que tuvo lugar bajo el imperio de la antigua ley.

9. Llegados a este punto debemos referirnos a los **hechos cumplidos**, que es en realidad la teoría consagrada por el Código, al establecer que las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de darse la ley serán gobernadas por ésta, incluso si aquéllas le antecedieron en el tiempo. Por lo tanto, la aplicación ultractiva de la norma vía interpretación está vedada, desde que el texto del artículo III es categórico y no deja lugar para ello. No obstante, tal limitación está destinada a los usuarios y al juez, no así para el legislador, quien en la elaboración del derecho transitorio puede facultarle a la norma la posibilidad de tener dicho efecto.

10. En armonía con los conceptos expuestos, ya en el terreno práctico conviene precisar que, en línea de principio, la aplicación de la nueva ley no alcanza a los elementos constitutivos de las relaciones jurídicas ya constituidas y menos aún extinguidas; así un matrimonio ya celebrado, una sucesión ya otorgada, un contrato, no podrán ser alcanzados por la nueva ley. No obstante, no puede sostenerse lo mismo respecto a los efectos ulteriores de tales relaciones jurídicas. Tallo que sucedería, por ejemplo, con aquella pareja que contrajo matrimonio bajo la vigencia de la antigua ley, pero que decidiera divorciarse bajo el imperio de la nueva ley; lo propio sucedería con derechos reales, derechos sucesorios e incluso respecto de relaciones enmarcadas dentro del Derecho Mercantil, como aconteció cuando en el año 1998 se promulgó la nueva Ley General de Sociedades, obligando a que las sociedades que se constituyeron con la anterior ley se adecuen al nuevo régimen societario, y aun cuando no lo hicieran sus actos inapelablemente se regirían en lo sucesivo por la reciente ley.

No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, una zona de conflicto es la referida al área contractual. Como se sabe, el Derecho de los Contratos es el reino de la autonomía de la voluntad, donde ésta se despliega con mayor soltura y libertad. En concordancia con esta concepción, se ha entendido que el efecto inmediato de la ley, encuentra una excepción "tradicional y justificada" con respecto a los contratos en curso de ejecución, por tratarse de relaciones jurídicas convencionales (LEÓN BARANDIARÁN, p. 18). En este mismo sentido opina Roubier, quien considera que las situaciones jurídicas contractuales deben someterse a una ley única -la del momento de su celebración-, no pudiendo las leyes posteriores afectarlo aunque estén en curso de ejecución (ROUBIER, p. 23). Atrapado en el tiempo, es decir ajeno a la evolución jurídica, nuestro ordenamiento parece haber seguido esta postura doctrinaria, tallo que se desprende del texto del artículo 62 de la Constitución: "La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas al tiempo del contrato". Hasta aquí el texto constitucional es impecable, no obstante el siguiente párrafo es en la práctica inaplicable: "Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase". Los autores de esta parte de la Constitución han intentado diversas explicaciones, pero lo cierto es que ninguna de ellas tiene solvencia suficiente para justificar dicha norma. Y lo que es peor, para sus autores, en la práctica esta norma a menudo ha sido transgredida por el propio Estado (CÁRDENAS QUIRÓS, GUTIERREZ).

Es inobjetable que la legalidad de un contrato se juzga por la ley del día de su celebración, como también lo es que la ejecución y los efectos de dicho contrato deberán gobernarse por la misma ley; la razón de esto es que en terreno contractual debe respetarse la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la doctrina moderna ha sancionado límites a esta libertad, y tales límites están dados por las leyes de orden público.

En otros términos, el texto contractual se integra con el contexto legal vigente al tiempo de su celebración. Es este contexto legal el que le da validez y permite su ejecución. De esta manera las leyes supletorias forman parte integral del contrato, aun cuando las partes no las hayan incluido. También son parte de él las normas imperativas, pero a diferencia de las primeras, los otorgantes del contrato en ningún momento tienen disponibilidad sobre ellas, ni antes, ni durante ni después de la celebración del contrato. Las normas imperativas son la base de ese contexto legal que rige las relaciones jurídicas, y que las partes no pueden dejar de cumplir, estando fuera de su alcance toda posibilidad de modificarlo. Cuando dicho contexto legal cambia, no hay dificultad para que sus efectos alcancen a las relaciones contractuales en curso de ejecución, tal aplicación inmediata no podría ser calificada de retroactiva, sino el mero cumplimiento del principio de la aplicación inmediata de la ley. Admitir lo contrario conduciría a una situación de total desorden jurídico, pues decapitaría la facultad del Estado de legislar, al impedirle que las nuevas normas de orden público alcance de manera igual a todos los ciudadanos, y al propio tiempo permitiría la creación de innumerables islas jurídicas cada una de las cuales se regiría por sus propias normas.

11. Por otra parte, cuando se analiza el artículo III del Título Preliminar no puede dejar de vincularse al artículo 2120 del mismo Código, cuyo texto expresa: "Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este código no los reconozca".

No hay duda de que se trata de una redacción que confiere efecto ultractivo al Código Civil de 1936, y que colisiona frontalmente con el texto del artículo 2121: "A partir de su vigencia las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

En otras palabras este artículo confirma la aplicación inmediata del Código Civil de 1984. Es evidente que tal como están, los dos textos no pueden tener aplicación simultánea. De ahí que la solución que nuestra doctrina (RUBIO CORREA, p. 205) ha encontrado sea reconocer que estamos frente a un error del legislador que se soluciona interpretando el artículo 2120 en el sentido que "se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, cuando este Código no los reconozca".

La conclusión de todo esto es la siguiente:

- a) Si ambos códigos tratan un mismo derecho, se producirá la aplicación inmediata del Código Civil de 1984.
- b) Si el Código Civil de 1936 reconocía ciertos derechos sobre los cuales el Código

de 1984 no se pronuncia, entonces estos derechos nacidos bajo el anterior Código se regirán ultractivamente por dicha norma.

- c) Por último, si el Código de 1936 reconocía derechos que el Código vigente prohíbe, entonces tales derechos están proscritos (RUBIO CORREA, p. 205).
12. Llegados a este punto podemos concluir que a tenor de lo normado en el artº 111 del Título Preliminar, en nuestra legislación:
- a) Tanto la irretroactividad como la aplicación inmediata de la ley son dos principios legales que en nuestro ordenamiento tienen estatus constitucional.
 - b) Estos principios no son necesariamente antagónicos, y por el contrario se complementan.
 - c) En línea con lo anterior, en nuestro Derecho la ley no opera retroactivamente, por lo tanto, los hechos y efectos que se suscitaron con la antigua ley no podrán ser normados por la nueva, salvo la excepción establecida en la propia Constitución.
 - d) Si los efectos se producen cuando ya se encuentra en vigencia la nueva ley, pero éstos han tenido su origen en relaciones jurídicas surgidas al amparo de la anterior normatividad, se recurrirá al principio de aplicación inmediata de la ley, con lo que tales *efectos* serán gobernados por la nueva ley.
 - e) Cuando se trata de efectos continuados que han tenido origen en una relación jurídica surgida bajo el imperio de la anterior ley, pero dichos *efectos* se desarrollan también cuando ya se encuentra vigente la nueva ley, se recurrirá al principio de aplicación inmediata de la ley.
 - f) Si la relación jurídica surgió con la anterior ley, pero sus *efectos* fueron supeditados a la realización de una condición suspensiva, cumplida esta condición los *efectos* se regirán por la nueva ley.
 - g) No obstante haberse proscrito en nuestro sistema la irretroactividad, no ha acontecido lo mismo con la ultractividad, lo que permite a discreción del legislador que ciertas normas puedan mantener aplicación pese a estar vigente la nueva norma.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol 1. Octava edición.

Editorial Tecnos SA Madrid, 1995; MOISSET DE ESPANÉS Luis. *Irretroactividad de la Ley y el nuevo art. 3 (Código Civil)*. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 1976; ROUBIER Paul. *Les conflits des lois dans le temps*. Si rey. París, 1929; RUBIO CORREA, Marcial.

. *Aplicación de la ley en el tiempo*, en: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Universidad de Lima. Lima, 1990; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. Tomo 1. Título Preliminar y Derecho de las Personas. WG Editor. Lima, 1991; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía privada, contrato y Constitución*; GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Economía de Mercado y Contratación*, en: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Contrato y Mercado*. Gaceta Jurídica SA Lima, 2000.

JURISPRUDENCIA

"El principio de la irretroactividad de la ley es uno de los fundamentos de la seguridad jurídica, y significa que los derechos creados bajo el amparo de la ley anterior mantienen su vigencia y sobre ellos no tiene efecto la nueva ley, pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos, efectos distintos de aquellos que fueron previsibles dentro del orden jurídico existente en el momento de producirse".

(Cas. N° 1641-96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"La garantía constitucional de irretroactividad de la ley sustantiva, importa que las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos efectos distintos de aquellos que fueron previsibles dentro del orden jurídico existente en el momento de producirse".

(Cas. N° 2097-96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"La norma contenida en el artículo dos mil ciento veinte del actual Código Civil debidamente entendida debe concordarse con lo establecido por el artículo tercero del Título Preliminar y el artículo dos mil ciento veintiuno del código acotado, resultando, como lo señala el jurista Marcial Rubio Correa, que cuando la materia haya sido regulada tanto en el Código Civil de mil novecientos treintiséis como 'en el vigente, las normas de este último resultan de aplicación inmediata y solo cuando la materia que fue tratada por el código derogado ya no se halla tratada por el código en vigencia, resulta de plena aplicación lo previsto en el artículo dos mil ciento veinte del Código Sustantivo de mil novecientos ochenticuatro, es decir, se aplican en forma ultractiva las normas del código abrogado".

(Cas. N° .708-97. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"De manera que el Código Civil acoge la teoría de los hechos cumplidos, conforme está regulado en los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno, sin embargo, solo de manera especial, cuando la ley lo establece expresamente, debe entenderse que una norma es de aplicación ultractiva... Siendo de aplicación al presente caso la teoría de los hechos cumplidos, es necesario precisar previamente si el hecho del vencimiento del plazo de caducidad de impugnación de los acuerdos de los años mil novecientos noventiséis y noventisiete, se ha producido o no. Que, el artículo ciento cuarenticuatro del Decreto Legislativo trescientoscnce establecía un plazo de caducidad de seis meses para impugnar el Acuerdo de la Junta General, no habiendo el recurrente impugnado dentro de ese plazo los citados acuerdos, debe entenderse que el vencimiento del plazo

"de caducidad para impugnar se ha cumplido, en consecuencia, habiéndose consumado los hechos bajo el imperio del citado Decreto Legislativo, no resulta de aplicación al presente caso el artículo ciento cuarentidós de la Ley veintiséis mil ochocientos ochentisiete, Ley General de Sociedades vigente".

(Cas. N° 2481-98. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"El Código Civil vigente ha asumido como principio general que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo salvo la excepción prevista en la Constitución Política del Estado. De este modo, los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado código sustantivo consagran el principio de la aplicación inmediata de la ley, el que cuenta con la posición dominante en doctrina y se conoce con el nombre de la teoría de los hechos cumplidos. Sin embargo, la aplicación de normas en el tiempo supone una relación dialéctica entre el principio de seguridad y el principio de innovación legislativa dentro del sistema jurídico; para este efecto se ha establecido en vía excepcional y transitoria la aplicación ultractiva de algunas normas del Código Civil derogado en moderada inclinación hacia la seguridad jurídica a fin de lograr la mayor equidad posible en cada caso que se someta al conocimiento de la tutela jurisdiccional. Una de estas excepciones es la referida a la aplicación temporal del plazo de prescripción, cuyo artículo dos mil ciento veintidós dispone que la prescripción iniciada antes de la vigencia de este código se rige por las leyes anteriores. Sin embargo, si desde que entró en vigencia transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, ésta surte todos sus efectos, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad. Cabe aclarar que esta aplicación ultractiva solo está referida a la diferencia de plazos en la prescripción tanto en la ley derogada como en la vigente".

(Cas. N° 300-96. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"El artículo tercero del Título Preliminar y el artículo dos mil ciento veintiuno del Código Civil de mil novecientos noventicuatro, recogen la teoría de los hechos cumplidos, señalando que la ley se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes, en tal sentido, en los casos de poseedores que entraron en posesión del bien antes de la vigencia del Código Civil, el cómputo del inicio del plazo para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva se realiza a partir del catorce de noviembre de mil novecientos ochenticuatro, fecha en que entró en vigencia el Código Civil".

(Cas. N° 2861-98. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"De una aplicación inmediata de la Ley N° 27616 Y teniendo en cuenta que el hecho que presupone su aplicación se encuentra determinado por la presentación del título al registro, se concluye que en los casos en que el título que contiene la

APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY

La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

CONCORDANCIAS:

- C. *arto 139 inc. 9)*
C.P. *arto 111*

Comentario

Marcial Rubio Correa

Uno de los razonamientos más frecuentes en el Derecho es el de "*norma general* y *norma de excepción*". Otro es el de la protección extensiva de los derechos y la consiguiente aplicación estricta de las normas que los restringen. Finalmente, tenemos la discusión sobre la aplicación interpretativa de las normas y la aplicación *por analogía*. Todo ello se halla incluido en el contenido normativo del artículo IV del Título Preliminar y pasamos a desarrollarlo.

1. La norma general y la norma de excepción

La *norma general* existente en 'una disposición legislativa, suele ser un principio del Derecho contenido en la legislación. A veces será un principio sumamente general y, para nuestros parámetros culturales, indiscutible como por ejemplo el artículo 4 del Código Civil que dice: "El Varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles". Otras veces, se tratará de una opción del legislador entre varias posibilidades. Por ejemplo, la vigencia del parentesco colateral consanguíneo hasta el cuarto grado, o del parentesco por afinidad hasta el segundo grado que establecen los artículos 236 y 237, aplicables a multitud de circunstancias de manera tácita o expresa: casos de incompatibilidad para determinada función pública, casos de interés moral compartido, casos de prohibición de nepotismo, etc.

Hay una diferencia entre los dos ejemplos que hemos puesto: la igualdad entre varón y mujer es un principio que, entre nosotros, hoy por hoy no admitiría válidamente un cambio hacia la desigualdad. Hay que notar, sin embargo, que es un rasgo jurídico que tiene vigencia en el espacio y en el tiempo. En efecto, hoy por hoy la mujer y el varón no tienen igualdad de condiciones formales frente al Derecho en todos los lugares del mundo: hay Estados y religiones que aún postergan a la mujer. Pero, a la vez, es claro que en nuestro mismo país no hubo siempre una conciencia jurídica de igualdad: sin ir muy lejos el Código de 1936 daba trato desigual en perjuicio de la mujer. Las apreciaciones culturales de cada momento tienen mucha importancia para determinar cuáles son las normas generales de un Estado y, por consiguiente, para determinar sus efectos en el Derecho.

Nuestro segundo ejemplo es relativo: podría establecerse perfectamente que los criterios de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad fueran ligeramente más extensos o ligeramente más restringidos y no se agraviaría a nadie en los principios. Inclusive, podría darse cierta importancia a los lazos espirituales de parentesco como los padrinazgos (que de hecho tienen una relevancia de familiaridad en nuestro medio cultural).

Por consiguiente, en relación a las *normas generales*, tenemos que mirar atentamente la cultura jurídica del medio y tomar en cuenta cuáles son las normas jurídicas que en ella se consideran normas generales, por sí mismas (igualdad de sexos) o mientras no sean alteradas (grados de parentesco con reconocimiento jurídico).

Lo contrario a dichas *normas generales* serán normas de excepción y, éstas, deberán tener una aplicación que discutiremos a continuación pero que llamada como "*no análoga*" por este artículo, nosotros la consideramos como *aplicación interpretativa estricta*.

2. Normas de declaración y de restricción de derechos

Fue y es un principio general del orden jurídico que los derechos se deben aplicar de manera extensiva y que las restricciones de los mismos deben ser aplicadas de forma estricta. Este es un razonamiento que quiere decir lo siguiente en términos prácticos: si ante una norma que declara un derecho y otra que lo restringe nosotros como aplicadores del Derecho no tenemos claro si el derecho está restringido o cuán restringido está, nuestra conclusión debe ser que el derecho de esa persona está vigente hasta el límite posible que nos dé nuestra razón. En otras palabras, la duda favorecerá a quien tiene el derecho. Este tipo de razonamiento, por lo demás, no es ajeno en absoluto al sistema jurídico: se aplica a favor de las personas prácticamente en todas las circunstancias.

¿Cómo medir estos asuntos? En nuestro criterio, una regla adoptada en el Derecho Constitucional es perfectamente aplicable a estas circunstancias. Se trata de una disposición dictada para el caso en que se interpongan garantías constitucionales en defensa de derechos sobre los cuales se ha decretado régimen de excepción. Dice la parte final del artículo 200 de la Constitución: "(....) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)"⁰

La *razonabilidad* consiste en evaluar si la restricción del derecho que se propone aplicar es consistente con la *ratio legis* o la razón de la existencia de la norma restrictiva aplicable. Por ejemplo, si voy a sancionar a un padre privándolo de la patria potestad, ello deberá ocurrir porque su conducta anterior haya hecho previsible que mantener dicho poder sobre los hijos puede perjudicarlos. En caso alguno sería razonable quitarle la patria potestad por la forma de conducirse frente a su cónyuge.

La *proporcionalidad* consiste en la relación que debe existir entre la conducta adoptada por la persona y el grado de privación de derecho que se le hace. No puede haber gran desproporción entre lo uno y lo otro.

Esto quiere decir que, frente a cada circunstancia de restricción de derechos, es procedente averiguar la razonabilidad y proporcionalidad de tal restricción, actuando siempre a favor del derecho y no en contra de él cuando haya duda, o aplicabilidad poco clara de la norma restrictiva.

Cabe añadir que toda sanción es una privación de derechos y que, por consiguiente, las sanciones también caen en esta categoría de normas restrictivas de los derechos y, en consecuencia, les es aplicable la disposición que comentamos.

3. La interpretación estricta o la analogía

El artículo IV del Título Preliminar prohíbe la *aplicación por analogía de la ley que establece excepciones o restringe derechos*.

Aquí la palabra *ley* no debe entenderse en el sentido estricto de norma aprobada por el Poder Legislativo y promulgada por el Ejecutivo. Ni siquiera solo *norma con rango de ley* para incluir a los decretos legislativos y de urgencia. En efecto, sería absurdo que las normas con rango de ley no puedan ser aplicadas de esta manera pero sí lo pudieran ser los decretos y resoluciones. Aquí, en consecuencia, tenemos que tomar la palabra *ley* en el sentido de *norma jurídica de origen legislativo*.

La analogía, en explicación simple, consiste en aplicar la consecuencia de una norma jurídica, a un hecho distinto de aquel que se considera en el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.

Por ejemplo, será aplicación analógica considerar en el mismo supuesto a la cónyuge y a la que tuvo una unión de hecho protegida por el artículo 326 del Código Civil. Así, si a esta última se le muriera su pareja, no se le podría restringir el derecho a casarse aplicándole el inciso 3 del artículo 243 del Código Civil que dice que "no se permite el matrimonio (...) de la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz (oo.)".

Pero aliado de la analogía está la *interpretación extensiva* que es aquella en la que la conclusión interpretativa consiste en que la norma interpretada se aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir porque pueden ser considerados como dentro de ella. ¿Se puede aplicar por interpretación extensiva las normas que se refieren a excepciones o que restringen derechos? Por ejemplo: durante varios años en el Perú los tribunales militares juzgaron y condenaron a oficiales retirados de las Fuerzas Armadas porque los consideraron parte de dichas instituciones en lo que se refería a sus opiniones políticas. Efectivamente, esos oficiales eran miembros de las Fuerzas Armadas, inclusive con ciertos derechos dentro de ellas pero, al mismo tiempo, eran ciudadanos en pleno ejercicio. Si se les hubiera sancionado en los tribunales militares porque no eran miembros de las Fuerzas Armadas pero lo parecían, se hubiera hecho analogía. Aquí se hacía una aplicación extensiva de las normas sobre jurisdicción militar.

En el Derecho peruano, sin embargo, se ha concluido que los militares retirados no están sujetos a los tribunales militares: la interpretación no puede ser extensiva sino estricta, es decir, la justicia excepcional solo puede ser aplicada al caso literalmente de excepción que es el de los oficiales en actividad. Y eso es correcto porque

al ser juzgados por tribunales militares, los oficiales en retiro ven restringidos varios derechos.

Por ello, consideramos que este artículo no solo prohíbe que se aplique la analogía. También está en su *ratio legis* prohibir la interpretación extensiva. Por consiguiente, consideramos que lo técnicamente *correcto* es leerlo de la siguiente manera:

"La norma legislativa que establece excepciones o restringe derechos se aplica estrictamente, es decir, ni por interpretación extensiva ni por analogía".

DOCTRINA

VIGO (h), *Integración de la Ley. Artículo 16 del Código Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1978; SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, EDEVAL, 3. Valparaíso, 1978; SAVIGNY, *Los fundamentos de la Ciencia Jurídica*, en *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, 148; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffre, Milano, 1980; KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del Derecho*, traducido por W. GOLDSCHMIDT, en *La Ciencia del Derecho*; KANTOROWICZ, *La definición del Derecho*, traducción del inglés por DE LA VEGA, *Revista de Occidente*, Madrid, 1964; ZITELMANN, *Las lagunas del Derecho*, en *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, 148; KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, traducida al español de la edición francesa por NILVE, EUDEBA, Buenos Aires, 1982; RECASENS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, sexta edición, Porrúa, México, 1981; ALCHOURRON y BULYGIN, *Lagunas del Derecho y análisis de los casos*, separata, s/e, Buenos Aires, 1971; LEON BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil*, Título Preliminar y *Derecho de las Personas*, Concordado con el Código Civil de 1984, WG Editor, Lima, 1991; PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1981; PIANO MORTARI, *Analogia, a) Premessa storica*, voz en *Enciclopedia del Diritto*; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo 1, cuarta edición, primera reimpresión, Tecnos, Madrid, 1982; REALE, *Introducción al Derecho*, traducido por BRUFAU PRATS, sexta edición, Pirámide, Madrid, 1984.

. JURISPRUDENCIA

"La interpretación contrario sensu no está prohibida por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil y además es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta a la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma, mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley. A mayor abundamiento, la acotada norma de derecho material prohíbe la analogía respecto a leyes que restringen derechos y no a normas estatutarias".

(Cas. NSI461-97. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"Las normas e instituciones que establezcan restricciones de derechos o situaciones excepcionales deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente".
(Exp. NSI1671-91. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

LA AUTONOMIA PRIVADA: SUS LIMITACIONES FRENTA A LAS LEYES IMPERATIVAS Y AL ORDEN PÚBLICO

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres;

CONCORDANCIAS:

c...	arto 2 ínc:-3}
C;c.	arts.6, 13; 96, 104 ínc. 9), 120,21'9 íne; 8), 738, 1328; 2049,2050, 2060
C:P.C':	arts. 332/ínc. 4); 337, 361
CdeC	art: 53
. D.L 26002	arto 123
LE)'26887	art.2

Comentario'

Juan Espinoza Espinoza

1. La autonomía privada como fuente de relaciones Jurídicas y su (pretendido) deslinde conceptual con la libertad Jurídica

Para autorizada doctrina española, la autonomía privada "es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegada por el mismo titular de ellas. Podría definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica" (DIEZ-PICAZO y GULLÓN). Agrega la citada doctrina que "no se trata simplemente de reconocer un ámbito de libre actuación a la persona, sino de algo más. No es por esto autonomía privada lo mismo que la libertad individual. Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica".

Se sostiene que el acto de autonomía es libre, eficaz, vinculante y preceptivo.

Asimismo, se incurre en equívoco cuando se habla de "autonomía de la voluntad", porque "el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino el individuo, la persona, como realidad unitaria" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Dentro de este contexto, el negocio jurídico puede definirse "como un acto de autonomía privada" (BIANCA).

Recientemente, autorizada doctrina nacional, partiendo de una premisa ius-filosófica, ha entendido que "la libertad es el sustento de la voluntad". Dentro de esta línea

de pensamiento, se afirma que "cuando nos referimos al acto 'jurídico' como un acto 'voluntario', estamos haciendo dos simultáneas afirmaciones. La primera, que el acto 'jurídico', como cualquier otro acto, es una expresión contemporánea de la libertad que es mi existencia y, la segunda, que la voluntad no se presenta o se da solitaria, sino que se manifiesta conjuntamente con todas las demás potencias de mi *psique*. Es decir, con el discernimiento o inteligencia y con nuestros sentimientos o pasiones". Se llega a la conclusión que 'la autonomía' radica en la persona en cuanto ésta es un ser libertad. Es el ser humano, en tanto ser libre, quien es autónomo o autárquico. Es en la libertad donde radica su autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la 'voluntad' y los demás ingredientes del psiquismo. Es su supuesto. Resulta equívoco, como se ha sostenido, referirse a la 'autonomía' de la 'voluntad'. En todo caso, esta expresión debería entenderse como que la 'voluntad' es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Para cierta doctrina brasileña, el negocio jurídico, a través de la autonomía privada es otra fuente de derecho, por cuanto "positiviza" normas jurídicas (REALE). A nivel de doctrina nacional también se admite que "el acto jurídico es una fuente formal del Derecho, aun cuando las normas que generan sean de un alcance particular" (VIDAL RAMÍREZ). La autonomía privada, a través del negocio jurídico crea normas (entendidas como reglas de conducta), las cuales son las relaciones jurídicas objeto del mismo (con efectos entre las partes); pero no crea normas jurídicas, las cuales por su especial naturaleza, tienen eficacia social. Por ello, se sostiene que "basta tener en cuenta que la esencia de la norma consiste en un mandato general y abstracto, proveniente de un sujeto (una autoridad) superior, o bien en un acto heterónomo; el negocio, por el contrario, es una expresión de la autonomía de los particulares, a los que está permitido dar regla, por sí mismos, a sus propios intereses, pero no mandar a los demás, y con la asunción, por añadidura, de las cargas establecidas por las normas legales que regulan la materia y dentro de los límites que éstas imponen" (SCOGNAMIGLIO).

2. i Acto O negocio jurídico I

En la delimitación conceptual que traza la doctrina nacional tradicional, es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos jurídicos. Así, se ha afirmado que el acto jurídico "es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquél descarta la involuntariedad y la ilicitud. Lo primero es indudable. La palabra misma 'acto' indica como una determinación de voluntad. Mas, algunos son de opinión que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito (Enneccerus). Este parecer es inaplicable dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico" (LEÓN BARANDIARÁN).

El artículo 140 del Código Civil, primer párrafo, establece que "el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas".

La Teoría del Acto Jurídico es producto de la doctrina clásica francesa, la cual no fue recogida por el Código Civil francés de 1804. Sin embargo, dicha teoría fue asimilada, aunque con ciertas variantes, en Latinoamérica. Así tenemos que fue recogida por el Código Civil chileno de 1857, por el *Esbozo* de Texeira de Freitas y por el Código Civil argentino, cuyo artículo 944 inspiró a Olaechea, quien en 1925 presentó en el Anteproyecto a la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852, la siguiente propuesta: "Son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos". El artículo 1075 del Código Civil de 1936 no definió lo que es el acto jurídico.

Según acreditada doctrina nacional (LOHMANN LUCA DE TENA), el acto jurídico se diferencia del negocio jurídico en los siguientes aspectos:

- El presupuesto de los negocios jurídicos es la declaración o manifestación de voluntad. No ocurre lo mismo en todos los actos jurídicos ni en los actos ilícitos por negligencia.
- La finalidad de las partes en el negocio es la de crear un vínculo; en los actos no negocios, el vínculo aparece por imperio de la ley, sin tener su origen en una manifestación volitiva.
- La intención es indispensable en el negocio jurídico, no necesariamente en el acto jurídico.

Para aquellos que siguen la doctrina tradicional, el problema de la distinción entre acto y negocio jurídico se reduce al de una "sinonimia conceptual" (VIDAL RAMÍREZ), optando por el *nomen iuris* de acto jurídico "por razones de tradición jurídica" (ZUSMAN TINMAN, DE LA PUENTE Y LAVALLE). Desde mi particular punto de vista, se observan las siguientes distinciones:

- Tanto el acto como el negocio jurídico son especies del género hecho jurídico; pero el negocio jurídico es una *sub specie* del acto jurídico.
- El acto jurídico se materializa a través de la manifestación de la voluntad [entendida como "la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos" (LOHMANN LUCA DE TENA)]; el negocio, a través de la declaración de la voluntad [entendida como "aquel acto responsable que exteriorizando la 'coordinación jerárquico de nuestros deseos', tiene como propósito producir efectos jurídicos mediante la comunicación de la voluntad contenida en la expresión" (LOHMANN LUCA DE TENA)]. Nótese que la relación entre manifestación y declaración de voluntad es de género a especie. Sin embargo, en ambos supuestos, las consecuencias jurídicas ya se encuentran predeterminadas por el ordenamiento jurídico.
- Dentro de esta concepción es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito. La licitud (o ilicitud) de un hecho humano voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de *acto*. Para un sector de la doctrina, el negocio jurídico solo puede ser lícito, por cuanto el ordenamiento jurídico faculta a las partes para autorregu

larse en virtud del principio de la autonomía privada, teniendo ésta como Umite su "fin lícito" (STOLFI). Sin embargo, para otro sector de la doctrina (MESSINEO), en opinión que comparto, también podría configurarse un negocio jurídico ilícito.

. Lo que se legisla en el artículo 140 del Código Civil (teniendo como antecedentes el artículo 1075 del Código de 1936 y el artículo 1235 de (Código de 1852) no es ese acto jurídico sino el negocio jurídico, porque alude a la intención de las partes para: determinar sus efectos y a sus requisitos:

- Agente capaz
- . Fin lícito
- Objeto física y jurídicamente posible
- Observancia de la forma prescrita por ley, bajo sanción de nulidad

Estos son los elementos propios de los negocios jurídicos. En mi opinión, el acto jurídico es aquel hecho humano realizado voluntariamente, lícito o ilícito, del cual surgen efectos jurídicos. Ejemplos de actos jurídicos *tout court*: el reconocimiento de deuda (artículo 1996.1 C.C.), notificación de la cesión (artículo 1215 C.C.), et hallazgo (artículo 935 C.C.), entre otros.

Se sostiene que el identificar el concepto *de/* acto jurídico con el de manifestación de voluntad, "es inexacto y ha contribuido a oscurecer el concepto del acto jurídico" (TABOADA CÓRDOBA).

Frente a la doctrina francesa que crea la Teoría del Acto Jurídico, surge la doctrina alemana instituyendo la Teoría del Negocio Jurídico, que luego fue seguida por los españoles y los italianos. La Teoría del Negocio Jurídico se origina en la corriente pandectista alemana y se consagra, entre otros cuerpos legislativos, en el Código Civil alemán de 1900. El negocio jurídico es definido como "el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes- a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)" (BETTI). La doctrina nacional ofrece una explicación que intenta justificar la sinonimia conceptual entre acto y negocio jurídico, basándose en la doctrina española: el término francés *acte* tiene dos sinónimos, uno masculino que significa acta (documento) y otro femenino que significa acto (negocio). Al ser imposible usar el término *affaire juridique* para traducir el negocio jurídico, se usó la locución *acte*. Por consiguiente, por una confusión en la traducción, se equiparó *acto* con *negocio jurídico*, para distinguirlo del *acta* (VIDAL RAMÍREZ).

Para cierto sector de la doctrina española, "la línea divisoria entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto deriva de la propia definición de aquél. En el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico que consideremos se halla ausente todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias porque están predeterminadas por la ley" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

que los agentes han querido estatuir.

La doctrina italiana define al negocio jurídico como "una manifestación de la autonomía de la 'persona' que, con su propia voluntad, atiende a la satisfacción de sus necesidades mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, que pueden ser o no patrimoniales (v.g., derechos de familia). El negocio jurídico está formado, pues, por una o más declaraciones de voluntad dirigidas a tal fin" (BARASSI).

Se afirma, con razón, que "la noción de autorregulación de intereses privados, deducida de la consideración de la realidad económico-social, constituye el dato básico a tener en cuenta para establecer la noción de negocio jurídico" (SCOGNAMIGUO).

Hace algunas décadas, precursoramente en nuestro medio, se sostuvo que "el negocio jurídico es, pues, un acto jurídico como cualquier otro. Dicho negocio jurídico no produce efectos por sí, sino porque el ordenamiento jurídico lo reconoce y le presta su fuerza. Está contenida en él la voluntad del sujeto, pero los efectos del negocio derivan de la ley" (J.E. CASTAÑEDA). Agrega esta doctrina que "el acto jurídico se distingue del negocio jurídico que en éste no solo encontramos una expresión de la voluntad del hombre, sino que se trata de una voluntad que persigue un fin que la ley protege y que es una voluntad manifestada, expresada, exteriorizada. No es posible concebir un negocio jurídico sin declaración de voluntad".

Otro sector de la doctrina nacional ha sostenido que "el negocio jurídico está constituido por una declaración de voluntad privada encaminada a un fin práctico susceptible de producir efectos jurídicos previstos y aun imprevistos. Es decir, pues, que no se basta la voluntad interna aunque sea legítima; es necesario que dicha voluntad se exteriorice. El negocio jurídico es manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico y lícito (si fuera ilícito no sería negocio jurídico)" (A. FERRERO COSTA).

Merece particular atención la doctrina que afirma que el negocio jurídico "es un mandato particular de origen eminentemente social que determina una nueva situación económica y jurídica que depende del ejercicio de la autonomía atribuida al privado" (PALACIOS MARTÍNEZ).

Para la doctrina nacional que más rigurosamente ha defendido la autonomía conceptual del negocio jurídico, éste es entendido como la "declaración o declaraciones de voluntad de Derecho privado que por sí o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, el Derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico" (LOHMANN LUCA DE TENA). Sus características son las siguientes:

- a) El negocio jurídico es una figura de Derecho privado.
- b) Entre el contenido de la voluntad y el efecto que el Derecho atribuye a un negocio no hay una inmediata relación de causalidad.
- c) Las consecuencias jurídicas son paralelas a las de carácter económico o social

- d) Los efectos serán esenciales, naturales o accidentales.
- e) La declaración de voluntad, o el acuerdo de varias, puede requerir en ocasiones de otros supuestos para obtener la finalidad práctica deseada (no el nacimiento del negocio).
- f) El negocio aspira al logro de un fin que normalmente reviste un aspecto económico.

Respecto de quienes sostienen que el negocio jurídico se distingue del acto jurídico, porque en el primero los efectos jurídicos son establecidos por las partes y en el segundo, por la ley, se afirma que "las declaraciones de voluntad por sí solas, o junto con otros requisitos, forman el supuesto de hecho de un negocio jurídico. Si la voluntad manifestada es capaz de producir efectos jurídicos es porque ha estado incorporada en un supuesto de hecho, *fattispecie, tatbestant*, presupuesto abstracto, porque ha formado parte de él. La voluntad manifestada por sí misma, si no está contenida en un supuesto de hecho, es incapaz de producir efectos jurídicos. El efecto jurídico nace como consecuencia de la realización del supuesto de hecho de un negocio jurídico, respecto del cual la declaración de voluntad es uno de sus requisitos. En el negocio jurídico la declaración de voluntad es reconocida como fundamento de un efecto jurídico y este reconocimiento se produce a través del supuesto de hecho. El supuesto de hecho negocial es el conjunto de requisitos tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, entre los cuales figura una o más declaraciones de voluntad, para la producción de efectos jurídicos" (TABOADA CÓRDOBA).

Resumiendo: los actos jurídicos en sentido estricto tienen lugar cuando no hay negocio. Se trata de actos voluntarios -no hechos- (que producen efectos jurídicos) y hay negocio cuando el autor o autores manifiestan su voluntad, a efectos de auto irregular sus propios intereses, con la consecuencia de crear (modificar o extinguir) o regular relaciones jurídicas. En efecto: si abordamos al negocio jurídico desde un punto de vista económico-social (empírico) lo entenderemos como la autorregulación de los propios intereses y, si lo entendemos como categoría técnico-jurídica, será aprehendido como una manifestación de voluntad destinada a establecer (en el más genérico de los sentidos) relaciones jurídicas.

Se sostiene que "en el negocio jurídico los efectos no han sido previstos con anterioridad, ni taxativamente, por el ordenamiento jurídico; los efectos deben vincularse, más bien, y según cada caso, con la declaración de voluntad (según las doctrinas más antiguas) o con la composición de intereses fijadas en la regla que el negocio (entendido como acto de autonomía) expresa" (G.B. FERRI). No estoy de acuerdo con esta posición: es una falacia sostener que la diferencia entre el acto y el negocio jurídico estriba en que los efectos jurídicos están predeterminados por ley, en el primero y los fijan las partes, en el segundo. Tanto en el negocio jurídico como en el acto, los efectos están predeterminados por el ordenamiento jurídico. Lo que sucede es que en el ámbito del negocio jurídico, los efectos están delimitados por normas supletorias, imperativas, o inspiradas en el orden público (y, si se quiere, en las buenas costumbres): es justamente que la autonomía de la voluntad (a través del instrumento negocio jurídico) se puede desplegar (e imponer) sobre las normas supletorias y producir efectos jurídicos, porque así lo ha decidido (y predeterminado) el

ordenamiento jurídico, como reconocimiento (y consecuencia, a su vez), obviamente, de la persona entendida como un valor (o como dice nuestra Constitución: un "fin supremo de la sociedad y del Estado"). He aquí la verdadera diferencia, a mi modo de ver, entre el acto y el negocio jurídico.

Autorizada doctrina nacional afirma que "la noción de acto jurídico tiene, en el fondo, dentro de su propia teoría, el mismo contenido que la del negocio jurídico en la teoría de éste, y que ambas cumplen adecuadamente su rol en el ámbito de sus respectivas teorías" (DE LA PUENTE Y LAVALLE).

Un sector de la doctrina brasileña (LIMONGI FRANCA) parte de la premisa que "no existe unanimidad de opinión" sobre la diferencia entre negocio y acto jurídico, así como advierte que, sin negarse "sobre la viabilidad de la distinción doctrinal", no se le encuentra a ésta "ninguna utilidad práctica para la vida del Derecho".

No obstante todo este planteamiento doctrinario, el cual es válido, al existir una serie de negocios (o de "actos" como prefiere nuestro Código), tan distintos uno de otros, que llama a cuestionamiento la presencia de un Libro separado de Acto Jurídico, cuando contamos ya con una sección dedicada a la parte general de los contratos, al matrimonio y a los testamentos ¿qué tipo de actos jurídicos se regulan en este Libro? ¿no se podría fusionar el Libro de Acto Jurídico con la parte general de los contratos? Una audaz doctrina italiana ha observado que "ni el contrato en general del Derecho francés, ni el negocio jurídico del Derecho alemán tienen referentes en el mundo de la realidad; existen solamente en el mundo del Derecho, solo en el escenario jurídico verbalizado, como afirmaría la filosofía analítica. El contrato en general, aun en la limitada acepción de los *common lawyers*, se concilia mal con el empirismo anglosajón, y la literatura jurídica lo emplea como categoría descriptiva, mientras que en clave operativa se continúa haciendo referencia a los particulares tipos contractuales. La locución *contract* ha entrado en el *Uniform Comercial Code* norteamericano, pero solamente para designar la compraventa, como sinónimo de *sale*"(GALGANO).

En sentido contrario, se sostiene que "dado que el negocio jurídico es, precisamente, una categoría conceptual, no se puede exigir que la ley adopte una posición explícita en relación con la misma, pero tampoco es dable deducir del silencio de la ley una indicación distinta de la que sigue (que sí puede compartirse): que es inoportuno efectuar una decisión de campo en una materia que hasta ahora suscita arduos debates" (SCOGNAMIGLIO).

Debe tenerse en cuenta que este debate doctrinario se da en un contexto jurídico en el cual no hay una regulación jurídica del negocio a nivel legislativo (concretamente en el Código Civil italiano). Sin embargo, hace llamar la atención sobre la necesidad de contar con esta "categoría conceptual", a nivel doctrinario (o si se quiere de dogmática jurídica) sin que ella, necesariamente, se encuentre regulada en un Código Civil (como sería en el caso peruano).

3. El orden público

Con razón se sostiene que "la autonomía privada, aparte de que solo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de *actos* y relaciones jurídicas fijado por el ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo ordenamiento. Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada" (FLUME). Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres.

La doctrina francesa tradicional decía, con razón, que "es preciso admitir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea" (JAPIOT). En efecto, sobre el concepto de orden público se han dado variadas definiciones. Punto de partida forzoso es aceptar que no debe entenderse este concepto en la "acepción corriente, que alude a la tranquilidad de la calle, a la regularidad de la vida cotidiana" (ARAUZ CASTEX). Ha sido común asimilar el concepto de imperatividad del orden público (VIDAL RAMÍREZ). Es por eso que no se duda en expresar que "el orden público es un "conjunto de disposiciones imperativas" (RUBIO CORREA). Sin embargo, se ha observado que "una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario" (LEÓN BARANDIARÁN). Así, "el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas" (LOHMANN LUCA DE TENA).

En efecto, el concepto de *norma imperativa* debe ser identificado con el de *norma insustituible por la voluntad de los particulares*, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de *orden público*. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público (LONARDO). Por ejemplo, el artículo 1328 del Código Civil contiene una norma imperativa que expresa que todas las estipulaciones sobre exoneración y limitación de la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga, son nulas. El artículo 242, inc. 2, contiene una norma de orden público, en la cual se establece que no pueden contraer matrimonio entre sí los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grados. Sin embargo, se prescribe que, en el caso del tercer grado, el juez puede dispensar este impedimento, cuando existan motivos graves. En esta última disposición, como puede verse, está ausente el carácter de ineludibilidad o inevitabilidad.

Se observa que el orden público, es el conjunto de "principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)" (MESSINEO). Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que "el orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social" (BIANCA).

Un sector tradicional de la doctrina argentina afirma que "el orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y al

ART. V

gimas veces religiosos-a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada. A la existencia y conservación de su organización social establecida" (SALVAT). En este mismo sentido, se observa que orden público "es el conjunto de principios eminentes -religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la -digna subsistencia de la organización social establecida" (LLAMBIAS).¹

Para otro sector de la doctrina argentina, el orden público "está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del Derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso" (LEZANA). El orden público "no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada, a realizar su función" (LEZANA).

En esta misma orientación, se entiende por orden público a los principios de orden superior, que constituyen nuestra organización política y social, dentro de la cual son esenciales (GENV). El artículo V del Título Preliminar habla de acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden Público. En efecto, cuando en este artículo se establece la nulidad por actos contrarios al orden público, el legislador ha entendido este concepto como sinónimo de imperatividad. Por consiguiente, al "haber normas 'de orden público que no implican, necesariamente, que sean insustituibles, debería reformularse el tenor de este artículo.

El concepto de orden público se modifica continuamente, en la medida que evoluciona la sociedad. Es por eso que se le entiende como un "modelo societario definido por el Derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores" (LONARDO). En otras palabras, el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.

Aliado del concepto estático del orden público-límite a la autonomía privada, debemos considerar el concepto dinámico del mismo, entendido como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes. Un ejemplo a nivel legislativo, lo encontramos en la Constitución italiana, cuyo artículo 3, segundo párrafo, establece que:

"Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país".

Así, se sostiene que el orden público dinámico "se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos, para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico" y "admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas

entre supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación" (LONARDO).

Debemos cambiar la conceptualización del orden público de *ordo ordinatus* (orden establecido e inmutable) a *ordo ordinans* [orden con "una capacidad coherente de dirección hacia la finalidad del ordenamiento"] (LONARDO). Dentro de esta filosofía se alinea la intervención del Estado, a través del INDECOP, "al remover los obstáculos" que permiten una sana y libre contratación, sin ningún tipo de discriminación. Así, con fecha 06.01.99, se publicó la Ley N° 27049, en la cual se precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados, adicionándose el artículo 7-B a la Ley de Protección al Consumidor, el cual establece que "los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público".

4. Buenas costumbres, es necesaria su distinción con el orden público

Las buenas costumbres son entendidas como "los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social" (BIANCA). También se las conceptúa como "los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad *en sentido abstracto*, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado 'ambiente', considera y practica como tal (la denominada *ética social*). De esta manera, es menor el número de los negocios inmorales de lo que sería si se asumiese como criterio de valoración un concepto más rigorístico. Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro. Por tanto, el concepto de negocio inmoral es eminentemente *relativd'* (MESSINEO).

Por otro lado, se sostiene que por buenas costumbres "se ha de entender los hábitos inveterados de la sociedad que sean conformes con la moral del Código. La moral extra-Código está exenta de la autoridad de los magistrados" (DE GASPERI y MORELLO).

Hay un sector de la doctrina nacional que entiende que las buenas costumbres son las costumbres (jurídicas) que tienen el juicio de valor de buenas. Así, a propósito de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar, se sostiene que "la expresión *buena costumbre*, requiere tres calificaciones: que sea una *costumbre jurídica*; que pueda ser cualificada como *buena*; y, además, que el acto jurídico materia de análisis sea *contrario* a tal buena costumbre jurídica" (RUBIO CORREA). Desde mi punto de vista, se incurre en error cuando se pretende que exista un punto de convergencia entre la costumbre jurídica (entendida como norma jurídica) y las buenas costumbres. El concepto de costumbre al que se refiere las buenas costumbres (valga la redundancia) es a un hábito socialmente aceptado (que no consiste fuente de Derecho, como la costumbre jurídica), y que merece el calificativo de bueno, por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada. No objeto que el sustrato

común entre la buena costumbre y la costumbre jurídica resida en la habitualidad de ambas; pero mientras la primera se ciñe a los valores morales, la segunda es un tipo de norma jurídica, calificación que no ostenta la primera, por cuanto una presupone la "estructura de poder" que la hace obligatoria y la otra no. Aceptar lo contrario, haría de difícil explicación cómo es que la costumbre jurídica (que ya tiene el juicio de valor de la *opinio iuris necessitatis*, vale decir, que ya fue entendida como buena y justa dentro de su entorno social), sea calificada nuevamente como buena. Asimismo, originaría serias dificultades para entender la diferencia y articulaciones entre la costumbre *secundum legem* y la buena costumbre. (¿Tiene sentido hablar de una costumbre mala o buena conforme a ley?, o ¿Que un acto jurídico sea contrario a una mala o buena costumbre *secundum legem*?). En mi opinión son distintos los escenarios en que se desenvuelven las costumbres jurídicas y las buenas costumbres y sería un error confundirlos: la costumbre jurídica es un norma jurídica, mientras que la buena costumbre es la adecuación de la conducta a las reglas de la moral.

Si se entiende al orden público como un conjunto de principios sobre los cuales se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, es forzoso llegar a la conclusión que la relación entre ambos es de género a especie y, no se encuentra justificación para que se mantenga la autonomía conceptual de las buenas costumbres frente al orden públicos, por cuanto las primeras están subsumidas en el último. Ello se pone de manifiesto si se hace un análisis del tenor del artículo V del Título Preliminar. En efecto, como lo ha señalado un sector de la doctrina nacional (RUBIO CORREA), se pueden inferir los siguientes supuestos:

- a) Es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público.
- b) Es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan a las buenas costumbres.

Advirtiendo que la redacción del artículo V del Título Preliminar es equívoca, se sostiene que en materia de buenas costumbres, "puede entenderse de dos formas: la primera sería 'es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres'; la segunda 'es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres'. El significado de ambas lecturas es completamente distinto, porque en la primera alternativa, sería necesario que la buena costumbre esté recogida en una norma legal, en tanto que en la segunda, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación" (RUBIO CORREA).

Comparto la posición que sostiene que la interpretación correcta es la última (RUBIO.CORREA, VIDAL RAMÍREZ). En efecto, no se justifica por qué el orden público (concepto más amplio y general) deba pasar por el tamiz del reconocimiento de la norma jurídica y no el de las buenas costumbres (que forma parte del mismo). Sin embargo, creo necesario precisar que, partiendo desde la perspectiva que el concepto de buenas costumbres está subsumido dentro del concepto de orden público (y, por consiguiente deviene en totalmente prescindible), bastaría con la fórmula que "es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público".

5. Sobre la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad

El negocio jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos: el de validez, en el cual se estudia su estructura (y se analizan, principalmente, sus elementos -denominados esenciales); y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo. La regla general es que un negocio jurídico válido produzca efectos jurídicos, vale decir, sea eficaz. Sin embargo, nos podemos encontrar frente a casos de negocios jurídicos válidos, pero ineficaces (como el supuesto del negocio jurídico sometido a condición suspensiva), o frente al caso de negocios inválidos, pero eficaces, como el supuesto del (denominado) matrimonio putativo, regulado en el artículo 284 del Código Civil, en el que el matrimonio invalidado produce efectos jurídicos (como si se tratase de un divorcio) con respecto al cónyuge que lo contrajo de buena fe.

Por consiguiente, en su momento patológico, el negocio jurídico puede atravesar por una invalidez, que es definida como una "irregularidad jurídica", del negocio "que implica la sanción de la ineficacia definitiva", advirtiendo que "tal sanción puede ser automática o de aplicación judicial" (BIANCA) o por una ineficacia, que se entiende como la no producción de efectos jurídicos, o como sostiene un sector de la doctrina nacional, como "la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela" (MORALES HERVIAS). Estas dos categorías deben distinguirse de la inexistencia, la cual "está más allá de la nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que, (...) el contrato o el acto nulo producen" (GALGANO).

Dentro de la categoría de la invalidez, se encuentran la nulidad, la anulabilidad y la rescindibilidad. La nulidad "es la forma más grave de invalidez negocial" e "importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos". Sin embargo, ésta no excluye que el negocio "pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes" (BIANCA). La nulidad puede ser total o parcial.

La anulabilidad, es aquella forma de invalidez que somete al negocio "a la sanción de ineficacia de aplicación judicial". A diferencia del negocio nulo, el negocio anulable "es provisionalmente productivo de sus efectos; pero es susceptible de ser declarado ineficaz mediante sentencia" (BIANCA).

La rescindibilidad "es una forma de invalidez del contrato puesta principalmente a tutela de quien contrata en condiciones inicuas por su estado de necesidad o peligro" (BIANCA). En el artículo 1370 del Código Civil, se establece que "la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración". El artículo 1447 del Código admite la configuración de la pretensión rescisoria por lesión solo en el caso de aprovechamiento de estado de necesidad, mas no de peligro.

Tradicionalmente, al referirse a la nulidad, se ha esgrimido el aforismo romano "*quod nullum est, nullum producit effectum*". Sin embargo, esta regla no se aplica siempre y se ha afirmado, con razón, que "no tiene una aplicación inflexible" (LEÓN

BARANDIARÁN). Para demostrar esta afirmación, señalaré las siguientes "coordenadas" legislativas:

- 1) El artículo 200 del Código Civil establece que la nulidad "puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público" y que "puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta". De ello se desprende que, si se configura un acto atacado de nulidad, pueden darse las siguientes posibilidades:
 - a) Que las partes no se exijan entre sí el cumplimiento del acto (lo cual no produce efectos jurídicos).
 - b) Que una de las partes haya cumplido con realizar lo acordado en el acto afectado de nulidad y la otra no (frente a lo cual, la parte afectada puede -o no reclamar lo que "le corresponde").
 - c) Que ambas partes hayan cumplido con ejecutar el acto afectado de nulidad.

El hecho que el acto jurídico afectado de nulidad no produzca efectos jurídicos depende, inicialmente, de las partes. Si es que existe discusión respecto de la producción (o no) de dichos efectos, interviene el juez, declarando dicha nulidad. La resolución judicial de la nulidad tiene efectos *ex tunc* (o sea, retroactivos a la fecha de celebración del acto).
- 2) Abona esta interpretación, el artículo 2001, inc. 1), del Código Civil, el cual establece que, transcurridos diez años, prescribe la acción de nulidad del acto jurídico. La excepción a esta regla, la tenemos en el artículo 276 C.C., que establece que la acción de nulidad de matrimonio no caduca. Ello quiere decir que transcurridos los diez años, no obstante se pueda invocar judicialmente la pretensión de nulidad del acto jurídico, existe una alta contingencia que esta pretensión no sea acogida.
- 3) En efecto, en este supuesto, frente a una pretensión de este tipo, la parte demandada puede interponer una excepción de prescripción extintiva (artículo 446.12 del Código Procesal Civil) y el juez deberá ampararla. Solo si no es invocada la prescripción, podrá tener suceso la pretensión de nulidad del acto jurídico, porque ello implica una renuncia tácita a la prescripción ya ganada (artículo 1991 C.C.) y el juez no podrá fundar su fallo en la prescripción si no ha sido invocada (artículo 1992 C.C.).
- 4) Se podrá criticar la severidad o injusticia de establecer un plazo prescriptorio, convalidando de esta manera, los actos afectados de nulidad; pero la seguridad en el tráfico jurídico así lo exige. Recuérdese que no solo los celebrantes del acto jurídico afectado de nulidad pueden solicitar la declaración judicial de nulidad: también está legitimado el Ministerio Público y el que tenga (no obstante la literalidad del artículo 220 C.C.) legítimo interés.

Es en atención a ello que sostengo que el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos (aunque sean precarios) entre las partes. Por ello, la diferencia entre el acto jurídico afecto de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí, sino las siguientes:

 - a) El plazo de prescripción del acto afectado de nulidad es de diez años y el del acto anulable es de dos años (artículo 2001, inc. 4).

- b) La legitimación para pedir la declaración judicial de nulidad del acto jurídico la tienen las partes afectadas, el que tiene legítimo interés y el Ministerio Público. En el caso de anulabilidad, la legitimación solo la tiene la parte afectada (artículo 230 C.C.).
- c) En el acto afectado de nulidad cabe la conversión legal, en el acto anulable, la confirmación (artículo 230 C.C.).

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1. 4!! edición. 11 reimpresión. Tecnos. Madrid, 1982; BIANCA. *Diritto civile*. 3. 11 Contralto. Giuffre. Milano, 1987; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *El supuesto de la denominada "autonomía de la voluntad"*, en *Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Palestra-Temis. Lima-Bogotá, 2000; REALE. *Introducción al Derecho*, traducido y adaptado por BRUFAU PRATS. Sexta edición. Pirámide. Madrid, 1984; VIDAL RAMÍREZ. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Gaceta Jurídica. Lima, 2000; BETTI, GALGANO, SCOGNAMIGLIO y G.B.FERRI. *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales*, traducido por LEÓN HILARIO. ARA Editores. Lima, 2001; GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*. Civitas. Madrid, 1985; GALGANO. *Il negozio giuridico in Germania e in Italia*, en *Atlante di Diritto Privato Comparato*, a cura de GALGANO y FERRARI, Zanichelli, Bologna, 1992; LOHMANN LUCA DE TENA. *El Negocio Jurídico*, Segunda Edición. Grijley, Lima, 1994; MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. traducido por SENTÍS MELENDO. Tomo 11. EJEA. Buenos Aires, 1979; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 11. Acto Jurídico, concordado con el CátJigo Civil de 1984, WG Editor, Lima, 1991; J.E.CASTAÑEDA. *El negocio jurídico. Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, N2 1, U.N.M.S.M., Lima, 1972; ALBALADEJO. *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993; CIFUENTES con la colaboración de COBAS y ZAGO. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea. Buenos Aires, 1986; CIFUENTES. *Elementos de derecho civil. Parte general*. 4!! edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 1995; BOFFI BOGGERO. *Estudios Jurídicos*. Primera Serie, Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960; PESCIO VARGAS, *Manual de Derecho Civil*, Tomo 1, Título Preliminar del Código Civil. Jurídica de Chile. Santiago, 1978; VIDAL RAMÍREZ. *El acto jurídico*. Cuarta edición. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; TORRES VÁSQUEZ. *Acto jurídico*. San Marcos.

Lima, 1998; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho*, en *Temas de Derecho*. Nº 3. Lima, 1996; LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*. Quinta edición. Bosch. Barcelona, 1979; REALE. *Filosofía del Derecho. 1. Introducción filosófica general*, traducida por HERREROS SÁNCHEZ y revisada por BRUFAU PRATS. Pirámide. Madrid, 1979; TABOADA CÓRDOVA. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Grijley. Lima, 2001; BELTRÁN PACHECO. *La revelación de lo oculto: la simulación del acto jurídico, mentiras y verdades*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N2 37. Año 7. Gaceta Jurídica. Lima, octubre, 2001; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil, Acto Jurídico*. Concordado con el Código Civil de 1984. Tomo 11. WG Editor. Lima; TABOADA CÓRDOBA. *La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico*. Thémis, Segunda Epoca. Nº 30. PUCP. Lima, 1994; ZUSMAN TINMAN y DE LA PUENTE Y LAVALLE. *De los actos jurídicos. Anteproyecto sustitutorio*, en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Tomo 11. PUCP. Fondo Editorial. Lima, 1980; STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; TABOADA CÓRDOBA. *La causa del negocio jurídico*. Segunda

edición. San Marcos. Lima, 1999; BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducido por MARTÍN PÉREZ. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; BARASSI. *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por GARCÍA DE HARO y FALCÓN. Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1955; R. FERRERO COSTA. *El negocio jurídico*, Editorial Rocarme, Lima, 1974; PALACIOS MARTÍNEZ. *Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico*, en *Thémis*, segunda época. Nº 30. PUCP. Lima, 1994; DE LA PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Vol. XI. Primera parte - Tomo 1. Biblioteca Para leer el Código Civil. PUCP. Fondo Editorial. Lima, 1998; LIMONGI FRANQA. *Instítuyoes de Direito Civil*. Saraiva. Sao Paulo, 1988; FLUME, *El negocio jurídico*, traducido por MIQUEL GONZÁLEZ y GÓMEZ CALLE. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1998; LEZANA. *El orden público. Los actos del demente anteriores a su declaración*. Perrot. Buenos Aires, 1963; DE GASPERI y MORELLO. *Tratado de Derecho Civil, " Teoría General de los hechos y Actos Jurídicos*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1964; ARAUZ CASTEX. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo primero. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1974; VIDAL RAMÍREZ. *Orden Público y nulidad virtual del acto jurídico*, en *Tratado de Derecho Civil*, Título Preliminar. Universidad de Lima, 1990; RUBIO CORREA. *Título Preliminar*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. 111. PUCP. 1993; BORDA. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Decimotercera edición actualizada. Perrot. Buenos Aires, 1986; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. Título Preliminar y Derecho de las Personas, concordado con el Código Civil de 1984, WG Editor, Lima, 1991; LOHMANN LUCA DE TENA. *Reforma del Título Preliminar del Código Civil*, en *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*, INDEJ. Gaceta Jurídica. Lima, 1988. Pág. 61; DE LA PUENTE Y LAVALLE. *El Contrato en General*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1991; LONARDO. *Ordine pubblico e illíceita del contratto*. ESI. Napoli, 1993; SALVAT. *Tratado de Derecho Civil Argentino (parte general)*. Quinta edición aumentada y corregida. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, 1931; LLAMBÍAS. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo 1. Duodécima edición. Perrot. Buenos Aires, 1986; AA ALTERINI. *Derecho Privado*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1977; ABELENDA. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1980; GENY, *Methode d'interpretation et sources en Droit Privé Positif*. Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs. Paris, 1899; ESPINOZA ESPINOZA y SIFUENTES DOMENACK. *Vamos a la discoteca, cholito!*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 5/Nº 11. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; RECASENS SICHES. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1981; MORALES HERVIAS. *Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano*, en *Revista del Foro*. Colegio de Abogados de Lima. Nº 1 . Año LXXXVI. Lima, 1998; GALGANO. *El negocio jurídico*, traducido por BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992; ZUSMAN TINMAN. *Teoría de la invalidez y la ineficacia*, en *Ius et Veritas* Año IV. Nº 7. Lima, 1993; FORNO FLOREZ. *La oferta al público: razones para una discrepancia*, en *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Nº 45. Diciembre, 1991; RUBIO CORREA. *La invalidez del acto jurídico*, en *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. IX. PUCP. Fondo Editorial. Lima, 1989; PALACIOS MARTÍNEZ, *Contribución a la teoría de nulidad parcial del negocio jurídico*, en *Thémis*. Revista de Derecho. Segunda época. Nº 38. Lima, 1998.

JURISPRUDENCIA

"Las normas de orden público son de observancia obligatoria para todas las personas, y se diferencian de las normas imperativas porque éstas son de observancia obligatoria solo para todas las personas que se encuentran dentro del supuesto de hecho de tales normas; en tal sentido, las normas del derecho de familia, y

"en particular las normas referidas al régimen patrimonial en el matrimonio, no son normas de orden público, sino normas imperativas, porque sólo son obligatorias para aquellas personas que se encuentran en una relación jurídica matrimonial".

(Cas. Nº 3702-2000. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"El orden público debe entenderse conforme a la doctrina imperante como aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares".

(Cas. Nº 2516-98. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"El acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, tal como lo dispone el inciso octavo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil en concordancia con el artículo quinto del Título Preliminar del mismo código sustantivo. La anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público".

(Cas. Nº 1021-96. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"En la presente litis se discute la validez de una disposición testamentaria por la que la testadora establece un régimen de indivisión respecto a un inmueble a ser poseído por tres personas, y en el que el que sobreviva a la muerte de las otras dos adquiere la propiedad del mismo, que la Corte Superior ha calificado como de condición suspensiva. Que, el hecho de calificar la disposición como conteniendo una condición suspensiva implica que el juzgador ha tenido en cuenta las normas que la regulan por lo que la denuncia por inaplicación carece de fundamento. Sin embargo, debe señalarse que esta condición impropia que sujeta la transmisión de propiedad a la muerte previa de dos personas en beneficio de una tercera, repugna el orden público y carece de toda validez y eficacia. Nuestro ordenamiento legal no puede tolerar la existencia de una disposición semejante que propenda a generar expectativas patrimoniales derivadas de que una persona muera con anterioridad a otra".

(Cas. Nº 87-96. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

ART.V
LA AUTONOMIA PRIVADA: SUS LIMITACIONES

"Resulta inaplicado el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil que dispone que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, porque quien no es propietario de un bien, no puede disponer de él y vender un bien ajeno, y el dueño no puede ser privado de su dominio sin que medie su voluntad, porque la ley no ampara el abuso del derecho".

(Cas. NI/ 282-97. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"Son nulos los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público, y no es por lo tanto jurídicamente posible ni lícito vender como propio un bien ajeno".

(Cas. NI/ 397-96. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"La precariedad en el uso de bienes inmuebles no se determina únicamente por la carencia de un título de propiedad o arrendatario, debe entenderse como talla ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advenir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante obviamente en armonía con el orden público y las buenas costumbres".

(Cas. NI/ 1818-97. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

LEGITIMIDAD PARA OBRAR

Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.

CONCORDANCIAS:

- e.e. *arts. 253, 275, 279, 367, 368, 399, 414, 599, 956, 979*
e.p.e. *arts.I, IV, 60, 82, 97, 98, 101,427 incs. 1) y 2),827,830*

Comentario

Giovanni Priori Posada

La norma en comentario es de naturaleza procesal, pues hace referencia a una institución típicamente procesal, cual es la legitimidad para obrar (MONROY GÁLVEZ, MONTERO AROCA, RUBIO CORREA, ZOLEZZIIBÁRCENA). A pesar de ello, se encuentra en el Título Preliminar del Código Civil, lo que explica las imprecisiones conceptuales que contiene.

La principal característica de la norma bajo comentario es que, siendo una norma de naturaleza procesal, tiene un manejo inadecuado de instituciones procesales fundamentales, como son el derecho de acción, el derecho de contradicción, la legitimidad para obrar y el interés para obrar; y de instituciones de la teoría general del Derecho como el interés material y el interés legítimo; lo que ha sido ya denunciado por la doctrina nacional reciente (ESPINOZA ESPINOZA, MONROY GÁLVEZ). Es por ello que en el presente comentario, intentaremos descubrir el verdadero significado de la norma a pesar de sus imprecisiones conceptuales, a partir de algunas instituciones propias de la teoría del Derecho, del Derecho procesal e incluso del Derecho civil.

1. El concepto de interés material

Un primer concepto que se hace necesario distinguir con la finalidad de comprender el artículo bajo comentario es el de "*interés*". Para ello debemos partir del hecho que en la sociedad los hombres tienen un sinnúmero de necesidades que deben satisfacer. Para lograr la satisfacción de dichas necesidades los hombres requieren de bienes aptos para ello. De esta forma, cuando un hombre ha logrado identificar un bien con el cual satisfacer su necesidad se produce una relación entre la necesidad del hombre y el bien apto para satisfacerla; y es a esta relación a lo que la teoría general del Derecho denomina "*interés*". De esta forma, entonces, se entiende por

interés, la relación de tensión entre un sujeto que sufre una necesidad y el bien apto para satisfacerla (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI).

Los bienes sin embargo, no son siempre suficientes para poder satisfacer las necesidades de todos los hombres. Esta escasez de bienes es lo que produce que más de un sujeto pueda tener una relación de tensión respecto de un mismo bien; y es esto lo que da lugar al *conflicto de intereses* (CARNELUTTI). Dicho conflicto es resuelto de manera abstracta y general por el *derecho objetivo*, reconociendo entre los intereses en conflicto uno que es prevalente: *interés jurídicamente prevalente*. En el caso del artículo bajo comentario podemos apreciar que, de forma general, el Código Civil está reconociendo como susceptibles de tutela dos tipos de intereses: patrimoniales (a los que denomina "económicos") y no patrimoniales (a los que denomina "morales"); mientras los primeros tienen una naturaleza de tipo económica, los segundos tienen una naturaleza más bien existencial, íntima, personal.

Cabe señalar que la parte de la norma en comentario que establece que nuestra legislación tutela tanto intereses patrimoniales como no patrimoniales, sí resulta ser una norma de naturaleza material, mas no procesal. Sin embargo, el error está en reconocer la tutela de un interés no patrimonial conjuntamente con la legitimidad que se exige para poder plantear una pretensión procesal mediante la cual se pretenda su tutela. En ese sentido, debe entenderse que cuando el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil dice "*El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o su familia (u.)*" está reconociendo que solo es digno de tutela el interés moral respecto de situaciones relacionadas con la esfera de una persona y las de su familia, y solo quien afirme ser titular de un interés moral tutelado por el derecho objetivo estará legitimado para plantear una pretensión procesal destinada a su tutela.

Cuando el Derecho objetivo ha realizado la calificación jurídica optando por el interés que prevalecerá ante un determinado conflicto, imputa al titular del interés jurídico prevalente una *situación jurídica de ventaja* (la que puede ser activa e inactiva) y en el titular del interés jurídico que no es el prevalente, una *situación jurídica de desventaja* (la que puede ser activa e inactiva).

2. El interés legítimo

Ahora bien, son varias las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja que imputa el ordenamiento jurídico a un sujeto de derecho. Entre las situaciones jurídicas de ventaja se encuentran: el derecho subjetivo, la expectativa y el interés legítimo. Entre las situaciones jurídicas de desventaja se encuentran: el deber, la obligación, la sujeción y la carga. No es ésta la sede para entrar al estudio de cada una de las situaciones jurídicas anteriormente descritas, solo queremos hacer notar que el *interés legítimo* (otro de los términos mal usados por el artículo en comentario) es una situación jurídica de ventaja inactiva dirigida a conseguir un resultado favorable consistente, según los casos, en la conservación o modificación de una determinada realidad. Se dice que es una situación jurídica de ventaja inactiva pues con el *interés legítimo*, la satisfacción del *interés material* que le sirve de presupuesto no depende del comportamiento del agente titular del *interés material*, sino de un sujeto diverso

que normalmente resulta ser titular de una potestad (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI). Es decir, el interés legítimo tiene una noción y contenido propios, los mismos que parecen haber sido olvidados o no tenidos en cuenta por el legislador nacional, pues usando un término que corresponde a la teoría general del Derecho ha intentado regular una institución procesal.

Debe destacarse además que el artículo bajo comentario hace referencia a *legítimo interés económico* o *moral*, pero en realidad solo el *interés material* es el que puede ser patrimonial o no patrimonial, mas no el *legítimo interés*; pues este último es solo una situación jurídica que sirve para satisfacer el *interés material*, sea éste patrimonial o no patrimonial.

3. El derecho de acción

La evolución del derecho procesal se encuentra íntimamente ligada a la evolución del concepto del derecho de acción. Durante su desarrollo, podemos decir que el concepto del derecho de acción ha transitado por tres etapas: (i) aquella en la cual no existía distinción alguna entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material (identidad entre *ius* y *actio*), noción que va desde el Derecho romano hasta mediados del siglo XIX;

(ii) aquella en la cual se establece una clara distinción entre el derecho subjetivo material y el derecho de acción, lo que se produce con la famosa polémica Windscheid - Muther (1856) y se consolida con Giuseppe Chiovenda en su célebre Prolusión de Bolonia (1903); etapa en la cual si bien se establece que el derecho de acción y el derecho subjetivo material son dos derechos distintos, aún se mantiene la idea que existe el primero solo en la medida que exista el segundo y es lo que ha dado lugar a lo que se denomina la *teoría concreta del derecho de acción*, para la cual el derecho de acción es el derecho a obtener una sentencia favorable (CHIOVENDA); y,

(iii) aquella en la cual se ratifica que el derecho de acción y el derecho subjetivo material son dos derechos distintos, sin embargo, se llega a establecer que la existencia y titularidad del derecho de acción en nada depende de la existencia y titularidad del derecho subjetivo material; *teoría abstracta* cuya elaboración final y difusión se debe al gran maestro italiano Francesco Carnelutti.

A la primera teoría se le denomina la teoría monista y a las otras dos se les conoce como las teorías dualistas.

El concepto del derecho de acción que maneja la doctrina procesal contemporánea es el concepto que brinda la concepción dualista y abstracta. En ese sentido, se concibe que el derecho de acción es el derecho (para algunos, poder) de naturaleza constitucional de exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto...(MONROY). El hecho que el derecho de acción sea un derecho constitucional supone que es inherente a todo sujeto de derecho, y por otro lado el hecho que sea abstracto supone que un sujeto de derecho es titular del derecho de acción independientemente de que sea o no titular del derecho subjetivo material respecto del cual se discute,

e incluso un sujeto de derecho es titular del derecho de acción independientemente de si está en un proceso o no.

Ahora bien, siendo ello así, el ejercicio del derecho de acción supone el inicio de un proceso. El acto procesal con el cual se manifiesta el ejercicio del derecho de acción se conoce como "demanda". Por lo demás, la demanda contiene una exigencia concreta de tutela al Estado para con ésta lograr la satisfacción del interés material cuya lesión o amenaza se reclama, y a dicha exigencia se le denomina "pretensión".

Las precisiones conceptuales anteriormente hechas sirven para demostrar la confusión en la que incurre el artículo bajo comentario, pues confunde los conceptos de derecho de acción, demanda y pretensión; ya que -siguiendo a la doctrina procesal lo que se contesta en un proceso es la demanda y no la acción; y la legitimidad para obrar se exige para poder plantear una pretensión, pero no para ejercer el derecho de acción. Pero el Código Civil incurre en una confusión mucho más grave cuando señala que "*Para ejercitar una acción (...) es necesario tener legítimo interés económico o moral*". Si consideramos al legítimo interés como una situación jurídica subjetiva, el Título Preliminar del Código Civil está afirmando entonces que para poder ejercer el derecho de acción hay que ser titular de la situación jurídica subjetiva (o en todo caso del interés material que le sirve de presupuesto); lo que no hace sino evidenciar que el Código Civil de 1984 recoge la teoría concreta del derecho de acción. Es decir, nuestra legislación de fines del siglo XX recoge un concepto de mediados del siglo XIX; y ello, que se aprecia en el Título Preliminar del Código Civil, es algo que se repetirá a lo largo de todo el texto del Código, el que incluso llega muchas veces a hacer enunciados que corresponden a la noción del derecho de acción que tenían los juristas romanos, dejando de lado con ello más de dos mil años de evolución del Derecho.

4. Hacia un intento por interpretar el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: La legitimidad para obrar

Cuando la doctrina nacional se ha encargado de estudiar el artículo bajo comentario ha orientado la norma contenida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil al instituto de la *legitimidad para obrar*, instituto que, junto con el *interés para obrar*, forman parte de las denominadas *condiciones de la acción*. Aunque por razones de espacio no podemos detenernos en el estudio del *interés para obrar* éste debe ser entendido como la utilidad que tiene la providencia jurisdiccional solicitada con el inicio del proceso para la tutela del interés lesionado o amenazado; siendo ello así *interés para obrar*, *interés material* e *interés legítimo* son conceptos absolutamente distintos, pero además, mientras el primero es un instituto procesal, los otros dos son institutos de derecho material.

167

La doctrina procesal ha elaborado fundamentalmente dos teorías que tienden a explicar la naturaleza de las condiciones de la acción. La primera de ellas entiende que las condiciones de la acción son los elementos necesarios para que el demandante obtenga un pronunciamiento jurisdiccional favorable, siendo esta teoría la que

ART.VI

se elabora en base de la teoría concreta del de acción. La segunda de las teorías entiende que las condiciones de la acción son los elementos indispensables a fin de que el órgano jurisdiccional pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo, siendo esta teoría la que se elabora en base a la teoría abstracta del derecho de acción. En ese sentido, mientras que para la primera teoría las condiciones de la acción garantizarían un derecho a tener la razón, para la segunda garantizan el derecho de pedir que se dé la razón, cosas sustancialmente diferentes (MONROY). La doctrina procesal contemporánea, con algunos matices, se ha inclinado fundamentalmente por la segunda de estas teorías a la cual nos adherimos.

Si consideramos que el derecho de acción es un derecho abstracto, la legitimidad para obrar (al igual que el interés para obrar) no constituye un presupuesto para su ejercicio, pues una persona puede ejercer el derecho de acción aun cuando no se encuentre legitimada. La legitimidad para obrar se entiende más bien como presupuesto para poder plantear una pretensión en un proceso, de forma tal que solo si la pretensión es planteada por una persona legitimada, el juez puede pronunciarse válidamente sobre el conflicto de intereses que le ha sido propuesto.

La legitimidad para obrar es entonces la *posición habilitante* para ser parte en el proceso; en ese sentido, se habla de *legitimidad para obrar activa* para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandante para poder plantear determinada pretensión; y se habla de *legitimidad para obrar pasiva* para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandado para que la-pretensión planteada en el proceso pueda plantearse válidamente contra él (MONTERO AROCA). Esta posición habilitante puede estar determinada por dos situaciones distintas:

1. Por la simple afirmación que realiza el demandante de la titularidad de las situaciones jurídicas que él lleva al proceso, en este caso estamos frente al supuesto de lo que la doctrina conoce como *legitimidad para obrar ordinaria*.
2. Por la permisión legal expresa a determinadas personas a iniciar un proceso, a pesar de no ser titulares de las situaciones jurídicas subjetivas que se llevan a él. En este caso estamos frente a lo que la doctrina conoce como *legitimidad para obrar extraordinaria*.

- a. **La legitimidad para obrar ordinaria.-** La legitimidad para obrar ordinaria parte del supuesto que la opción de acudir a los órganos jurisdiccionales para plantear determinada pretensión corresponde al titular de la situación jurídica vulnerada o amenazada. Es por ello que el instituto de la legitimidad para obrar garantiza al titular de una situación sustancial, de la injerencia ajena (LUISP).

De esta forma, quien inicia un proceso debe declararse titular de la situación jurídica respecto de la cual solicita tutela y debe declarar al demandado titular de la situación jurídica contrapuesta. Nótese que se trata solamente de declarar, es decir, de afirmar la titularidad de las situaciones jurídicas controvertidas. Estas afirmaciones son las que constituyen la posición habilitante de la legitimidad para obrar ordinaria. En consecuencia, la legitimidad para obrar ordinaria activa consiste en la correlación entre la persona de quien demanda y la afirmada titularidad del derecho controvertido; y la legitimidad para obrar pasiva con

siste en la correlación entre el sujeto demandado y la afirmada titularidad de éste de la obligación, que sirve de correlato al derecho controvertido. En otras palabras, la legitimidad para obrar consiste en la verificación de la correlación entre los sujetos que conforman la relación jurídica materia.-I y aquellos de la relación jurídica procesal.

b. **La legitimidad para obrar extraordinaria.**- La legitimidad para obrar extraordinaria se presenta en todos aquellos casos en los que la ley de forma expresa permite que una persona que no es titular de las situaciones jurídicas que se discuten en el proceso, pueda iniciar y proseguir válidamente un proceso. En estos casos entonces, no se hace necesario que el demandante afirme ser titular de la situación jurídica controvertida, ya que no es la calidad de titular del derecho o de la obligación lo que lo legitima, sino que únicamente basta que el demandante o el demandado se encuentren en la situación que la norma legal que le concede legitimidad exige a fin de que pueda iniciar válidamente un proceso.

Algunos casos de legitimidad para obrar extraordinaria que contempla el ordenamiento jurídico peruano son los contemplados en los artículos 1219 inciso 4) y 1987 del Código Civil, así como en el artículo 82 del Código Procesal Civil.

Nótese entonces que la legitimidad para obrar parte de una comparación entre el sujeto que está planteando una pretensión en el proceso y la pretensión planteada, sin que en nada tenga que ver el derecho de acción.

5. Conclusión

A nuestro entender, entonces, la lectura que debe hacerse del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil es que para poder plantear una pretensión en el proceso o para poder oponerse a una pretensión, se hace indispensable tener legitimidad para obrar, sea ésta ordinaria o extraordinaria (aunque no se haga referencia expresa a esta última). Además, la norma bajo comentario dispone que el proceso es un instrumento mediante el cual los justiciables pueden solicitar tutela de intereses patrimoniales y no patrimoniales.

DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Diritto , civile*. Tomo 1: *Norme, soggetti e rapporto giuridico*. Utet: Turín, 1997; CARNELUTTI, . Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Uteha: Buenos Aires, 1944. Tomo 1. Págs. 11-49; CHIOVENDA, Giusseppe. *Principios de, derecho procesal civil*. Cárdenas Editor: México D.F; 1989; ESPINOIA ESPINOIA, Juan. *Naturaleza jurídica del legítimo interés: hacia el rescate de su autonomía conceptual*, en *Advocatus*. Nueva época. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 11. Tercera entrega 2000; LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Tomo 1: *Principi generali*. Giuffrè. Milano, 1997; MONROY GÁLVEZ, Juan. *Las excepciones en el Código Procesal Civil del Perú*, en *Themis - Revistade Derecho*. Segunda época. Nº 27 - 28; MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis. Bogotá, 1997; MONTERO AROCA,

Juan. *La legitimación en el proceso civil* (intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él). Civitas. Madrid, 1994; RUBIO CORREA, Marcial. *El título preliminar*, en *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen 111. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1989; ZOLEZZIIBÁRCENA, Lorenzo. *Disposiciones de contenido procesal*. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

JURISPRUDENCIA

"Tiene legítimo interés quien vea afectado directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que represente, o exista un interés difuso".

(Cas. N^a 2381-97. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"El derecho subjetivo se halla constituido por un poder de actuar, atribuido a la voluntad del sujeto y garantizado por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses jurídicamente protegidos, de donde resulta que solo al titular del derecho se le reconoce una razón de ser suficiente para poder accionar, que la fuerza del derecho subjetivo no proviene de su titular, sino del ordenamiento jurídico y que el contenido del derecho subjetivo está constituido por las facultades jurídicas reconocidas".

(Cas. N^a 62-97. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"Quien ejercite o conteste una acción debe tener legítimo interés económico y moral, por lo tanto a quienes no fueron citados no se les puede impedir el ejercicio de la acción contradictoria".

(Exp. N^º 596-96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"En las cuestiones sucesorias, todos los sujetos llamados a heredar tienen legítimo interés en lo que respecta a la herencia, por lo que si es omitido uno o algunos de ellos, el proceso deviene nulo".

(Exp. N^a 224-95. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"La pretensión contenida en la demanda versa sobre la anulabilidad de acto jurídico; por lo que en conformidad con lo que dispone el artículo doscientos veintidós, segunda parte, del Código Sustantivo, no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio establezca la ley, que no son sino las que participaron en el negocio jurídico".

(Cas. N^a 1522-96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

FUNCIÓN SUPLETORIA y CORRECTORA DEL JUEZ: EL AFORISMO *IURA NOVIT CURIA*

Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 2047, 2049, 2051

C.P.C. artº VII

D.S. 017-93-JUS artº 184 (nº. 2)

Comentario

Juan Monroy Gálvez

El artículo VII del Título Preliminar del Código Civil ha recogido el aforismo *iura novit curia*, el cual habría tenido sus orígenes de manera anecdótica durante el siglo XIII, debido a que un juez, fastidiado por las agotadoras elucubraciones realizadas por un abogado, lo interrumpió manifestándole: *Venire and factum. Curia novit ius* ("Vaya a los hechos. El tribunal conoce el Derecho") (SENTÍS MELENDO).

En cuanto a la etimología del aforismo debemos señalar que la palabra *curia*, que deriva del latín *curia* o *curiae*, se refería al tribunal donde se trataban los asuntos contenciosos, los que corresponderían a nuestro actual concepto de conflicto de intereses jurídicamente protegidos. La palabra *novit* es la tercera persona del singular del pretérito perfecto del verbo incoativo *nosco*, que significa conocer. Finalmente, la palabra *iura*, constituye el plural de la palabra latina *ius* que significa derecho, siendo así, *iura* significa derechos. En consecuencia, podemos afirmar que el significado literal del aforismo *iura novit curia* es "el tribunal conoce los derechos".

Como puede verse, el Código Civil incorpora una norma de carácter eminentemente procesal, que es concordante con el artículo VII del Código Procesal Civil. En términos generales, el aforismo contiene una actividad que corresponde al juez durante la sustanciación de un proceso, generalmente, en la etapa de decisión o sentencia, que consiste en calificar jurídicamente el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica que constituye la pretensión discutida en el proceso. Esta función de calificar le sobreviene al juez como consecuencia de cualquiera de estas situaciones: porque las partes no lo hicieron o porque, en opinión del juez, lo hicieron erróneamente.

En la práctica judicial el *iura novit curia* constituye un poder, si se tiene en cuenta que las decisiones judiciales tienen la calidad de definitivas, exclusivas y coercitivas. No hay otro poder del Estado que las pueda revisar. No existe otra institución que pueda investigar o intervenir en un tema sometido a su decisión. Empero, a la vez es

un deber, si se observa que constituye una actividad a la que el órgano jurisdiccional no se puede sustraer. Ello, debido a que todo sujeto de derecho es, en esencia, un justiciable, es decir, una persona facultada para exigir al Estado le otorgue tutela jurisdiccional o, eventualmente, que la actividad jurisdiccional del Estado se realice, otorgándole la posibilidad de ejercitar su defensa.

Dentro de un sistema procesal inquisitivo como el nuestro, en el que el predominio de la decisión de los particulares es sustituido por la dirección y autoridad del juez, tiene una importancia determinante el aforismo materia de estudio. Cuando éste enmienda el error en la calificación jurídica cometida por la(s) parte(s), está prescindiendo de la opinión de los particulares y privilegiando el objetivo final del proceso, vale decir, la paz social en justicia.

En ese sentido, el *iura novit curia* constituye un deber del juez. El aforismo se sustenta en una presunción que tiene la calidad de *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. También se sustenta en un presupuesto de hecho. La presunción es que el juez conoce el derecho. El presupuesto de hecho es que las partes no están obligadas a una calificación jurídica correcta de sus pretensiones. Por tanto, si se presume que el juez conoce el derecho, atendiendo al objetivo final del proceso, se concluye que tiene el deber de aplicar al proceso el derecho que corresponda.

Creemos, pues, que resulta equivocada la referencia del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, cuando señala que es una "obligación" del juez aplicar la norma jurídica pertinente, ya que si bien existe cierta identidad entre los conceptos de deber jurídico y obligación, el carácter extrapatrimonial del primero y la ubicación excepcional del órgano jurisdiccional (juez) respecto de un conflicto de intereses o de una incertidumbre jurídica, determinan que el concepto obligación no sea el más indicado para designar normativamente una conducta necesaria del juez. Por lo expuesto, nos parece que en lugar del concepto obligación, se adecua a la naturaleza del aforismo el, concepto deber. ,

Ahora bien, a pesar de ser el aforismo esencialmente un deber, su actuación concede al juez un poder correlativo. En este caso, se trata del poder de realizar toda la actividad investigatoria que sea necesaria para conocer el derecho que va a aplicar. Como se ha dicho, el derecho procesal no prohíbe al juez las iniciativas y las curiosidades, cuando éstas se dirigen a colmar las lagunas de su cultura jurídica (CALAMANDREI).

En cuanto a la aplicación del aforismo al Derecho extranjero, el Código Civil ha eliminado la discusión respecto a si el ordenamiento jurídico extranjero es un hecho, que como tal requeriría prueba de las partes, o si es un derecho. En efecto, el mencionado texto legal contiene normas procesales referidas al derecho extranjero en la sección denominada "Derecho Internacional Privado", en la cual se otorga expresamente la calidad de derecho al ordenamiento jurídico extranjero.

Siendo derecho, entonces, río requiere de prueba por las partes, constituyendo un deber del juez su aplicación. Así lo informa el artículo 2051 del Código Civil. La

concordancia de este artículo con el aforismo en estudio determina que en aquellos casos en que la norma aplicable al proceso sea extranjera y no haya sido invocada por las partes, el juez podrá aplicarla en su decisión. Es decir, en el Perú, el deber de aplicar la norma jurídica pertinente con prescindencia de su cita por las partes, existe para el juez aun cuando la norma ajustada al caso sea extranjera. Nada impide, sin embargo, que el juez investigue por los medios legales o particulares (bibliotecas, por ejemplo), la perfección de su conocimiento respecto de la norma extranjera que estima aplicable al proceso.

Respecto a la aplicación del *iura novit curia* a la costumbre, en nuestra opinión, una vez que la misma ha adquirido vigencia social reiterada, además de exigibilidad en la sociedad en donde ha alcanzado transcurrir histórico, es decir, se ha convertido en costumbre jurídica, ha pasado a ser también derecho. Desde la perspectiva del aforismo en estudio, nos parece que la costumbre jurídica debe considerarse un hecho, en cuanto a la discusión relativa a su existencia; pero, una vez probada o conocida por el juez, su aplicación constituye un deber para éste, siendo su uso totalmente eficaz.

Por otra parte, respecto a la aplicación del *iura novit curia* en los casos de precedentes jurisprudencia les, hay que señalar que cuando las resoluciones solo sirvan para ilustrar al juez, el aforismo en estudio constituye un hecho ajeno. Empero, en aquellos ordenamientos en donde la jurisprudencia es un antecedente vinculatorio, el juez tiene el deber de aplicar el antecedente que corresponda, con prescindencia de la actividad de las partes.

En nuestra opinión, el ámbito de aplicación del aforismo debería alcanzar tanto al derecho objetivo, entendido como propuesta normativa, como al derecho subjetivo, entendido como una situación jurídica de ventaja en el contexto de una relación intersubjetiva. El razonamiento es el siguiente, si el aforismo informa que el juez conoce el derecho y éste es objetivo, no es posible que el juzgador tenga tal información sin conocer, a su vez, la relación jurídica establecida en el proceso.

Así, pensamos que, en caso se invoque equivocadamente la relación jurídica material que el demandante cree tener con el demandado, el aforismo exige al juez precisar en su decisión la verdadera naturaleza de la relación jurídica existente entre las partes, con lo cual enmendaría el derecho subjetivo deficientemente invocado. Sin embargo, el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, al referirse a la "norma jurídica pertinente", deja totalmente claro que el legislador ha decidido que el aforismo se refiera con exclusividad al derecho objetivo.

El Título Preliminar del Código Civil señala que los jueces deben invocar la norma pertinente así ésta no haya sido citada en la demanda, consideramos que en caso el derecho objetivo aplicable a la pretensión no se haya utilizado de manera correcta, el aforismo exige al juez su intervención para citar correctamente la norma pertinente al caso que resuelve. A pesar de ello, la norma analizada no concede al juez nacional la oportunidad de intervenir cuando se invoca erróneamente la norma jurídica. Apréciese el artículo y se advertirá que solo

se refiere al caso "que no haya sido invocada en la demanda". Se podrá argumentar que si el juez puede intervenir por omisión en la cita de la norma, con mayor razón puede hacerlo cuando se le cita erróneamente. Nos parece discutible una interpretación en tal sentido. Mucho más sólido nos parecería el argumento invertido, es decir, si el juez puede intervenir cuando las partes yerran en la cita de la norma, con mayor razón podrá hacerlo cuando éstas no la citan.

Esta deficiencia fue corregida posteriormente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual incorporó textualmente la siguiente disposición: "El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente(...)" .

Por otra parte, es necesario apuntar que le está vedada al juez toda actividad destinada a contribuir con nuevos hechos al proceso, pues el ámbito de los hechos le pertenece con exclusividad a las partes. Esta previsión ha sido contemplada también ,en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Ahora bien, la aplicación del aforismo jamás puede modificar el objeto de la pretensión especificada por el titular del derecho. Dicho de otra manera: lo que las partes piden no puede ser modificado por el juez en aplicación del aforismo *iura novit curia*. Vale aclarar que la pretensión procesal es la manifestación de voluntad a través de la cual una persona reclama un derecho contra otra ante el órgano jurisdiccional. La pretensión procesal como declaración de voluntad contiene una petición al juez; esta petición consiste en un efecto jurídico específico, este efecto es el objeto de la pretensión a la que nos hemos referido antes. .

Se ha dicho que el término "demanda" utilizado en el artículo materia de comentario, puede interpretarse extensivamente y aplicarse a la eventual omisión de la cita de la norma al deducirse una reconvenCIÓN (CÁRDENAS QUIRÓS). Aun así, nos parece que dicho concepto sigue siendo insuficiente. No es posible interpretar que también el aforismo se puede aplicar a la defensa planteada por el demandado y solo por interpretación extensiva alcanza a la reconvenCIÓN. Su reemplazo por el término "partes" eliminaría cualquier equívoco al respecto.

DOCTRINA

CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1961; CÁRDENAS QUIRÓS, versión magnetofónica de la exposición realizada con ocasión del "Curso de Actualización en el Nuevo Código Civil" en la ciudad de Arequipa, en *El Derecho*. ste. W 297. Arequipa, 1985; SENTÍS MELENDO, *El Juez y el Derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). Buenos Aires, 1957; MONROY GALVEZ. *Temas de proceso civil*. Studium. Lima, 1987.

JURISPRUDENCIA

"El órgano jurisdiccional es por definición un conocedor del derecho y de su técnica y está, por tanto, obligado a conocer en cada caso la norma objetiva aplicable a la situación concreta que se le plantea, de donde se sigue que las partes no vinculan al juez de mérito en cuanto a las alegaciones que formulen sobre la existencia o interpretación de determinados preceptos y también que, por regla general, no están sujetas a la carga de la prueba de tal existencia o interpretación, pues es deber del juez examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles y, por consiguiente, la mejor doctrina establece que el juez puede en la esfera del derecho puro suplir a las partes, que es lo que se denomina iura novit curia recogido en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil".

(Cas. N° 2162-98. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica)..

"Lo dispuesto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil no faculta al juez a declarar un derecho no reclamado al plantearse la acción".

(Exp. N° 1705-87. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica)..

"En la recurrida se ordena el cumplimiento de una obligación distinta de la pretendida por la demandante, ya las materias controvertidas tal como éstas quedaron fijadas en la audiencia... por lo que se ha infringido lo dispuesto en el artículo séptimo del Título Preliminar".

(Cas. N° 506-95. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica)." .

"Los jueces deben aplicar el derecho que corresponda al proceso, que es la materialización del aforismo iura novit curia, por lo que la aplicación de la referida disposición en la sentencia de vista, en virtud del principio señalado, no importa fundar la decisión en hechos distintos a los alegados, por lo que no se ha incurrido en el vicio denunciado".

(Cas. N° 1165-98. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"Por el principio iura novit curia, los jueces pueden corregir el derecho malo insuficientemente invocado por las partes, siempre y cuando exista una real congruencia entre los hechos planteados que han dado motivo al conflicto y las pruebas actuadas, ya que el magistrado en realidad es el que debe aplicar la norma legal pertinente a la realidad jurídica controvertida".

(Exp. N° 376-95. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

"La norma contenida en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil es de naturaleza procesal. Por ende, su inaplicación no puede denunciar se a través de la causal contenida en el inciso primero del artículo 386 del Código Procesal Civil"

(Cas. N° 317-99. Explorador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

VACIOS DE LA LEY Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

CONCORDANCIAS:

- e. arto 139 jnc. 8)
- e.p.e. arto 111
- C. T. norma IX
- LEY26435 arto 4
- D.LEG. 052 arto 4
- D.S.017-93-JUS arto 184 jnc. 3)

Comentario

Walter Gutierrez Camacho

1. Es innegable que la ley tiene vacíos, deficiencias. Sucede que la ley no puede comprender en su formulación todos los innumerables casos posibles que la realidad presenta; y sin embargo, como lo expresa el texto del artículo VIII del Título Preliminar, no le está permitido al juez dejar de administrar justicia. Por más esfuerzos que haga el legislador a fin de contener en el supuesto de hecho general y abstracto que constituye la ley las más variadas e imprevisibles circunstancias, inevitablemente su creación será superada por la realidad.

El paso del tiempo, el cambio de las circunstancias, el avance de la tecnología, hacen que la ley revele tarde o temprano sus imperfecciones. En otras ocasiones los vacíos son debidos a la incompetencia del legislador, tal es el caso cuando la ley elaborada de manera incompleta o deficiente, es decir, que la norma dada no responde a la realidad que pretende regular, y por tanto no cumple su objetivo. Desde luego, no nos referimos a la ley que se elabora desatendiendo la regla que establece que la norma ha de responder a la naturaleza de las cosas y no al interés de los particulares. Tal norma sería *inconstitucional* para nuestro ordenamiento, pues colisiona con el artículo 103 de la Constitución.

Pero el problema de los vacíos de la ley no es el reconocer que existen -pues la imperfección del ordenamiento legal es más o menos obvia, y además admitida por la propia ley-, sino cuándo estamos frente a un verdadero vacío legal. Para intentar solucionar este problema la doctrina ha señalado que existen lagunas de la ley por lo menos en tres casos:

ART. VIII

- a) Cuando la ley solo da al juez una orientación general, señalándole expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares (entonces la ley remite al juez de buena fe o a los usos del tráfico o deja a su apreciación si existe un mal uso). Este caso es el que la doctrina llama un vacío *intralegen*, que consiste en la falta de regulación querida por la misma ley. Se presenta cuando la ley se limita a dar directivas de carácter general y deja al juez la tarea de completarlas al aplicar la norma al caso específico (808810, p. 230).
- b) Cuando la ley calla en absoluto (ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho).
- c) Cuando la ley es incompleta. Se refiere al caso en que la ley regula una materia pero sin tener en cuenta algunas de sus posibilidades.

Sin embargo, pese a los esfuerzos de la doctrina por identificar la diversa tipología de lagunas que existen en los ordenamientos, no siempre es fácil identificar un vacío legal, pues hay casos en los que simplemente no es posible hablar de ellos.

En efecto, si bien el Derecho tiene una enorme vocación normativa, existen aspectos de la vida que no necesariamente tienen que ser regulados por él, es decir, actividades que no siendo ilegales se encuentran al margen del Derecho, y que son normadas por otro tipo de reglas (sociales, éticas, religiosas, etc.). Tal ausencia de normatividad legal no autoriza a hablar de lagunas legales. Se trata del llamado "espacio jurídico vacío", aquella zona donde la libre actividad humana no es alcanzada por el Derecho.

De igual modo, no puede afirmarse que estamos frente a una laguna cuando, existiendo norma, su aplicación produciría un resultado arbitrario o no deseable ("laguna ideológica") (808810, p. 226 Y ss.), asumiendo que el legislador no hubiera legislado en dicho sentido de haber conocido tales resultados. Como se advierte, en este caso no se trata de la ausencia de una solución cualquiera, sino de una solución justa. Estas supuestas "lagunas" no surgen de un defecto del ordenamiento legal como tal, sino de su confrontación con la realidad. Es obvio que en todo sistema legal es posible identificar normas "injustas" o que pueden parecerlo. Sin embargo, en rigor solo deberá entenderse como una "laguna" ideológica cuando tal vacío ponga en riesgo al sistema legal y amenace con deslegitimarla. La solución frente a este problema será jurisprudencial e inevitablemente echará mano de los principios generales.

Conviene detenemos ahora, para comprender mejor el tema que tratamos, en dos de las notas características de todo ordenamiento legal: los conceptos de plenitud y coherencia. Podemos decir que un sistema legal es coherente cuando no es posible encontrar en él normas que se contradigan, es decir, que no tiene antinomias; o para decirlo en otros términos, que el ordenamiento es un verdadero sistema y que por lo tanto sus elementos guardan una relación coherente.

⁷⁸ De consiguiente, estamos frente a una antinomia no cuando hay ausencia de una norma sino presencia de dos o más normas cuyos contenidos colisionan. Tal situa

ción como hemos adelantado, no 'es un vacío legal, pero igualmente no es posible admitir su permanencia en el ordenamiento, pues sería absurdo que el sistema legal contenga a un mismo tiempo una norma que prohíba una conducta y otra que la permita. Tal incoherencia es intolerable, y cuando se advierta su presencia deberá resolverse eliminando una de las dos normas. Al Derecho no le es posible admitir, sin con ello pervertir el propio sistema, la coexistencia de dos normas incompatibles.

Las reglas para resolver las antinomias son fundamentalmente tres:

- Criterio jerárquico, consistente en que la norma de mayor jerarquía deroga a la de menor nivel en el sistema.
- Criterio de la especialidad, consistente en que la norma especial deberá derogar a la general.
- Criterio cronológico, tratándose de normas de igual jerarquía, la norma más con temporánea deroga a la más remota (808810, p. 191).

Es posible que estos criterios puedan resultar insuficientes para eliminar la antinomia que se presenta. En tal caso no existe un cuarto criterio comúnmente aceptado que nos sustraiga del problema. Sin embargo, nosotros creemos que en tal circunstancia puede y debe recurrirse a los principios generales del Derecho, pues si bien en rigor no estamos en presencia de un vacío legal, es claro que estamos ante una deficiencia del sistema.

En cuanto a la plenitud, se trata de un principio general que puede estar expresamente recogido (como es nuestro caso) en la legislación. Si no estuviera regido legalmente, igual debe tenerse por incorporado al ordenamiento, pues es una necesidad absoluta de todo ordenamiento jurídico y no puede ser de otro modo, porque su ausencia generaría incertidumbre, inseguridad.

Con fundada razón se ha afirmado que en el campo teórico las dudas pueden persistir largo tiempo, pero la vida jurídica práctica no admite suspensión ni dilación. Para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser definitiva y ejecutiva. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social (RECASENS SICHES, p. 206).

La norma que impone al juez la obligación de resolver todo caso, aun cuando el sistema no ofrezca un dispositivo directamente relacionado con él, parte del dogma de la plenitud. "Si no rigiera el principio de plenitud, se abriría en el ordenamiento legal un agujero por el que ingresaría un torrente de incertidumbre y de inseguridad y, por lo tanto, se abriría la puerta a irrupciones de anarquía" (RECASENS SICHES, p. 206).

2. Toca ahora detenemos en los principios generales del Derecho, que es la segunda parte del artículo bajo comentario. Pero antes de hacerlo, intentemos explicar ¿qué son y para qué sirven los principios generales del Derecho? Se trata de dos preguntas que han recorrido la historia de la literatura jurídica y aún no han hallado respuesta definitiva y unánime. Tal vez una de las razones de esto sea que por principios se entienden diversas cosas. No ha sido distinta la suerte que han corrido los

principios con relación a su función. Los principios han sido utilizados por los juristas y los operadores del Derecho de muy variada manera. En ocasiones se los ha utilizado para hacer referencia a reglas técnicas que sirven para la construcción y preservación del ordenamiento legal; igualmente se ha echado mano de ellos para establecer el vínculo entre el ordenamiento legal y moral; y no ha sido menor el uso que se les ha dado para establecer la relación entre ordenamiento legal e ideología. De ahí que no deba resultar extraño que por principios se hayan entendido cosas tan diversas como libertad, justicia, igualdad, autonomía de la voluntad, debido proceso, principio de culpabilidad, etc.

Para nosotros los principios generales del Derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Se encuentran invariablemente en su estructura y en ocasiones expresadas en algunas normas positivas, incluso con rango constitucional. Permiten la creación y recreación del ordenamiento legal, su cabal aplicación y comprensión, y por supuesto tienen un especial papel en la integración del sistema. Son igualmente indispensables en la investigación científico-jurídica como en la aplicación práctica.

Así, ningún ordenamiento legal sería posible sin un conjunto de principios generales capaz de armonizar e integrar ese acumulado de normas permanente y caótico que es la legislación, hasta convertirla en un sistema operante y fluido. Sin tales principios el Derecho claudicaría; no se podría aplicar, no se podría entender, no se podría crear y menos recrear. En una palabra sería imposible (GARCÍA DE ENTERRÍA, p. 39). De manera que el estudio y comprensión de los principios generales no se basa en un purito académico o en una tentación filosófica sino en razones de orden práctico: hacer posible que el ordenamiento legal funcione.

Los principios generales son los que convierten esa masa informe de leyes y jurisprudencia en Derecho. La coherencia de cualquier rama del Derecho y del Derecho mismo en su conjunto solo es posible gracias a un repertorio de principios; son por tanto, los que le dan vida al Derecho.

3. Hemos dicho que los principios generales han sido utilizados para cumplir distintas funciones. Antes de ocuparnos de ellas veamos algunos ejemplos de cómo se manifiestan los principios generales:

- a) Como regla técnica. Por ejemplo el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, cuando ordena que la ley se deroga solo por otra ley; el artículo 111 de la misma parte del Código, que en su primer párrafo se refiere a la aplicación inmediata de la ley; el artículo IV del mismo texto legal, que se refiere a la aplicación analógica de la ley; en igual sentido el artículo 139 de la Constitución, que se refiere a la inaplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos.
- b) También se habla de principios cuando se los utiliza para referirse a normas abiertas, redactadas en términos especialmente vagos y cuyo contenido se determinará de acuerdo a cada caso. Tallo que sucede con el artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil, que se refiere al abuso del derecho; o el artículo 1362, que se refiere a la buena fe en los contratos.

- c) Principio como norma programática o directriz, esto es, como norma que estipula al Estado la obligación de cumplir determinados fines. Por ejemplo, el artículo 65 de la Constitución, que se refiere a que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (ATIENZA y RUIZ MANERO, p. 4).
- d) Principios expresados en normas que alojan valores superiores que el ordenamiento legal considera indispensable preservar. Ejemplo, el artículo 2 incs. 1) Y 2) de la Constitución que se refieren al derecho a la vida y a la igualdad ante la ley, respectivamente.
- e) Principios que se refieren a enunciados o máximas de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permiten la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados en el Derecho positivo (ATIENZA y RUIZ MANERO, p. 4). Ejemplo de lo primero es el principio de jerarquía normativa (en el artículo 51 de la Constitución), de lo segundo, el principio de razonabilidad de las leyes que, aun cuando no se ha recogido expresamente en nuestro ordenamiento, igual es reconocida su aplicación.

Antes de concluir este punto, quisiéramos detenemos brevemente para reparar en lo siguiente. Es un error común confundir los principios generales con las máximas jurídicas. Definitivamente no son lo mismo. Aquéllas suelen ser afirmaciones de antiguos autores, de decisiones judiciales o formulaciones doctrinales, que solo tienen en común su fórmula concisa y fácil de retener (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, p. 149).

4. Para entender mejor la función de los principios generales, conviene hallar la diferencia entre éstos y las leyes. Desde el punto de vista estructural los principios guardan una clara diferencia con las leyes: tal diferencia estriba en que los principios configuran el caso -el problema jurídico- de forma abierta, mientras que las leyes lo hacen de forma cerrada. Es decir, en las leyes las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, mientras que en los principios no puede formularse una lista cerrada de dichas propiedades. En este sentido, para Robert Alexy y R. Dworkin, "el punto decisivo para la distinción entre leyes y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y por que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y leyes que juegan en sentido contrario. En cambio, las leyes son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una leyes válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos (ATIENZA y RUIZ MANERO, p. 9). Sin embargo, conviene advertir que no siempre es posible afirmar que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados, esto ocurre cuando se

trata de principios programáticos, pero no sucede igual en el caso de los principios que contienen reglas técnicas (v.g. artículo I del Título Preliminar del Código Civil).

Ahora bien, desde el punto de vista del razonamiento jurídico, las leyes guardan algunas ventajas frente a los principios. En primer lugar, las leyes permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir, pues si una regla es aceptada como válida, es aplicada sin más evitando tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión. La ley opera por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. No obstante, si bien esto es verdad, en contrapartida los principios son superiores a las leyes por encontrarse enunciados de manera más general, lo que les permite comprender un mayor número de situaciones. En este sentido, los principios tienen un mayor poder explicativo y justificativo frente a las leyes (ATIENZA y RUIZ MANERO, p. 21).

Para Dworking una de las distinciones más importantes entre las leyes y los principios es que éstos poseen una característica que está ausente en las normas, que es su "peso" o "importancia" y, por ello, cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos. Tal cosa no ocurre en las leyes: si se da un conflicto entre dos leyes, una de ellas deberá dejar de ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a reglas preestablecidas por el sistema jurídico para tales conflictos (DWORKIN, p. 78).

5. Por último, en cuanto a la función en el ordenamiento de los principios generales, debemos decir que éstos han sido utilizados de una manera absolutamente arbitraria, sirviendo para "resolver" temas de la mayor diversidad imaginable. A ello ha contribuido la multiplicidad de sentidos -y en otros la vaguedad- que se le ha dado a este concepto.

Basta una observación superficial para percatarse de que es muy heterogéneo el conjunto de cuestiones que incluimos entre los principios generales del Derecho. Se encontrarán, en efecto, principios didácticos y constructivos, ideas dominantes en un sistema jurídico nacional y principios abstractos en que se inspira una institución universal, principios que se derivan como *ratio de* los fundamentos vigentes del Derecho, y otros que han sido introducidos por la tradición; unos que han sido propuestos por la práctica jurisprudencial y otros que la estructura política ha proclamado obligatorios, principios materiales y principios heurísticos o técnicos de la aplicación del Derecho, y finalmente, principios generales superiores que por definición informan "todo Derecho"(13)

De ello deriva una conclusión inevitable: no es posible una respuesta unitaria sobre la naturaleza de los principios generales. Lo que sí es posible afirmar en virtud del avance de la doctrina y la jurisprudencia moderna, es que los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley son siempre descubiertos y comprobados en una problemática concreta, de modo que es el problema y no el "sistema" en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico (ESSER, p. 9). Planteadas las cosas así, la función principal aunque no exclusiva de los principios generales, se halla en la actividad jurisprudencial. Sin

embargo, como ya se ha dicho, los principios generales se encuentran operando en el funcionamiento de todo el sistema legal.

En efecto, los principios en su conjunto tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógica, por el que la "materia" queda reducida a un mínimo de axiomas universalmente utilizables y prácticamente fecundos, y de conceptos que se prestan a la deducción. Así en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema (ESSER, p. 10).

Como ya quedó expuesto, es en los problemas, es decir en la realidad, donde se hace comprensible y palpable la significación y la eficacia de los principios, tanto para el pensamiento jurisprudencial como para el dogmatismo (ESSER, p. 18). De este modo, el Derecho solo puede crearse, recrearse, explicarse y aplicarse a través de los principios generales. Así, todo el Derecho está impregnado de principios hasta en sus más simples problemas y hasta en sus más remotas ramificaciones. En suma, no es posible pensar en un Derecho sin principios.

DOCTRINA

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Temis. Bogotá, 1992. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 1 O!! edición. Porrúa. México, 1993. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Civitas. España, 1986; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Octava edición. Civitas. Madrid, 1995; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Arie!. Barcelona, 1996; DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Arie!. España, 1995; ESSER, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Bosch. Barcelona.

APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

CONCORDAN

CIAS:

C.C.	<i>atts. 95, 103, 134, 511, 928, 954, 958, 1087, 1521, 1566, 1677, 1712, 1853, 1947, 2009, 2026, 2093</i>
<i>C.deC.</i>	<i>atts. 2, 50</i>
<i>C.N.A.</i>	<i>atto VII</i>
<i>LEY 26887</i>	<i>atto 38</i>

Comentario

Marcial Rubio Correa

El Derecho civil, que hasta la aparición de los Códigos a principios del siglo XIX fue conocido como *Derecho común* y que se contraponía al Derecho público, fue siempre el fundamento de las normas que regían a las personas privadas entre sí. Con la aparición de los Códigos Civiles a partir del napoleónico, lo que ocurrió fue que ese Derecho fue precisado, organizado y universalmente contenido en el Código. Al menos, esa fue la intención de los legisladores.

Pero no era *un Derecho más entre varios* sino que era, en cierta medida, *el Derecho privado*. Pronto, sin embargo, con el desarrollo de la vida social y económica, este Derecho privado fue evolucionando y empezó a subdividirse en varias ramas especializadas de Derechos que relacionan a las personas entre sí.

El Derecho civil es sin embargo el tronco base de todas estas nuevas disciplinas que, por lo demás, continúan su evolución y, consiguientemente, el desarrollo autónomo de nuevas ramas.

Por esta razón, es posible que las normas del Código Civil se apliquen supletoriamente a cubrir los vacíos y deficiencias que se encuentren en muchas otras disciplinas del Derecho, especial pero no únicamente del Derecho privado: en muchos casos, el Derecho civil es el origen sistemático de otras ramas jurídicas.

Dice el Código que las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las *relaciones y situaciones jurídicas* reguladas por otras leyes.

Por *situación jurídica* entenderemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. Son situaciones jurídicas las de padre, hijo, marido,

profesor, ministro de Estado, etc.

Por *relación jurídica* entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. De esta manera es relación la de los cocontratantes, la de padre e hijo, y así sucesivamente.

El Código dice que a todas estas situaciones y relaciones jurídicas se pueden aplicar supletoriamente sus normas. Debemos entender que se trata de todas las normas del Código Civil y no solo de las del Título Preliminar.

Sin embargo, el Código establece un requisito para la función de suplencia del Derecho civil consistente éste en que no haya incompatibilidad de naturaleza entre el ámbito civil y el de aquellas normas dentro de las cuales va a ser aplicada la disposición civil como supletoria. Es una previsión correcta porque, en caso de haber incompatibilidad, estaríamos aplicando una norma asistemática en un campo en el que no puede dar resultados razonables.

Por ejemplo: la expresión de voluntad civil con sus elementos de declaración expresa y tácita puede tener aplicación en numerosos ámbitos del Derecho en los que participan personas privadas, tales como el comercial o inclusive el laboral. Sin embargo, la expresión de voluntad del Estado siempre tendrá que ser formalizada a través de los instrumentos de los que ella se vale: resoluciones, decretos, etc. En el ámbito de la expresión de voluntad del poder público, las normas del Derecho civil son *incompatibles con la naturaleza* formal de los actos que ella requiere para expresarse válidamente.

. El análisis de la naturaleza del Derecho civil y de la que corresponde al ámbito normativo en el que pensamos aplicar supletoriamente las normas civiles es indispensable en cada caso, para asegurarnos de que la compatibilidad existe. ...

Dice el texto que las disposiciones del Código Civil se aplican a relaciones y situaciones jurídicas *reguladas por otras leyes*. Debemos entender aquí el término *ley* en sentido lato, es decir, el de norma jurídica de carácter general que no solo incluye a las leyes y demás normas con rango de ley sino también a los ámbitos regulados por disposiciones de menor jerarquía como los decretos y resoluciones.

DOCTRINA

ABELENDA, *Derecho Civil. Parte General*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1980; RAMOS NÚÑEZ, *Codificación*; BORDA, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, decimotercera edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986; FALZEA, *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica, I. Teoria Generale del Diritto*, Giuffre, Milano, 1999; BARASSI, *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por GARCIA DE HARO DE GOYTISOLO y FALCON CARRERAS, Bosch, Barcelona, 1955; DIEZ PICAZA y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen 1, cuarta edición, primera reimpresión, Tecnos, Madrid, 1982; TORRES Y TORRES LARA¹⁸⁵, *Aplicación supletoria de las normas del Código Civil*, en *Tratado de Derecho Civil*, Tomo 1, Título Preliminar, Universidad de Lima, 1990; LOHMANN LUCA DE TENA, *Reforma del Título Preliminar del Código Civil*, en *Reforma del Código Civil*

Peruano, Doctrina y Propuestas, Gaceta Jurídica, Lima, 1998; RUBIO CORREA, Título Preliminar, en Para leer el Código Civil, 111, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1986; GUZMÁN BRITO, Las Fuentes del Derecho en el Nuevo Código Civil Peruano, en El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco, Lima, 1986; REALE, Introducción al Derecho, traducido por BRUFAU PRATS, sexta edición, Madrid, 1984; ALPA, I principi generali, Giuffré, Milano, 1993

JURISPRUDENCIA

"La aplicación del Código Civil a materias regidas por leyes especiales exige: a) existencia de ley especial cuyo vacío haya de suplirse conforme a este artículo; b) que la ley especial adolezca de oscuridades o insuficiencias; c) que antes de acudir al Código Civil debe acudirse al criterio de analogía si la ley especial a aplicar lo permite"

(Sentencia del 14/11/51, 6/12/63, Santos Briz, Jaime, Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia. España, p. 7).

"La pugna de normas legales comunes y especiales en un negocio jurídico indivisible llevaría a la aplicación de la legislación civil común, por su calidad normativa, genérica y atractiva".

[Sentencia del Tribunal Supremo del 28/06/1979, Código Civil (Español), p. 99J]

"Ninguna reducción del capital que importe la devolución de aportes a los accionistas podrá llevarse a efecto antes de los treinta días contados desde la última publicación del acuerdo; sin embargo, ello no se opone a que los accionistas puedan exigir se llene la formalidad requerida, con la facultad que les confiere el artículo mil cuatrocientos doce del Código Civil, aplicable al presente caso en virtud de lo dispuesto por el artículo noveno del Título Preliminar del Código Sustantivo".

(Cas. N° 113D-95. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica)..

D 1 *"Si bien es cierto la relación laboral se desarrolla dentro de un contrato denominado de trabajo, que puede ser verbal o escrito, de plazo determinado o indeterminado o bajo modalidad, también es verdad que las relaciones laborales entre trabajador y empleador están sujetas a las normas específicas de la legislación laboral vigente para cada tipo de trabajo, por lo que únicamente se recurre a las normas del Código Civil en vía supletoria, por lo general ante la carencia de normas específicas, según sea el caso, teniendo como referencia los principios generales de los contratos, que contienen dichas normas".*

(Cas. N° 052-2001. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR VACIOS O DEFECTOS DE LA LEGISLACIÓN

La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales () y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.*

Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.

CONCORDANCIAS:

- C. arto 159 inc. 7
- C.C. arto VIII
- D.LEG. 052 arto 4
- D.S. 017-93-JUS arto 21

Comentario

Marianella Ledesma Narváez

Este artículo contiene una regla preceptiva por la que manda a organismos debidamente individualizados, que realicen la denuncia de los vacíos o defectos de la legislación. Tiene sus antecedentes en los artículos XXIV y XXV del Título Preliminar del Código Civil de 1936 y en los dispositivos XI y XII del Código nacional de 1852. Pretende tender caminos entre los llamados a aplicar directamente la norma jurídica y el Congreso para que señalen las oquedades de la legislación a fin de lograr coherencia en el ordenamiento jurídico.

Su estructura normativa regula el siguiente supuesto: el vacío o defecto en la legislación. Si bien los supuestos de deficiencia legislativa que maneja el artículo en comentario lo ubica en los "vacíos o defectos" de la ley, sin embargo la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 21) se refiere al tratar el mismo tema a los "vacíos y deficiencias"; la Constitución Política de 1993 (artículo 139 inc. 8) establece que no se puede dejar de administrar justicia por "vacío o deficiencia" de la ley. El Título Preliminar del Código Civil (artículo VIII) señala que no se puede dejar de administrar justicia por "defecto o deficiencia" de la ley. Estos supuestos contenidos en otras

(*) La referencia debe entenderse al Tribunal Constitucional creado por la Ley N° 26435 de 6-01-95, en sustitución del Tribunal de Garantías Constitucionales regulado por la Ley N° 23385.

legislaciones nos lleva a precisar por defecto "a la existencia de normas pero insuficientes para regular una situación o un fenómeno factual"; y, por vacío a "la deficiencia por inexistencia o ausencia de norma alguna". Cuando existen vacíos en la norma estamos ante lagunas jurídicas las que serán superadas a través de la actividad jurisdiccional integradora del magistrado, en tanto, que el defecto es superado por un tema de interpretación.

La obligación de dar cuenta ante el Congreso sobre la insuficiencia legislativa se agota en la denuncia de la anomalía, hecho totalmente distinto a la figura de la iniciativa legal. El dar cuenta implica la puesta en conocimiento de la situación anómala de la norma jurídica; no significa iniciativa legal, solo encierra una actividad de denuncia, lo que no impide que a futuro podría servir de materia prima para alguna iniciativa legal. Es importante resaltar que la denuncia es una obligación, mas no una potestad como sucede con la iniciativa legal. Su fin se orienta a la construcción de un sistema jurídico con menos lagunas, más coherente y menos obsoleto. Dicha denuncia se dirige según el Código Civil ante el Congreso; y, según la Ley Orgánica del Poder Judicial ante el Congreso y el Ministerio de Justicia. La Ley Orgánica del Ministerio Público no contempla la denuncia legal sino la iniciativa, pero ello no implica que el representante del Ministerio Público ejerza la denuncia ante el Congreso invocando el artículo X en comentario; más aún, si la propia Constitución Política de 1993 permite que la denuncia legal, se realice tanto ante el Congreso como ante el Presidente de la República (ver artículo 159 inc. 7)

El enunciado obliga a tres entes: la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Constitucional y al Fiscal de la Nación realizar la divulgación de las incoherencias en las normas jurídicas.

La obligación se le asigna a la Corte Suprema y no al presidente de ésta. El órgano deliberante de la Corte Suprema es la Sala Plena, por tanto, corresponderá a este colegiado la difusión de la cobertura de la norma jurídica. A mayor abundamiento debe precisarse que la Sala Plena también tiene la atribución de la iniciativa legislativa, tal como lo regula el inc. 4 del artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en concordancia con el artículo 107 de la actual Constitución. La Corte Suprema no solo tiene la obligación de poner en conocimiento los vacíos o defectos de la norma jurídica, según el artículo en comentario, sino que además, tiene el derecho a la iniciativa en la formación de leyes; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 de la Ley Orgánica citada permite no solo se dé cuenta al Congreso de los vacíos y deficiencias de la norma sino también al Ministerio de Justicia. Esta regulación debe ser justificada en atención a la vigencia ante la del Código Civil, esto es, en 1984.

El Tribunal Constitucional está obligado a la denuncia legal; pero -a la vez- también goza de la facultad de la iniciativa legal en la actual Constitución de 1993 y en la derogada de 1979.

El Fiscal de la Nación se obliga a la denuncia legislativa. La redacción del artículo en comentario no refiere al Ministerio Público sino que personifica la figura del Fiscal de la Nación. A pesar de esta redacción debemos entender que dicha obligación le

corresponde al Ministerio Público a través de sus miembros, mas no en exclusiva al Fiscal de la Nación, pues, la Constitución Política de 1993 (artículo 159) recoge la intervención del Ministerio Público bajo los dos supuestos: la iniciativa en la formación de leyes y la denuncia legal, no solo ante el Congreso sino ante el Presidente de la República. Si bien el Código Civil se refiere al Fiscal de la Nación, al ser el Ministerio Público un organismo autónomo presidido por éste, conforme lo señala el artículo 158 de la Constitución, la iniciativa y denuncia legislativa no debe entenderse como una obligación a la persona del Fiscal de la Nación sino a la representación que éste ejerce del Ministerio Público. Este criterio llevaría a replantear el enunciado que contiene el inc. 4 del artículo 66 y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que permite que la iniciativa legal la ejerza el Fiscal de la Nación. Debe entenderse, por principio de supremacía de normas, tanto la difusión como la iniciativa legal le corresponde al Ministerio Público y no al Fiscal de la Nación, conforme lo regula la Constitución Política en el artículo invocado.

De lo expresado hasta el momento podemos colegir que la Constitución Política de 1993 (artículo 159 inc. 7) permite al Ministerio Público una doble actividad en los supuestos de vacíos o defecto legal: la iniciativa y la denuncia legal; en cambio al Poder Judicial (artículo 107) solo le permite la iniciativa legal. Por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial sí regula ambas actividades: la iniciativa y la difusión, esta última no solo ante el Congreso sino ante el Ministerio de Justicia; por su parte la Ley Orgánica del Ministerio Público solo regula la iniciativa legal ante el Presidente de la República. Esta facultad puede ser extensiva ante el Congreso pues la Constitución Política así lo permite; en cambio, el Código Civil en comentario, permite solo la difusión legal para ambas instituciones.

La norma en comentario se justifica por la naturaleza esencialmente política de la función legislativa. Las leyes no son siempre elaboradas con criterios técnicos pues el Congreso está conformado no en base a especialistas en el Derecho, sino a políticos, cuyo criterio de elección no es precisamente la capacidad para desarrollar la producción de leyes. Este artículo, a pesar de contener la obligación no solo de los organismos ya descritos sino también de los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores, es poco invocado, pero no por ello es menos importante, para el desarrollo de una legislación interna coherente, con menos lagunas, deficiencias y aspectos obsoletos.

. La norma es acertada al obligar a los magistrados en general, a la denuncia legal porque son ellos en razón de su función los que manejan las leyes¹⁸⁹ al aplicarlas a los casos concretos y por tanto son los que están en mejores condiciones para descubrir los defectos o vacíos de la legislación. '

Por último debemos precisar que el presente articulado no se orienta a solicitar una nueva ley que aclare o complete una anterior. Tampoco busca una interpretación auténtica, para exigir la dación de una nueva ley,¹⁹⁰ sobre un punto no considerado en general por la legislación vigente. Solo busca que el organismo encargado de la producción legislativa tome conocimiento de las anomalías legales por entes encargados de su aplicación. Es una mera denuncia legal brindada a velar porque el ordena

miento jurídico sea más coherente y para tal fin, no hay mejores voces autorizadas que los propios magistrados encargados de aplicar la ley al caso concreto.

DOCTRINA

REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora), *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, tercera edición, s/e, Lima, 1998; RUBIO CORREA, Marcial. *Para Leer el Código Civil*, 111, Título Preliminar, PUCP, Lima, 1986; RUBIO CORREA Marcial, *El sistema jurídico*, Fondo editorial PUC, Lima, 1996; REALE Miguel, *Introducción al Derecho*, Pirámide, 51 ed, s/ref.

JURISPRUDENCIA

"Por falta o insuficiencia de la ley, debe resolverse conforme a los principios generales del Derecho"

(Anales Judiciales 1880, p. 54; 1873, p. 88 citado por Guzmán Ferrer Fernando, Código Civil, Lima, p. 21).

"Las Cortes Superiores no pueden consultar a la Corte Suprema sobre el sentido y alcance de una disposición legal. La Corte Suprema, como los demás Tribunales y jueces, pueden interpretar las leyes al aplicarlas en sus fallos; pero la interpretación auténtica solo corresponde al legislador"

(Anales Judiciales 1922, p. 269; 1924 p. 216; 1930 pp. 320, 359 citado por Guzmán Ferrer Fernando, Código Civil, Lima, p. 21).

LIBRO I

**DERECHO DE LAS
PERSONAS**

INDICE

1. PRINCIPIO DE LA PERSONA Y DE LA VIDA HUMANA
2. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL EMBARAZO O PARTO
3. LA CAPACIDAD DE LOS SUJETOS DE DERECHO
4. IGUALDAD ENTRE VARÓN Y MUJER
5. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
6. PROHIBICIÓN DE ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO
7. LIMITACIONES A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS y TEJIDOS
8. DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO DESPUÉS DE LA MUERTE
9. REVOCACIÓN DEL ACTO DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO
10. DISPOSICIÓN DEL CADÁVER POR ENTIDAD COMPETENTE
11. VALIDEZ DE ESTIPULACIÓN QUE OBLIGA A EXAMEN MÉDICO
12. CONTRATOS PELIGROSOS PARA LA VIDA O INTEGRIDAD FÍSICA
13. DECISIÓN SOBRE NECROPSIA, INCINERACIÓN Y SEPULTURA
14. CONTROL DE LA INFORMACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR
15. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN Y VOZ
16. CONTROL DE LA DIVULGACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR, GRABACIONES DE LA VOZ Y OTRAS DE CUALQUIER GÉNERO
17. ACCIÓN POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA
18. DERECHOS DEL AUTOR Y DEL INVENTOR
19. NOMBRE: ¿DERECHO Y DEBER?
20. APELLIDOS DEL HIJO MATRIMONIAL
21. APELLIDOS DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL
22. APELLIDOS DEL ADOPTADO
23. NOMBRE DEL RECIÉN NACIDO DE PROGENITORES DESCONOCIDOS
24. DERECHO DE LA MUJER DE LLEVAR EL APELLIDO DEL MARIDO
25. PRUEBA DEL NOMBRE
26. CONTESTACIÓN DEL NOMBRE
27. CONVENIO RELATIVO AL NOMBRE

28. USURPACIÓN DE NOMBRE
29. CAMBIO O ADICIÓN DEL NOMBRE
30. LIMITE A LOS EFECTOS DEL CAMBIO O ADICIÓN DEL NOMBRE
31. IMPUGNACIÓN JUDICIAL POR CAMBIO O ADICIÓN DE NOMBRE
32. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SEUDÓNIMO
33. CONSTITUCIÓN DEL DOMICILIO
34. DOMICILIO ESPECIAL
35. PLURALIDAD DE DOMICILIOS
36. DOMICILIO CONYUGAL
37. DOMICILIO DE INCAPACES
38. DOMICILIO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE RESIDENTES TEMPORALES EN EL EXTRANJERO
39. CAMBIO DE DOMICILIO
40. OPONIBILIDAD DEL CAMBIO DE DOMICILIO
41. PRESUNCIÓN LEGAL DE DOMICILIO
42. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE EJERCICIO
43. SUPUESTOS DE INCAPACIDAD ABSOLUTA DE EJERCICIO
44. SUPUESTOS DE INCAPACIDAD RELATIVA DE EJERCICIO
45. REPRESENTACIÓN LEGAL DE INCAPACES
46. CAPACIDAD ADQUIRIDA POR MATRIMONIO O TÍTULO OFICIAL
47. CURADOR DEL DESAPARECIDO
48. RÉGIMEN LEGAL DE CURATELA DEL DESAPARECIDO
49. DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA
50. POSESIÓN TEMPORAL DE LOS BIENES DEL AUSENTE
51. POSESIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE POR UN TERCERO
52. LIMITACIÓN A LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE
53. INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA
54. DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR JUDICIAL
55. DERECHOS y OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL
56. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE POR NECESIDAD O UTILIDAD
57. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL
58. ALIMENTOS DE HEREDEROS FORZOSOS
59. CESE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA

- 60. RESTITUCIÓN O SUCESIÓN DEL PATRIMONIO DEL AUSENTE
- 61. MUERTE
- 62. DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA
- 63. RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA
- 64. PERSONAS JURÍDICAS
- 65. DEFINICIÓN DE ASOCIACIÓN
- 66. DEFINICIÓN DE FUNDACIÓN
- 67. DEFINICIÓN DE COMITÉ
- 68. ASOCIACIÓN, FUNDACIÓN Y COMITÉ NO INSCRITOS
- 69. COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Sección Primera

PERSONAS NATURALES

PRINCIPIO DE LA PERSONA Y DE LA VIDA HUMANA

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

CONCORDANCIAS:

C. arto 2 jne. 1)
C.C. arts. 365, 598, 617, 805, 856, 2068
C.P.C. arto 57
C.N.A. arto 1
LEY 26497 arts. 7 jne. bY, 44 jne. a)
LEY 26842 arto 111
0.5. 015-98-PCM arts. 3 jne. a), 22

Comentario

Luz Monge Talavera

De origen doctrinal pero con vocación legislativa, el artículo primero del Código Civil peruano consagra una concepción a su vez original e innovadora, que marca una clara diferencia dentro de la historia de la legislación peruana, así como en el

ámbito de la legislación comparada. El contenido de este artículo presenta un interés primordial en la comprensión del Libro Primero, cuyas normas constituyen un conjunto homogéneo y reflejan una unidad de pensamiento y de estilo.

La disposición, redactada en forma de declaración de principios, es de orden público y de carácter imperativo. A efectos de su análisis se pueden notar cinco partes. El artículo primero: 1) Institucionaliza la calidad de sujeto de derecho del ser humano; 2) Determina el momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho; 3) Define el estatus jurídico del ser humano antes de su nacimiento; 4) Establece el régimen jurídico de sus derechos y obligaciones; 5) Afirma el principio clásico referido a la adquisición de la personalidad.

1. Institucionalización de la calidad de sujeto de derecho del ser humano

El artículo primero pone de manifiesto el vínculo indisoluble entre los términos *sujeto de derecho* y *ser humano*. El principio de base sobre el cual se funda el ordenamiento jurídico es el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho del ser humano. Desde su concepción hasta su último suspiro, percibido en su dimensión individual o en una dimensión colectiva, la calidad de sujeto de derecho aparece como un derecho innato del ser humano, inherente al ser humano. Todo ser humano por el solo hecho de existir en este mundo es sujeto de derecho. Esta calidad aparece indisolublemente ligada a su existencia, lo cual significa que es el fenómeno biológico de la vida humana el que desencadena la adquisición o la pérdida de la posibilidad de ser considerado como titular de derechos y de obligaciones.

Conviene observar, sin embargo, que dentro de nuestro Código Civil las categorías jurídicas de *sujeto de derecho* y de *persona*, a pesar de describir una misma realidad (el ser humano), no se identifican. Rompiendo la tradicional identidad y unidad entre estos términos, el legislador peruano, apoyándose en la doctrina y legislación italianas, establece entre ellos una distinción "de carácter lingüístico" y los coloca en una relación de género a especie. La "distinción lingüística" -dice el ponente del Libro Primero- "nos facilita resolver a nivel formal-normativo la atribución de la categoría de 'sujeto de derecho' a diversas manifestaciones de la vida humana no designadas o conocidas en nuestra doctrina o legislación bajo la palabra 'persona'" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Poniendo de manifiesto la potestad del Estado de atribuir (o negar) la calidad de sujeto de derecho, el legislador engloba dentro del término *sujeto de derecho* no solamente a las categorías clásicas de persona natural y persona jurídica, sino también a dos categorías nuevas, el concebido y la organización de personas no inscrita. El término designa entonces, por un lado, al ser humano percibido en una dimensión individual ya sea antes de su nacimiento o después de su nacimiento; por otro lado, el término de *sujeto de derecho* designa al ser humano observado, esta vez, en una dimensión colectiva, es decir, organizado en una colectividad que busca la realización de alguna finalidad loable ya sea constituida según las formalidades previstas por la ley o sin haber cumplido dicho procedimiento para su reconocimiento legal.

En suma, la categoría de sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano. De lo cual se desprende que es el hombre el único y natural sujeto y destinatario del Derecho. Un aforismo del jurisconsulto Hermogeniano contenido en el Digesto expresa la misma idea: *hominum causa omne jus constitutum* (el Derecho en su conjunto ha sido instaurado para los hombres).

2. Determinación del momento a partir del cual el ser humano es sujeto de derecho

Dado que la categoría de sujeto de derecho alude siempre al ser humano, es necesario saber a partir de cuándo existe el ser humano. El momento preciso en que aparece la vida humana ha sido siempre tema de debates apasionados. Durante muchísimo tiempo, el conocimiento científico, lleno de incertidumbres, sostenía que la aparición de la vida del ser humano se producía no de modo instantáneo sino más bien gradualmente. Uno de los descubrimientos más importantes de la biología, en el milenio que acaba de transcurrir, es que la vida comienza en un momento preciso: en el momento de la fecundación del óvulo por un espermatozoide. Sin embargo, a pesar de que los biólogos han descubierto los secretos del proceso de la creación de la vida, es posible afirmar que no existe aún una posición de consenso en la materia. Médicos, biólogos, filósofos, teólogos, moralistas y juristas expresan posiciones contrarias respecto a la definición del comienzo de la vida. Si la Iglesia Católica invoca la revelación científica para consolidar su posición, muchos no admiten la sumisión del derecho a los criterios biológicos.

En efecto, a nivel internacional, las diversas Declaraciones o Convenciones Internacionales evitan pronunciarse sobre el comienzo de la vida humana. A pesar de que una Resolución del Parlamento Europeo de fecha 16 de marzo de 1989 afirma "*la necesidad de proteger la vida humana desde la fecundación*", los Estados miembros no adoptan medidas destinadas a concretizarla positivamente.

En el plano del Derecho comparado, el Derecho positivo de la generalidad de países prefiere no definir el punto de partida de la vida humana. Únicamente el Derecho alemán, según tenemos conocimiento, se ha pronunciado al respecto. La Corte Constitucional Federal Alemana, en una sentencia del 25 de febrero de 1975, interpretando la Ley Fundamental de ese país que establece que "*cada uno tiene derecho a la vida*" ha precisado que "la vida, en sentido de existencia histórica del ser humano, existe según los conocimientos biológicos y fisiológicos establecidos, al menos a partir del 14º día siguiente a la concepción (anidación). El desarrollo que se opera enseguida es continuo...".

El Derecho francés, por su parte, establece en el artículo 16 del Código Napoleón, que la ley "*garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida*", pero no señala en qué momento preciso comienza la vida. En sus publicaciones, las comisiones revisoras del Código Civil afirman la existencia de la vida humana desde la fecundación, pero la doctrina contesta frontalmente esta afirmación y pone en relieve que el derecho positivo francés no contiene disposición expresa al respecto. Las

controversias demuestran la existencia de una gran dificultad para llegar a una solución de consenso en la materia. La definición de ese momento comporta múltiples implicaciones que dependen de juicios de valor difíciles de conciliar.

En lo que concierne a nuestro Derecho, el legislador peruano ha adoptado una posición de principio en la materia. El segundo párrafo del artículo primero enuncia que "*la vida humana comienza con la concepción*". Cabe entonces preguntarse si, legalmente, existe vida humana desde el momento en que un espermatozoide humano fecunda un óvulo humano. La respuesta es, a nuestro entender, negativa. Observemos que el artículo primero se refiere al momento de la concepción y no al momento de la fecundación. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *concepción* es la "acción y efecto de concebir"; a su vez *concebir* significa "quedar preñada la hembra". En otros términos, la concepción de un ser humano supone, además de la unión del elemento reproductor masculino al femenino (fecundación), la formación del embrión, seguida de su implantación y de su anidación en el útero materno (que se produce al final de las dos primeras semanas de la gestación y corresponde a la aparición del sistema nervioso y a la diferenciación de células).

En consecuencia, el principio consagrado en el Código según el cual "*la vida humana comienza con la concepción*", debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción). El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico, y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos (artículos 2, 363 inc. 2, 386, 402 incs. 3 y 5, 404, 805).

De lo cual se desprende que el embrión creado *in vitro* no es un sujeto de derecho. La fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo no hay concepción antes de la transferencia del embrión *in utero*. Y si, de acuerdo al artículo primero "*la vida humana comienza con la concepción*" es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido *in vitro* no es tratado como vida humana. No se puede, en nombre del embrión *in vitro*, reivindicar un supuesto derecho de acceder a la vida. No existe obligación a cargo de la mujer de asumir la gestación. Dentro de nuestra legislación el huevo humano *in vitro* no es titular de derechos. Solamente, una vez producido el hecho de la concepción en el seno materno, la vida merece una protección específica, por más efímera que sea. Es a partir de ese momento que podemos hablar de existencia y de eventuales derechos del ser humano.

De ninguna manera antes.

3. Definición del estatus jurídico del ser humano antes de su nacimiento

Anteriormente a la promulgación del Código Civil de 1984, el ser humano antes de su nacimiento estaba ya en el campo del Derecho. El Código de 1936, consagrando positivamente la más célebre de las ficciones jurídicas, establecía que "al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo" (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*).

Así, el Código derogado reconocía al ser humano nacido con vida la posibilidad de retrotraer ficticiamente la aparición de su personalidad al día presumido de su concepción con la finalidad de permitirle adquirir retroactivamente derechos, de ninguna manera obligaciones. La doctrina subraya que antes del nacimiento, el concebido no adquiría propiamente ningún derecho y solo tenía una expectativa en relación a la adquisición de éste (LEÓN BARANDIARÁN, concuerda con la interpretación de la doctrina clásica: Savigny, Demolombe, Geny). Observemos que a pesar de reconocer al concebido derechos potenciales, el legislador de 1936 no se pronunció sobre su condición jurídica (persona o cosa). La misma posición ha sido adoptada a nivel de la legislación comparada. La máxima latina está consagrada en diversos Códigos Civiles; es el caso de Suiza, España, Portugal, los países latinoamericanos; otros países, en cuyas codificaciones no existe expresamente, la consideran como un principio general del Derecho, como es el caso de Francia, Bélgica o Canadá.

El Código Civil peruano de 1984, marcando una clara diferencia respecto a la concepción imperante, descarta la ficción latina, reconoce al ser humano antes de su nacimiento un verdadero estatus jurídico y define a partir de éste un régimen jurídico particular. El artículo primero proclama que "*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*". Lo cual evidencia que el ser humano antes de su nacimiento no es una persona ficticia, tampoco una persona, menos aún una cosa. El concebido se beneficia del estatus jurídico de *sujeto de derecho*. El ponente del Libro Primero expresa que el concebido "es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). La solución adoptada es audaz, novedosa, única en la legislación comparada.

4. Régimen jurídico

El concebido se beneficia de un régimen jurídico privilegiado, protector. Es él, el único sujeto de derecho al cual la ley le atribuye solo lo que le favorece. Lo que equivale a decir que goza de una capacidad limitada. En efecto, según el artículo primero, "*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*". Observemos que el enunciado distingue, implícitamente, el régimen aplicable a los derechos que tienen un valor pecuniario de aquel al cual somete aquellos derechos que no tienen valor pecuniario.

- Derechos patrimoniales

La expresión *para todo cuanto le favorece* es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones. Sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita *la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida*.

En consecuencia, antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, no se tiene capacidad para recibir donaciones, legados o indemnizaciones. Evidentemente, imaginemos que el concebido, supuestamente legatario o donatario, nace

muerto; ¿a quién se le va atribuir el beneficio del legado o la donación? La muerte de un concebido no origina apertura de sucesión alguna. Contrariamente, basta su llegada al mundo con vida para que el niño, instituido legatario o donatario, reciba por testamento, siempre que se demuestre que estaba concebido al momento del deceso. Cabe remarcar, asimismo, que si durante la gestación el concebido sufre un traumatismo a causa de un tercero, tendrá derecho a una indemnización por el daño sufrido en útero si *nace vivo* (pero herido o discapacitado).

Dentro de esta misma idea, el Código ordena que la partición que comprende los derechos de un heredero concebido sea *suspendida hasta su nacimiento* (artículo 856). Consecuentemente, faculta el nombramiento de un curador para que se encargue de velar por los bienes que *han de corresponder* al que está por nacer (artículo 598). De lo cual se desprende que el concebido no es instituido, de modo efectivo y actual de la calidad de heredero. La concepción es aprehendida como un hecho jurídico que, como tal, justifica la suspensión de la partición. Se espera la llegada de un acontecimiento exterior susceptible de afectarla. Parece evidente que no se puede proceder a la partición pues nos expondríamos a volver a hacerla en caso de que el concebido no nazca con vida.

Por lo tanto, los eventuales derechos patrimoniales del concebido están subordinados a la condición suspensiva de su llegada al mundo con vida. Contrariamente a la opinión del ponente del Libro Primero, quien sostiene que los referidos derechos están sujetos a condición resolutoria (FERNÁNDEZ SESSAREGO), nos permitimos afirmar que la lectura de los citados artículos exige otra interpretación. La condición hubiera podido ser calificada como resolutoria si el artículo primero prescribiera lo siguiente: "Los derechos patrimoniales que beneficien al concebido se resuelven si el hecho de su nacimiento con vida no se produce".

En realidad, el concebido aparece únicamente como titular condicional de un patrimonio. *Mutatis mutandis*, el concebido sería también apto a devenir titular condicional de obligaciones, como por ejemplo aquellas que se derivan del mantenimiento, custodia, pago de impuestos o seguros destinados a conservar los bienes que le han de corresponder y que por lo tanto redundan en su beneficio. Observemos, paralelamente, que su estatus de sujeto de derecho privilegiado (solo para todo cuanto le favorece) le permite sustraerse a aquellas obligaciones que no lo favorecen.

Siendo así, es necesario advertir que la gestación es un hecho jurídico que genera en favor de la futura madre la atribución de ciertas ventajas patrimoniales. La mujer trabajadora encinta puede invocar su situación para obtener derechos sociales, estos últimos están incontestablemente destinados a protegerla. Asimismo, conforme al artículo 856, si la partición de la herencia está suspendida a la espera del nacimiento, "*en el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos*". Pero dado que la existencia del concebido depende intimamente de la mujer, es posible afirmar que ese derecho a alimentos lo beneficia indirectamente.⁹⁸

- Derechos extrapatrimoniales

La expresión "*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*" es

interpretada también para atribuirle derechos que no tienen un valor pecuniario, los cuales no están sujetos a condición alguna. La pregunta es cuáles son esos derechos.

¿El concebido tiene filiación? La respuesta es negativa. En tanto no se produzca el nacimiento con vida, el concebido no tiene filiación alguna. En el Registro del Estado Civil se inscriben los nacimientos (Ley NI! 26497, artículos 44 y ss.), esa partida determina la identidad del individuo. La filiación aparece en el momento del nacimiento, en función a la actitud de los padres. Podríamos, sin embargo, interrogarnos sobre las consecuencias o el significado de un reconocimiento prenatal (en escritura pública o en testamento, artículos 390 y 392). Conviene observar que ese reconocimiento equivale a una "confesión" (A. COLIN) y comporta consecuencias únicamente en el terreno de la prueba. Una vez producido el hecho del nacimiento, esa confesión servirá para probar el vínculo de filiación entre el niño y su progenitor. Si el reconocimiento prenatal crease un vínculo de filiación, la acción en contestación de paternidad sería posible durante la gestación. Ahora bien, conforme al artículo 365, *no se puede contestar la paternidad del hijo por nacer*.

¿El concebido podría ser titular del derecho al honor, a la imagen o a la integridad física? ¿Aquel que cuestiona su origen atenta contra su honor? ¿Aquel que reproduce su fotografía haciendo notar alguna malformación atenta contra su imagen? ¿Aquel que le causa una lesión atenta contra su integridad física? En realidad no se puede ejercitar acción judicial en tanto el hecho del nacimiento con vida no se haya producido, pues no se puede invocar la violación de los *derechos inherentes a la persona* (artículo 5, Título 11, Libro 1). Tan es así que el artículo 130 del Código Penal, por ejemplo, sanciona "*el que ofende o ultraja una persona*", no a un concebido. Por su parte, la mujer encinta puede demandar, a título personal, el atentado a la intimidad de su vida privada, a su honor, a su imagen o a su integridad física. En este último caso es posible acreditar la comisión del delito de lesiones graves en perjuicio de la mujer encinta. Parecería entonces que el concebido no dispone de un derecho disociado al de su madre permitiéndole beneficiarse de una protección especial. Contrariamente, una vez producido el hecho del nacimiento con vida es posible reclamar, en nombre del niño, la reparación de los daños que haya sufrido durante el periodo de la gestación.

Queda sentado entonces que el enunciado "*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*", está siempre supeditado a la condición de su nacimiento. Sin embargo, existen dos excepciones, el derecho a la integridad física y el derecho a la vida.

La incorporación en el Código Penal del artículo 124-A que sanciona el delito de lesiones en el concebido tutela su integridad física. Sin embargo, la pertinencia y la aplicabilidad del dispositivo puede ser cuestionada. Según los dictámenes de la Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad y de la Comisión de Justicia recaídos en el proyecto de Ley NQ 839/2001-CR que propusieron la incorporación del delito de lesiones en el concebido, la norma busca sancionar aquellos actos que mediante "la administración de medicamentos inadecuados en las farma

cias, tales como anticonceptivos producen como consecuencias secundarias graves daños en la salud del feto". Tal es el caso de una deformidad.

Conviene advertir que las malformaciones pueden ser diversas y de gravedad variable. Ellas resultan de anomalías cromosómicas, hereditarias o anomalías ligadas al embarazo. Pueden manifestarse inmediatamente (malformación cardíaca o de un miembro) o posteriormente (malformación digestiva o urinaria). Sin embargo, la identificación cierta de la causa de la deformación se realiza después del nacimiento mediante estudios clínicos radiográficos y del cariotipo. Es más, de acuerdo a estudios científicos acreditados, las causas de las malformaciones serían entre el "50 a 70% de casos inciertas" (Diccionario *Larousse Médica*/).

De lo cual se deduce que es únicamente a partir del nacimiento, una vez que se ha establecido el origen *de la deformidad*, que se podrá sancionar la comisión del delito de lesiones. Y en este caso, corresponderá invocar no el artículo 124-A, sino propiamente el artículo 124 del Código Penal que prevé la modalidad culposa del delito de lesiones a la persona.

Por otra parte, la vida del concebido está incuestionablemente protegida por la ley. Pero como ningún texto consagra explícitamente ese derecho -el Código Penal (arts. 114 a 120) se limita a condenar el aborto en tanto delito contra la vida humana- entendemos que más que un derecho a la vida, lo que el ordenamiento jurídico prevé es una obligación, a cargo de la sociedad en su conjunto, de respetar la vida humana naciente. Por respeto a la realidad biológica de su existencia y porque tiene una individualidad propia, existe el deber social de proteger su vida.

Sin embargo, es necesario constatar que el concebido no tiene autonomía vital. Su subsistencia y desarrollo requieren de la matriz de la mujer. No es posible ni razonable entonces pretender que la mujer encinta no tiene ningún derecho a decidir sobre el destino de su gestación. Si admitimos que el embrión tiene derechos, es cierto también que no es el único que los tiene y que sus derechos no pueden prevalecer incondicionalmente al punto de sacrificar todos los otros. El reconocimiento, en su favor, de un pretendido derecho **absoluto** a la vida conduciría a desdeñar de plano la libertad y la autonomía de la mujer.

Advirtamos entonces la contradicción flagrante entre el derecho a la vida del concebido y el derecho de la mujer a la disposición de su propio cuerpo. Este conflicto centra la necesidad de armonizar la coexistencia de derechos que se excluyen mutuamente. La única posibilidad de salir del embrollo es adoptando una solución de conciliación. El respeto que la sociedad debe a la vida humana desde su aparición puede y debe admitir, excepcionalmente, una restricción, en caso de necesidad extrema si la mujer estima no estar en medida de asumir la gestación. La atribución de la calidad de sujeto de derecho del concebido y su derecho a la vida no es incompatible con el reconocimiento del derecho de la mujer a decidir, únicamente dentro de ciertas condiciones y límites previstos por la propia ley, la interrupción de la gestación.

100 I

Es oportuno señalar que es ésta la tendencia predominante en el ámbito del derecho comparado. En numerosas legislaciones extranjeras el derecho a la vida del

concebido no aparece como un principio absoluto. En general, los legisladores tratan de conciliar el respeto de la vida embrionaria y la libertad de la mujer, a quien le permiten recurrir, en ciertos casos, a la interrupción de su gestación. El aborto en caso de violación, incesto, malformación del niño y aun voluntario está permitido en todos los países desarrollados (Alemania, Australia, Austria, Canadá, Francia, Inglaterra, Italia, Escocia, España, Holanda, Estados Unidos, Japón, Suecia, Noruega, Dinamarca, Portugal, Suiza, Bélgica, Grecia y Rusia). Un caso particular constituye el de Irlanda, donde se sanciona penalmente el aborto; sin embargo, desde hace aproximadamente cuarenta años ninguna pena ha sido pronunciada.

A nivel internacional, el derecho a la vida es presentado como un derecho ligado a la noción de persona humana y aparece como el corolario del nacimiento. Es lo que se puede constatar de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos y aun la Convención relativa a los Derechos del Niño. La Convención Americana de los Derechos del Hombre, por su parte, establece que toda persona tiene derecho a la vida, pero relativiza el principio al establecer en el artículo 4 que "*ese derecho debe ser protegido por la ley, en general, a partir de la concepción*". La expresión "*en general*" significa precisamente que la protección de la vida desde la concepción puede admitir excepciones.

5. Afirmación del principio clásico referido a la adquisición de la personalidad

El primer párrafo del artículo primero consagra el principio clásico según el cual *la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*. El nacimiento es considerado como el elemento determinante para la adquisición de la personalidad. Un principio admitido en doctrina establece que "es por el nacimiento y al nacimiento que se exterioriza la aptitud a ser sujeto de derecho" (CARBONNIER), titular de derechos y de obligaciones.

La personalidad es una noción instituida por el derecho, una categoría construida por el sistema jurídico; en suma "es un don de la ley" (MEULDERS-KLEIN). Antiguamente ciertos seres humanos no eran considerados como personas (los esclavos en Roma, el caso de la muerte civil). Observemos entonces que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, la noción de persona exige no solamente la existencia de vida humana sino además el nacimiento. Vida, humanidad y nacimiento fundan la noción de persona y aparecen por ende como las condiciones necesarias para la atribución del estatus de persona humana.

Contrariamente a la noción de sujeto de derecho que es reciente y de origen doctrinal, la noción de persona ha sido forjada por el Derecho romano y consagrada

así en la legislación civil. Tradicionalmente equivalentes, nuestro Código hace una distinción "lingüística" entre persona y sujeto de derecho. Es necesario entonces saber qué los distingue. Los distingue, por ejemplo, la plenitud de su capacidad; la persona tiene vocación al goce pleno de los derechos civiles mientras que los otros sujetos de derecho lo son solo de ciertos derechos (el concebido es sujeto de dere

cho solo para lo que le favorece, la persona jurídica y las organizaciones no inscritas se manifiestan solo en los casos y en la forma señalados por la ley).

DOCTRINA

CARBONNIER Jean. *Droit civil, Les personnes*. Puf. 20. edición. 1996, Pág. 30. NQ 13. Diccionario *Larousse Médical*, Ediciones Larousse, París, 2000; FENOUILLET Dominique, *Protection de la personne*. Éditions du Juris-Classeur. Art. 16 a 16-12. Fascicule 10, 1997.

FERNÁNDEI SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Grijley. 7~ edición. 1998; FERNÁNDEI SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima, 1990; ESPINOIA ESPINOIA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. CiddeConcytec. Lima, 1990; LABBÉE, Xavier. *L'enfant conçu*. Éditions du Juris-Classeur. Art. 16 a 16-12. Fascicule 50. 1997; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*. 3~ edición. 1980; MEULDERS-KLEIN, Marie-Therese. *Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge. Le corps humain et le droit*. Dalloz. 1975, pág. 20; MONGE, Luz. *La liberté de procréer, pouvoir de la femme, tesis para optar el grado de Doctor en Derecho*. Université de Paris. 2000; PARLAMENT EUROPÉEN, *Resolution sur la fécondation artificielle in vivo e in vitro*, 16 mars 1989, Journal Officiel des Communautés européennes, NQ C 96 du 17 avril 1989; ROBERT, Jacques. *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit. Revue de Droit Public*. 1984. Pág. 1279; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa Calpe. 21~ edición. Madrid, 1999.

JURISPRUDENCIA

"Conforme al artículo 1 del Código Civil el concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, estando condicionada la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo; por lo que el nacimiento del hijo póstumo excluye a la madre de su causante"

(*Exp. NI! 1127-93. Primera Sala Civil de la Corte Superior, Zárate del Pino, Juan, Curso de Derecho de Sucesiones*, p. 57).

RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL EMBARAZO O PARTO

La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición. ()*

CONCORDANCIAS:

c.c.
C.P.C. art.284

arts. 366 inc. 1), 409

Comentario

Juan Espinoza Espinoza

Este artículo está (seguramente) inspirado en el Código Civil argentino que elaborara Dalmacio Vélez Sarsfield basado en el proyecto que hiciera el brasileño Augusto Texeira de Freitas, que a la letra dice: "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento".

Este artículo se aleja de su predecesor, el artículo 2 del Código Civil de 1936, en el cual se otorgaba el derecho de cerciorarse de la realidad del nacimiento a los terceros interesados y al marido, en ciertos casos. La Comisión Revisora, siguiendo el razonamiento de Vélez Sarsfield, sostenía que tal hecho violaba el derecho a la intimidad de la madre. Sin embargo, hay que recordar que el Código Civil argentino entró en vigencia en 1871, época en la cual la medicina no contaba con los avances que tenemos hoy en día, por cuanto los diagnósticos del embarazo son seguros y tienen un mínimo de porcentaje de inexactitud.

Soy de la opinión que el derecho de solicitar ante el juez el reconocimiento del embarazo o parto, debe hacerse extensivo al marido, en los casos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad o anulabilidad del matrimonio, para los efectos de la filia

n Párrafo adicionado por el CÓdigo Procesal Civil (D. Leg. N° 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R. M.N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

ción. El legítimo interés del marido o de un tercero no puede verse limitado de esta manera, por cuanto, en la época en que fue realizado el Código Civil argentino -o sea hace más de cien años- el parto era cuestión doméstica (y mucho más privada que en la actualidad): ahí sí se justificaría esta norma legal, por cuanto sí se estaría vulnerando el derecho a la intimidad que tiene todo ser humano.

En la actualidad la gran mayoría de partos son asistidos por profesionales de la medicina, los cuales podrían cerciorarse de ello. Dentro de este contexto no se ve ningún inconveniente para que el mismo facultativo se cerciore de la veracidad del parto.

Por tal motivo, propongo que se modifique el mencionado numeral otorgándole al marido el derecho a que solicite judicialmente la certidumbre del parto. En tanto, para tutelar al marido o al tercero interesado, será necesario recurrir al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, el cual faculta a quien tenga "legítimo interés" para ejercitar una acción, en este caso, de reconocimiento judicial de embarazo o de parto (como sostiene también FERNÁNDEZ SESSAREGO). En este mismo sentido es también pertinente la regulación contenida en el artículo IV del Código Procesal Civil, que hace referencia al interés y a la legitimidad para obrar.

Entiendo como legítimo interés la situación jurídica de ventaja inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés (BIGLIAZZI GERI). Con ello distingo conceptualmente el legítimo interés (categoría material) de interés procesal (categoría procesal), entendido este último como "el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable, actual o imminente, egoísta y abstracto" (MONROY GÁLVEZ). En efecto, si bien es cierto que el Código *solo* le reconoce a la mujer el derecho de solicitar judicialmente el reconocimiento del embarazo o del parto, sin embargo, al marido (por ejemplo) le asiste el legítimo interés. En efecto, al no ejercer discrecionalmente este derecho la mujer, el marido estaría legitimado para interponer la acción correspondiente.

~ DOCTRINA

VELEZ SARSFI ELD. *Notas al Código Civil Argentino*. Edición al cuidado ZAVALÍA, ZavalíaEditor. Buenos Aires, 1987; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1991; RUBIO CORREA. *Título Preliminar*, en *Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1986; RUBIO CORREA. *El interés subjetivo*, en *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. Universidad de Lima. 1990; MONROY GALVEZ. *El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, en *Thémis*, segunda época. N2 30. : Lima, 1994.

JURISPRUDENCIA

"En la acción para el reconocimiento del estado de gravidez, no es procedente hacer mención del nombre del presunto actor, cuestión ésta que debe ventilarse en la vía correspondiente; resultando nula la sentencia en ese extremo"

*(Exp. N!! 1809-87 del 05/10/87.
Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

LA CAPACIDAD DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 45,2046,2070,2114
C.P.C. arts. 57, 58

Comentario

Juan Espinoza Espinoza

1. Definición

La categoría jurídica de sujeto de derecho está dirigida a todo centro de imputación de derechos y deberes adscribibles, siempre y en última instancia, al ser humano y la categoría jurídica específica de persona solo alude al hombre una vez nacido hasta antes de su muerte y a la agrupación de hombres que se organizan en la búsqueda de un determinado fin, cumpliendo con la formalidad de la inscripción en el respectivo registro.

Se observa que "el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por su capacidad jurídica, o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general (...); de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana; se la adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por el nacimiento y desde el momento del nacimiento (oo.); y acompaña al sujeto hasta la muerte" (ME)

SSINEO). Discrepo con la última afirmación, por cuanto el concebido no nacido, al ser sujeto de derecho, goza de una capacidad jurídica, pese a que está limitada "a todo quanto le favorece". Lo mismo sucede con las personas jurídicas y las organizaciones de personas no inscritas.

La doctrina es unánime al definir a la capacidad. Así tenemos que se la entiende como "la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos" (CIFUENTES); como la "aptitud para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos" (ABELENDA); o como "la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas" (GARCÍA AMIGO), entre otras nociones.

Así pues, los términos que adopta la doctrina jurídica contemporánea son la categoría jurídica genérica de sujeto de derecho, la cual alude a dos referencias existenciales: el ser humano individualmente considerado (concebido y persona individual) y colectivamente establecido (persona colectiva y organizaciones de personas no inscritas), y la expresión "capacidad", para delimitar la aptitud de dichos sujetos de derecho.

2. Clasificación de la capacidad

Para la clasificación de la capacidad han surgido varias doctrinas, las cuales se enuncian a continuación:

1. Doctrina francesa, la cual ha sufrido diversas transformaciones, y que en la actualidad divide la capacidad en dos manifestaciones, a saber:
 - a) Capacidad de goce o de derecho, entendida como la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas.
 - b) Capacidad de ejercicio o de hecho, es la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas.
2. Doctrina alemana, es seguida por autores italianos, españoles y algunos franceses. Se admite la moderna doctrina francesa; pero dentro de la capacidad de ejercicio, a la cual sus seguidores llaman de "obrar", distinguen lo siguiente:
 - a) Capacidad negocial, es la idoneidad para celebrar en nombre propio negocios jurídicos.
 - b) Capacidad de imputación o delictual, es la aptitud para quedar obligado por los propios hechos ilícitos que se cometan.
 - c) Capacidad procesal, es la aptitud para realizar actos procesales válidos.

3. Principios relativos a la capacidad

A poco de examinarse la clasificación de la capacidad, observo que el concepto de la capacidad de goce o de derecho es idéntico que el de la subjetividad jurídica. En efecto, el sujeto de derecho, en tanto centro de referencia normativo, es titular del conjunto de derechos y deberes que se le imputan. Por el hecho de ser humano, se es sujeto de derecho y, CORP tal, de \$~!1qtario de. t;3.les der.echos y deberes,;de.los cuales éste goza. De esta manera el concepto de capacidad de goce o de derecho es innecesario.

No sucede lo mismo con la capacidad de ejercicio (a la cual propongo denominar simplemente *capacidad*), por cuanto, debido a que el sujeto se encuentra en determinada situación, éste no puede *ejercer* ciertos derechos y obligaciones, sin que por ello se aminore su subjetividad jurídica. Es en consideración a esto que se sostiene que el reconocimiento de la subjetividad jurídica de los incapaces "no se explica en razón de su madurez futura o de su posible vuelta a la normalidad. Son los fundamentales valores humanos, de que también los incapaces son portadores, los que hacen a estos sujetos jurídicos con igual plenitud que las personas capaces" (FAL~N.).

No faltan algunos autores que, por determinadas situaciones, como la del menor de edad que no puede contraer matrimonio (artículo 244 C.C.) (VIDAL RAMÍREZ), o la del ciego que no puede otorgar testamento cerrado ni ológrafo (interpretación a *sensu contrario* del artículo 693 C.C.) (LEÓN BARANDIARÁN), entre otros, sostienen que estos casos se refieren a "incapacidades de goce", lo que equivale a una limitación en cuanto a la subjetividad jurídica; pero como se sostiene, "ninguno de estos supuestos (oo.) exige recurrir, para negarla o limitarla, a la capacidad jurídica; en ocasiones se tratará tan solo de específicas incapacidades de obrar, a veces simples y justificadas prohibiciones concretas, tal vez en algún caso de falta de legitimación" (GORDILLO). En estas hipótesis se interpone entre la subjetividad jurídica y la exclusión para realizar determinado acto una causal, con un fundamento propio (seguridad del mismo individuo, de la colectividad, entre otros), sin llegar a incidir sobre el concepto de la subjetividad jurídica.

Nuestro Código Civil regula la llamada capacidad de goce, la cual se encuentra contemplada en el artículo 3 y la denominada capacidad de ejercicio, descrita en el Título V de la Sección Primera del Libro I del mismo. Merece ponerse atención a que, cuando el artículo 3 se refiere a "las excepciones expresamente establecidas por ley", se está haciendo alusión a las excepciones propias de la capacidad de ejercicio (no a la capacidad de goce). Así, "las únicas limitaciones posibles, tanto absolutas como más o menos relativas, conciernen al ámbito de la capacidad de 'ejercicio', que se contrae y circunscribe a la puesta en marcha de la libertad en cuanto 'capacidad jurídica general' o de 'goce'" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Sobre la base de lo anterior, algunos principios que rigen a esta institución son: 1. La subjetividad jurídica entraña la denominada capacidad de goce.

2. La denominada capacidad de ejercicio es la capacidad propiamente dicha, por la cual se ejercen los derechos y deberes del sujeto.
3. El sujeto de derecho no necesariamente detenta capacidad absoluta (para ejercer sus derechos y deberes).
4. El sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad. No cabe hablar de "personas incapaces", "incapacidad absoluta o relativa". Los que se presentan en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta.

4. Identidad entre los conceptos de subjetividad, personalidad y capacidad

La capacidad ha sido entendida bajo diversas perspectivas, que podemos agrupar en dos teorías, la primera, denominada orgánica y la segunda, atomística. La teoría orgánica entiende a la capacidad jurídica como "la posición general del sujeto en cuanto destinatario de los efectos jurídicos" (FALZEA). La teoría atomística, por el contrario, propone que "no existe una norma que asuma j3n el mundo del derecho el sustrato biológico del hombre y las notas conjuntas de la unidad y de la continuidad (o sea, una norma instrumental, presupuesta por todas las otras normas del sistema). Tal norma, que tendría la específica función de vincular la esfera del derecho con la esfera de los entes reales, muestra un frágil fundamento: la unidad de la persona se busca al interior de cada norma material" (IRTI). Para los que siguen la teoría orgánica se presenta solo a una capacidad general y abstracta, para los que se alinean a la teoría atomística existe una múltiple gama de capacidades especiales. Sin embargo, se advierte que ambas teorías caen en el mismo error, porque "la primera, considerando al sujeto solo como presupuesto, hace que el mismo permanezca extraño a la valoración normativa concreta; la segunda, reservando la valorización normativa al solo comportamiento, olvida que la acción no puede estar separada del sujeto agente y que, por consiguiente, también este último debe ser objeto de valorización normativa" (IANNELLI).

No parece aconsejable entender al sujeto de derecho como una sumatoria de diversas capacidades especiales, por cuanto si el ordenamiento jurídico se refiere, a través de sus normas, a actos individualmente considerados, ello no quiere decir que el sujeto no se presente frente al ordenamiento jurídico como un centro *unitario* de imputación de situaciones jurídicas atribuidas por las normas.

Un sector autorizado de la doctrina italiana, siguiendo -en mayor o menor medida- los criterios de la teoría orgánica, entiende que los conceptos de subjetividad y capacidad jurídica son idénticos (FALZEA), a tal punto de considerar que tienen poco crédito las teorías que los distinguen (DOGLIOTTI). En efecto, cuando se habla de subjetividad (o de sujeto de derecho) se alude a un centro de referencia normativo, vale decir, a la titularidad de un complejo de derechos y de deberes. Por ello se afirma que: "El nexo que vincula las dos ideas, de capacidad jurídica y de subjetividad jurídica, es tan evidente e intrínseco que hace aparecer, inmediatamente clara y no necesaria de demostración alguna, la necesidad de fundar la primera sobre la segunda: de derivar la capacidad de los modos de ser más generales y constantes del sujeto jurídico" (FALZEA). La *titularidad-en tanto situación actual y efectiva-* comprende en sí la *aptitud* para ser titular. Titularidad y aptitud son dos momentos que no pueden ser concebidos separadamente. La una supone inevitablemente a la otra y de consecuencia, su distinción conceptual no es correspondiente con los datos que nos ofrece la experiencia jurídica.

¹¹⁰ La personalidad ha sido considerada como la aptitud para ser sujeto de derecho, entendiéndose a ésta como un concepto más amplio que el de la capacidad jurídica, dado que esta última era concebida como medida de la primera (DUSI). Otros consi

deran estos dos términos como sinónimos (FERRARA, DE RUGGIERO y MAROI, DI SEMO). Sobre otro plano, el concepto de personalidad es entendido como un valor (PERLINGIERI). La noción de personalidad-a~ti~ud se justifica en un contexto donde existe identidad entre los conceptos de subjetividad y de persona, pero frente a los sujetos de derecho que no necesariamente son personas (concebido, organizaciones de personas no inscritas) ésta deviene insuficiente.

Por consiguiente, existiendo identidad conceptual entre subjetividad, personalidad (al menos en parte) y capacidad jurídica, creo oportuno prescindir del uso de estos dos últimos términos, dado que responden a una concepción de la presencia del hombre en la experiencia jurídica asaz diversa respecto de aquella de nuestros días. La categoría jurídica de *sujeto de derecho* no es una graciosa concesión que ofrece el ordenamiento positivo a los hombres (a través de previa *evaluación*, haciendo recurso a los conceptos de personalidad o de capacidad jurídica), ni una realidad aislada e independiente del derecho. Es el resultado de una armónica correspondencia entre la realidad ontológica y aquella formal. Es dentro de esta óptica que debemos visualizar a la subjetividad, sin olvidar, en el caso de los sujetos de derecho individuales, la especial dignidad del hombre en cuanto "persona-valor" (DiEZ-PICAZO y GULLÓN). En los sujetos de derecho colectivos (personas jurídicas, organizaciones de personas no inscritas), también se encuentra presente la dimensión valorativa en la unidad de fines que hace posible su organización como tales.

A nivel de doctrina nacional se ha observado esta posición, afirmando que "si bien es cierto que los términos: subjetividad, personalidad y capacidad jurídica son conexos, pero no son sinónimos" (TORRES VÁSQUEZ). En efecto, se parte de la premisa de que "el sujeto es mucho más que su vida social regulada por el Derecho, es también vida social no regulada por el Derecho, además de la inmensidad de su vida psíquica poco conocida y ajena al Derecho" (TORRES VÁSQUEZ). Por otro lado, se expresa que "el sujeto o persona o vida humana es un presupuesto, un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho; la personalidad es inmanente al ser humano, personalidad que es reconocida, no atribuida por el Derecho" (TORRES VÁSQUEZ). Basándose en una doctrina italiana (por cierto, aislada) se cita que "la personalidad jurídica es un *quid simple*, mientras la 'capacidad' es un *quantum* y, por tanto, susceptible de medición por grados" (BARBERO). Esta doctrina está confundiendo categorías ontológicas con categorías jurídicas: no existe identidad conceptual entre ser humano y sujeto de derecho. El sujeto de derecho es un recurso técnico-lingüístico que representa el aspecto jurídico de la vida humana, la cual no puede ser reducida a una mera categoría formal. El sujeto de derecho, en tanto centro de imputación, es titular de derechos y deberes: este estatus es inseparable de la cualidad. No cabe hablar de sujeto de derecho separadamente de la capacidad jurídica. Pensar aisladamente en los conceptos sujeto de derecho y capacidad jurídica carece de sentido. No existe capacidad jurídica (o de goce) separada de la subjetividad jurídica (ni -obviamente- viceversa). Es como si se hipotizara la existencia del agua separadamente de sus dos componentes de hidrógeno y su (único) componente de oxígeno (cabe hablar de oxígeno separado del hidrógeno; pero ya no de agua). Se trata de una cualidad ínsita al estatus: éste es el sentido de la identidad conceptual. Respecto

del concepto de personalidad que se propone, también se confunde la noción psicológica con la (que existe) de carácter jurídico y, cuando se habla de capacidad como *quantum*, evidentemente, se está haciendo referencia a la capacidad de ejercicio, que es cosa bien diversa.

Frente a quienes aún sostienen que se puede establecer limitaciones a la capacidad jurídica (y por ende a la subjetividad jurídica), comparto la opinión de quien, autorizadamente, sostiene que: "La capacidad jurídica no puede operar como instrumento de discriminación, porque representa el aspecto estático y puro del sujeto, la abstracta posibilidad. Ello corresponde a la capacidad de ejercicio, la cual expresa, en el ámbito de la concreta realización de los fenómenos jurídicos, el aspecto dinámico e impuro de la condición del sujeto" (BUSNELLI).

La capacidad jurídica corresponde a todo sujeto de derecho, sea éste concebido, persona natural, persona jurídica u organización de personas no inscritas. Por ello se sostiene que "la capacidad jurídica es la abstracta atribución de todo ser humano, contemporáneo a su existencia física, adquisición, por decir así, a nivel de preordenamiento, en el sentido que su existencia y su reconocimiento prescinden, en concreto, de una explícita pero siempre necesaria, consideración que de ésta tenga el ordenamiento. Connotación no exclusiva de la persona física, ésta también se asigna a la persona jurídica, señalando el surgimiento de un nuevo sujeto de derecho, por efecto y en consecuencia del reconocimiento de aquella nueva entidad por parte del ordenamiento subordinado a la verificación de la subsistencia de las condiciones impuestas por éste de manera heterónoma" (B. CARBONI).

5. La delimitación de los alcances del binomio capacidad jurídica; capacidad de obrar. La capacidad natural

Otra distinción que ha sido obra de los juristas es aquella existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, entendida esta última como idoneidad o aptitud que tiene el sujeto para ejercitarse autónomamente sus derechos y cumplir con sus deberes. De cuanto se ha dicho en el punto precedente, observo que la contraposición entre estos dos tipos de capacidad no refleja coherentemente la actividad jurídicamente relevante de los sujetos de derecho. Se advierte que actualmente en la praxis se está produciendo una suerte de "achatamiento" de la capacidad jurídica en beneficio de la capacidad de obrar (ALPA). En efecto, estando comprendida la primera dentro del concepto de subjetividad, relevaría solamente la denominada capacidad de obrar.

Hay quien sostiene que la denominada capacidad jurídica puede ser considerada también en función de la pertenencia a las formaciones sociales (PIZZORRUSO, ALPA). En efecto, dado que éstas gozan de autonomía reglamentaria de sus propios ordenamientos, pueden crear, a nivel de sus integrantes, situaciones jurídicas diversas en relación a terceros. Otros advierten que el error de los juristas ha sido el de ver la denominada capacidad jurídica de una manera abstracta y general, cuando en cambio ésta se debía observar en la práctica aplicativa en relación a los sujetos concretos e individuales (STANZIONE) y con respecto a la capacidad de ejercicio que "la fragmentación de la capacidad en tantas definiciones como episodios a los

cuales ésta se encuentra vinculada, aconseja acantonar la visión formalista del derecho y postula a una más cuidadosa valorización de los intereses de los cuales el hombre es portador" (STANZIONE).

Se afirma, con razón, que estos dos tipos de capacidad operan de manera diversa según se refieran a situaciones jurídicas existenciales o a aquellas patrimoniales. Esto viene a ser que en las primeras la dicotomía es inexistente, dado que, siendo el fundamento de estas situaciones el pleno desarrollo de la persona humana, sería contradictorio admitir la titularidad de las mismas, sin la respectiva facultad para su efectivo ejercicio. En cambio, en el caso de las situaciones jurídicas patrimoniales, por su naturaleza, es posible separar el momento estático de aquel dinámico (PERLINGIERI, STANZIONE, LISELLA).

La capacidad natural, llamada también capacidad de entender y de querer es otro instrumento conceptual previsto por el Código civil italiano para determinar la validez de los actos realizados por los sujetos de derecho. Se considera que la capacidad natural es una figura perteneciente al género *capacidad de obrar*, la cual "debe ser verificada caso por caso por el juez en relación con el singular acto realizado por el sujeto" (BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA y NATOLI). Por consiguiente, este tipo de capacidad opera excepcionalmente en alternativa al criterio de la mayoría de edad como condicionante para la obtención de la capacidad de obrar. Como complemento del principio de la indisociabilidad entre titularidad y ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales, hay quien considera que, en caso de silencio de la ley, la capacidad natural es el único criterio idóneo para determinar la validez de los actos inherentes a tales libertades (BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA Y NATOLI).

Hay quien propone, para una mejor aprehensión de la capacidad, la introducción del concepto de *status personae*, entendido como "valoración normativa del sujeto agente" (IANNELLI), por cuanto, en la estructura de la capacidad la variable está representada no solamente por el tipo de comportamiento actuado, sino también por el particular estatus de cada sujeto, llegándose a la conclusión de que "se explican así las capacidades jurídicas especiales, que no representan excepciones a la denominada capacidad jurídica general, sino son exclusivamente modelos de estructura predispuestos por el legislador en presencia de específicos *status personae*" (IANNELLI). Se sugiere abandonar el preconcepto de vincular la capacidad con todas las situaciones jurídicas y, para el caso de "los derechos existenciales, de exclusiva matriz constitucional, pueden en cambio, ser vinculados al *status personae*. Para éstos (oo.) no hay motivo para distinguir entre titularidad y ejercicio" (IANNELLI). Se llega a la conclusión de que "no se puede afirmar que la titularidad (y el contextual ejercicio) de los derechos existenciales está asignado por el ordenamiento sobre el único presupuesto de la existencia de la denominada capacidad de discernimiento" (IANNELLI).

Creo que, si bien es cierto que es de vital importancia el "rescate" del concepto de *status persona e*, entendido como la particular situación jurídica de cada individuo, que le permite tener el derecho a ser diferente (IANNELLI) y que la diferencia entre las denominadas capacidades especiales y la capacidad general es tan solo aparente -por quanto las primeras constituyen el momento dinámico y la segunda,

el momento estático de un mismo fenómeno- prescindir de la capacidad natural en el caso de las situaciones jurídicas existenciales resulta inadecuado. En efecto, en las situaciones jurídicas existenciales, como en todo tipo de situación jurídica, no debemos perder de vista que, frente a los derechos que se puedan adquirir, también se puede ser pasible de deberes. En el caso concreto de la persona individual, el binomio libertad-responsabilidad es importante: es por ello que la presencia del discernimiento es requisito indispensable para el ejercicio de las situaciones jurídicas existenciales. Lejos de crear un nuevo límite al ejercicio de dichas situaciones, se protege la seguridad del individuo, que puede no encontrarse en grado de determinar la magnitud del acto que va a realizar, ni las consecuencias, positivas o negativas del mismo.

En sentido contrario, se distingue entre estado y capacidad, por cuanto "el estado es fijo y determinado, puesto que es posición o situación de la persona; la capacidad es variable y susceptible de grados" (CIFUENTES). Dentro de esta línea de pensamiento, se advierte que la capacidad se divide en capacidad de hecho y de derecho, mientras que el estado resulta ser una noción indivisible, llegando a la conclusión que la capacidad no influye sobre el estado; pero sí se produce la situación inversa (CIFUENTES).

~ DOCTRINA

MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Doctrinas Generales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979; CIFUENTES. *Elementos de Derecho Civil*. Parte general. Astrea. Buenos Aires, 1988; ABELEN DA. *Derecho Civil*. Parte general. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1980; GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho Civil I*. Parte general. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979; FALZEA. *Capacita (teoria gen.)*, en *Enc. del dir.* VI. Giuffre. 1960; VIDAL RAMÍREZ. *Teoría General del Acto Jurídico. Su aplicación en la Codificación Civil Peruana*. Cultural Cuzco. Lima, 1985; LEÓN BARANDIARÁN. *Curso elemental de Derecho Civil Peruano*. Lima, 1980; GORDILLO. *Capacidad, Incapacidades y Estabilidad de los contratos*. Tecnos. Madrid, 1986; IRTI. *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*. Napoli, 1973; IANNELLI. *Stato della persona e atti dello stato civile*. ESI. 1984; STANZIONE. *Studi di diritto civile*. 1986. ESI; PERLINGIERI. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Jovene. 1972; MESSINETTI, voz *Personalita (diritti della)*, en *Enc. del dir.*, XXXIII, Giuffre, 1983; PIZZORUSSO. *Personae e Famiglia*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Zannichelli-Foro It. 1988, sub arts. 1-4; BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA y NATOLI, *Diritto Civile*, 1.1, UTET, 1992; AUTORINO STANZIONE, *Situazioni giuridiche esistenziali, capacita e incapacitación: il modello spagnolo e gli ordinamenti latino-americani*, en "diritto dei nuovi mondi", a cura de VISINTINI, CEDAM, Padova, 1994; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, en *Trattato Rescigno*, UTET, Torino, 1982, 1/2; DUSI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 1, Giappichelli, 1985; FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1, Athenaeum, 1921; DE RUGGIERO y MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 1, Principato, 1953; DI SEMO, *Elementi di Diritto Privato*, Giuffre, 1966, 99; DE CUPIS, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffre, 1980; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 1. Tecnos. Madrid, 1982; TORRES V ÁSQUEZ. *Acto Jurídico*. San Marcos. Lima, 1998; BARBERO. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo 1. Traducido por SENTÍS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1967; GONZALES MANTILLA. *La capacidad jurídica en el Código Civil*, en *Los Derechos de la mujer*. Tomo 11. Comentarios Jurídicos. DEMUS. Lima, 1998; BUSNELLI. *11 diritto delle persone*, en *I cinquanta anni del codice civile*. Volumen 1. Giuffre. Milano, 1993;

B.CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Giuffre, Milano, 1988; ALPA, *Status e capacità*, Laterza, Roma-Bari, 1993; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, ESI, Napoli, 1975; LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona*, ESI, Napoli, 1984; O'INELLA, *Interdizione e inabilitazione: loro attuale significato e prospettive di riforma per una protezione globale dell'"incapace"*. *Giur. it.* 1987. 1; CIFUENTES. *Elementos de Derecho Civil*. Cuarta edición. Astrea. Buenos Aires, 1995; BECERRA PALOMINO. *Algunas ideas para reformar el Libro Primero del Código Civil - Personas Naturales*, en *Notarius*. Año IV. Lima, 1993-94; FERNÁNOEZ SESSAREGO. *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en *Código Civil Peruano. Diez Años*. Tomo 1. Universidad de Lima. WG Editor; VEGA MERE. *El ocaso de la incapacidad de ejercicio (¿o el ocaso de sus defensores?)*, en *Gaceta Jurídica*. Tomo 37. Dic., 1996.

IGUALDAD ENTRE VARÓN Y MUJER

1."iiiJC1Tw'.,41

El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

CONCORDANCIAS:

e.	arto 2, jne. 2)
e.e.	arts. 234, 424, 2114
e.p.e.	arto 58
e.N.A.	arto /11

fJJ Comentario

Clara Mosquera Vásquez

La capacidad es considerada por la doctrina como uno de los atributos de la personalidad; se la define generalmente como la aptitud de obrar válidamente por sí mismo. Para CIFUENTES la capacidad está en la entraña de la existencia y categorización de esos derechos conocidos universalmente y de la vigencia jurídica en cuanto tal.

La capacidad puede ser de goce o de ejercicio. La primera, llamada también Cél.acidad jurídica, es la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto o parte por sí o representante legal en las relaciones de derecho ya sea como titular de derechos o facultades, o como obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber. La capacidad de ejercicio o de obrar es el poder de realizar actos con eficacia; se contrapone a la capacidad jurídica, ya que ésta indica la potencia para ser sujeto de derechos y obligaciones que es consustancial con la naturaleza humana y acompaña a todo hombre y mujer desde el nacimiento hasta la muerte (CABANELLAS).

SAVIGNY distinguía tres especies de capacidad:

- a) Capacidad jurídica o de derecho: que es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas.
- b) Capacidad de obrar o de hecho: poder para realizar actos con eficiencia.
- c) Capacidad civil o plena: facultad que combina las anteriores, en qué posibilidad y efectividad se suman.

Como señala FALCÓN O'NEILL, las mujeres constituyen el colectivo humano más numeroso y explotado en razón de su especialidad reproductora, destinadas a parir, amamantar y cuidar a sus hijos, a los hombres y a garantizar la supervivencia de los ancianos y ocuparse de los enfermos y discapacitados. Las causantes de las ideologías machistas, leyes, códigos morales, costumbres sociales, educación y normas religiosas¹¹⁶ son las condiciones materiales de existencia, situando a las mujeres en un lugar secundario, menospreciado y objeto de toda clase de prohibiciones y

trabas para su desarrollo, tanto como personas, como sujetos de derechos políticos y civiles.

Para PÉREZ TREMPS la construcción de la igualdad formal se manifiesta como absolutamente insuficiente para acabar con una situación de discriminación ancestral entre el varón y la mujer; así, desde el punto de vista jurídico hay tres tipos de técnicas que se usan para hacer realidad la igualdad material entre varón y mujer: profundización en la idea de discriminación, acciones positivas y consagración de derechos y principios específica o especialmente relevantes para la mujer.

Este artículo tiene su antecedente en el artículo 5 del Código Civil de 1936, el que si bien señalaba que los varones y las mujeres gozaban de los mismos derechos civiles agregaba "*salvo las restricciones establecidas para las mujeres casadas*": Y es que precisamente dicho Código señalaba una serie de restricciones para las casadas, como por ejemplo, la imposibilidad de la mujer casada de administrar los bienes comunes sin el consentimiento del marido (artículo 190). Mientras quien fijaba y mudaba el domicilio de la familia y decidía sobre lo relacionado a su economía era el marido (artículo 162), la mujer tenía como obligación dar ayuda y consejo al marido y atender personalmente el hogar (artículo 161). Además, a las mujeres casadas se les obligaba a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 171).

El Código Civil de 1936 se inscribe dentro de la corriente conservadora imperante a inicios del siglo XX donde la mujer no tenía capacidad civil, por lo que era aceptable socialmente que la mujer casada requiera consentimiento expreso o tácito del marido para ejercer profesión o industria o trabajar fuera del hogar (artículo 173), lo que además concordaba con el Código de Comercio de 1902, que señalaba además que la autorización debía constar en escritura pública y estar inscrita en el Registro Mercantil. Esta legislación mercantil estuvo vigente hasta julio de 1993 en que entró en vigencia el Código Procesal Civil que derogó varios artículos del Código de Comercio, entre ellas el arriba comentado.

El Código Civil de 1984 siguiendo la tendencia de la Constitución Política de 1979, que reconoció en el inciso 2) del artículo 2 la igualdad del varón y la mujer, trata de eliminar el trato discriminatorio contra las mujeres, aunque aún se consigne el "derecho" de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio (artículo 24).

Desde la Ley NQ 801 del 7 de noviembre de 1908 que permitía el ingreso de las mujeres a las universidades, se han dado una serie de leyes que reconocen la igualdad y la no discriminación de la mujer frente al varón, como por ejemplo:

- La Ley NQ 12391 del 5 de setiembre de 1955, que concede el derecho de sufragio a la mujer;
- La Ley NQ 2431 O del 19 de setiembre de 1985, que establece que la denominación de todo honor, grado académico, título profesional, oficio, función pública, cargo, empleo u otra actividad ocupacional o laboral, cualquiera sea su origen o nivel, será expresada, cuando corresponda a la mujer, en género femenino, si ello es posible gramaticalmente;

- La Ley NQ 24975 del 28 de diciembre de 1988, que amplía para las mujeres el acceso a la Escuela de Oficiales, bajo los mismos principios y normas que rigen al personal masculino de las Fuerzas Policiales;
- La Ley NQ 25155 del 27 de diciembre de 1989, que prohíbe establecer discriminaciones por razón de sexo en los reglamentos, estatutos u otras normas de las instituciones deportivas, sociales y culturales;
- La Ley NQ 26260 del 24 de diciembre de 1993, que establece la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar, y las medidas de protección que correspondan;
- La Ley NQ 26628 del 20 de junio de 1996, que amplía para las mujeres el acceso a las Escuelas de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y siguiendo las carreras militares correspondientes, a obtener los grados militares y beneficios que correspondan, bajo los mismos principios y normas que rigen al personal masculino de las Fuerzas Armadas.

En lo que respecta a la protección de las mujeres en el sistema universal, en diciembre de 1979 se firmó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que fue firmado por el Perú el 23 de julio de 1981, Y ratificado el 13 de setiembre de 1982. En noviembre de 1967 se proclamó la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que en su primer artículo señala que la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana.

En cuanto a la protección de las mujeres en el sistema interamericano, el 2 de mayo de 1948 se adoptó la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, la que en su artículo 1 señala que los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre. En junio de 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem Do Para", la que fue suscrita por el Perú el 12 de julio de 1994 y ratificada el 4 de junio de 1996.

.e5 DOCTRINA

CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos*, en: *Revista del Notariado*. Año LXXVI. NQ 730, julio-agosto. Buenos Aires, 1973, págs. 1299-1394; FALCON O'NEILL, Lidia. *Historia de los derechos de las mujeres. La construcción del sujeto político*, en: *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones*. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 1998, págs. 13-55; PEREZ TREMPZ, Pablo. *Constitución y derechos de la mujer*, en: *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones*. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 1998, págs. 57-76.

IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

CONCORDANCIAS:

C.
C.C.

arto 2 incs. 1) Y7)
arts. 1,6,9, 12,2114

JJJJ Comentario

Juan Espinoza Espinoza

Suele haber confusión en diferenciar los conceptos de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de las personas. Cuando se hace referencia a los derechos humanos, "se trata de los derechos cuyo fundamento reside en la propia naturaleza del ser humano, del mínimo indispensable de libertades sin las cuales es imposible atribuir una específica dignidad social a nadie" (LÓPEZ-MEDEL y BASCONES). Los derechos humanos y los derechos fundamentales son entendidos como sinónimos, salvo para la doctrina española que considera que los derechos fundamentales son aquellos regulados por la Constitución. Clásicamente, los derechos humanos han sido clasificados en derechos políticos y civiles y por otro lado, en económicos, sociales y culturales. Los derechos de las personas se refieren al conjunto de situaciones jurídicas existenciales que forman parte, aliado de las patrimoniales, de los derechos civiles. Por ello, entre los derechos humanos y los derechos de las personas existe una relación de género a especie. En efecto, para los consti

tucionalistas el Derecho Civil hace una suerte de reglamentación *infraconstitucional* de los derechos humanos. Evidentemente, existe un fenómeno de retroalimentación entre ambos.

A nivel doctrina, tenemos por un lado que se le da una pluralidad de fundamentos a los derechos de la persona y, por otro, solo se admite como fundamentos de los mismos la realización del proyecto vital del hombre como ser ontológicamente libre. Entre los monistas y los pluralistas, prefiero asumir una posición intermedia, en la cual se distingue dos niveles: el primero es el axiológico y en éste, considero que existe un solo fundamento que reside en la realización del proyecto vital de existencia del ser humano. El segundo nivel es el normativo y dentro de este entiendo que no se puede hablar de un solo derecho de la persona, sino de una pluralidad, porque resul

ta obvio que el ordenamiento jurídico reconoce y va reconociendo, diversos derechos (en el mismo sentido, también FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Los derechos de las personas podrían ser clasificados de la siguiente manera:

1) Derechos psicosomáticos

1.1 Derecho a la vida

1.2 Derecho a la integridad

1.3 Derecho a disponer del propio cuerpo

1.3.1. Derecho a disponer de las partes separadas del cuerpo.

1.3.2. Derecho a disponer del cadáver.

2) Derechos tutelares del desenvolvimiento de la persona en cuanto tal

2.1 Derecho a la libertad

2.2 Derecho a la identidad

2.3 Derecho al honor

2.4 Derecho al secreto, reserva o vida privada

2.5 Derecho a la imagen y a la voz

3) Derechos personales o morales de autor.

3.1 Derecho al inédito

3.2 Derecho a la paternidad de la obra

3.3 Derecho a la integridad de la obra

3.4 Derecho a la retractación y arrepentimiento

Las notas características de los derechos de la persona son las siguientes:

- a) Son derechos originarios o innatos, es decir, inherentes al ser humano, incluso antes de nacer; una vez nacido, individualmente considerado, o también agrupado con otros seres humanos en búsqueda de un fin valioso, cumpliendo, o no, con la formalidad de inscribirse en el Registro.
- b) Son derechos únicos, por cuanto no es admisible la pluralidad del mismo atributo a un mismo sujeto de derecho.
- c) Son derechos absolutos, o sea que pueden hacerse valer ante toda la colectividad, sin más restricción que el interés social. En doctrina esta característica es conocida con el nombre de *erga omnes*.
- d) Son derechos extrapatrimoniales, por cuanto es imposible avaluarlos en metálico, ya que el valor de la persona humana es incuantificable. Ello no implica, como se verá más adelante, que si se lesionan uno de los derechos de la persona, el sujeto dañado no tenga derecho a una indemnización.
- e)'-Son irreductibles; -ceñido a que lavo/untad pfivada Ae-pUBde crearlos, ni regular los, ni modificarlos, ni extinguirlos, salvo ciertas restricciones autorizadas por ley.

f) Son imprescriptibles, lo cual quiere decir que el transcurso del tiempo no produce la extinción de la acción que corresponde al mismo derecho. Paralelamente, no están sujetos a plazo de caducidad, ya que el derecho mismo de la persona no es susceptible de extinguirse, sino por la muerte de ésta.

El derecho a la vida es la piedra angular de donde emergen todos los derechos inherentes de la persona humana. Se advierte que el derecho a la vida no se traduce solo en impedir que los demás atenten contra el individuo, concebirlo así sería mutilar su exacta dimensión por cuanto debe ser entendido como un derecho a vivir de tal manera que el ser humano pueda realizar su proyecto vital, es decir, se requieren *condiciones* de vida (QUISPE CORREA, SÁENZ DÁVALOS). Para que sea efectivo el derecho a la vida, es imperativa su protección. El ordenamiento jurídico, a través de todas sus ramas, tutela este derecho, según la naturaleza de cada derecho sustantivo.

Con acierto se advierte que "el derecho a la vida, como cualquier otro derecho humano, no es un derecho absoluto o ilimitado; puede sufrir restricciones al colisionar o entrar en conflicto con otros derechos. Esto puede ocurrir en determinadas circunstancias 'límite'. En tales circunstancias corresponde al legislador establecer cuáles serán los derechos que deben prevalecer. Los límites que el sistema jurídico ha recogido con relación al derecho a la vida de las personas, son la pena de muerte, la legítima defensa y el estado de necesidad; en el caso del derecho a la vida del concebido, el límite es el aborto" (ROSAS BALLINAS y VARGAS CUNO). En efecto, la concepción, el nacimiento y la muerte han sido justamente denominadas "fronteras extremas de la vida" (RODO Á.). Dichas fronteras, a diferencia de las geopolíticas, se encuentran en constante delimitación. Es por ello que requieren de un estudio detenido situaciones tales como el aborto, la eutanasia, el suicidio y la pena de muerte frente a este derecho (FERNÁNDEZ SESSAREGO y ESPINOZA ESPINOZA).

Con respecto al **derecho a la integridad**, se debe abandonar la noción de integridad entendida como el derecho a no ser dañado y considerarla en un contexto más amplio, en el cual se le asocia a una característica consustancial a la persona individual (RIZZO). El hombre no debe ser solamente concebido como un ente "intocable", ésta sería una visión estática y reductiva, la "integridad" debe ser valorizada en referencia a dos aspectos del ser humano: el cuerpo y el espíritu inescindiblemente unidos. Es la persona entendida dinámicamente en la interacción *psiche* y *soma*, que se debe tutelar. Viene así en consideración, el hombre en cuanto tal: como "unidad" depositada de una especial dignidad. No debemos confundir la integridad misma (esencia unitaria de la naturaleza humana) con una consecuencia de su existencia: la prohibición de no violarla.

El derecho a la integridad y el '**derecho a la salud**', entendida esta última no solamente como el dato fáctico de no estar enfermo, sino como una situación de bienestar, constituyen ambos, dos aspectos, el primero estático y el segundo dinámico, de la misma realidad, cual es la inescindible unidad bio-psico-social en la que consiste es el ser humano. La Constitución de 1993, en su artículo 2, inc. 1, expresa que: "Toda persona tiene derecho... a su integridad moral, psíquica y física...". Llama po

derosamente la atención la expresión "integridad moral", la cual es entendida "como el aspecto estrictamente espiritual de cada ser humano en el que residen sus convicciones religiosas, filosóficas, morales, políticas, sociales, ideológicas, culturales. Es decir, todo aquello que lo hace un ser no solo físico, emotivo e intelectual, sino que le da el valor trascendente de ser humano ubicado de una determinada manera, establecido con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea. Varias de estas dimensiones del ser humano han sido protegidas con otros tantos derechos dentro mismo de la Constitución, (oo.). Por consiguiente, el derecho a la integridad moral permite defender a todos estos elementos (juntos y no por separado), desde el punto de vista jurídico-constitucional, de los ataques que se produzcan contra él" (RUBIO CORREA). En verdad, cuesta entender la pretendida autonomía conceptual de este derecho, cuando en verdad se está haciendo referencia al derecho a la identidad personal, o a la dignidad de la persona o a su honor y reputación. El hecho de defender estos derechos "juntos y no por separado" no hace que nazca otra situación jurídica existencia!. Curiosamente, al pretender individualizar tantas integridades (física y psíquica, las cuales comparto, aliado de la moral y como alguien ha sostenido, de la "integridad sexual"), se está fragmentando -paradójicamente- el derecho a la integridad del ser humano.

A propósito del derecho a la libertad, se afirma que "la libertad no resulta ser una 'facultad', una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener libertad sino 'el hombre es' libertad. Es albedrío. Y ésta es su situación ontológica en el Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino 'el ser mismo de su existencia", agregando que: "la libertad le ha sido 'impuesta' al hombre como 'su responsabilidad'. Por ser libre el hombre es responsable de su existencia y de la de los demás con quienes coexiste. Y la patencia, la revelación de la libertad como responsabilidad, se produce en la angustia" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Es por ello que se afirma que el binomio "libertad/responsabilidad" se va convirtiendo en un punto de referencia cada vez más importante en el ámbito de las relaciones interpersonales (RODOT A).

Para otro sector de la doctrina nacional "la libertad, tal como se la considera actualmente, es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley y la moral impongan. Evidentemente, no solo tiene que ser ejercitada dentro de los límites expresos de la ley. La historia jurídica de los dos últimos siglos ha mostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta social en los cuales se respete a los demás" (BERNALES BALLESTEROS).

Si entendemos a la libertad como el ser mismo del hombre, el derecho a la libertad consiste en aquella situación jurídica que surge debido a esa exigencia, en la cual el Derecho nos faculta y obliga a realizamos plenamente, sin interferir con los demás.

El derecho a la libertad puede ser entendido en un sentido genérico, como hace la Ley Fundamental de la República Alemana de 1949, c~itP artículo 2.1. establece que "todos tienen derecho ~llibre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral", la Constitución española de 1978, que establece en su artículo 10.1 que "la dignidad de

la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" y la Constitución peruana de 1993, que en su artículo 2.1. alude al derecho de toda persona "a su libre desarrollo y bienestar", entre otros dispositivos legales.

A nivel de Derecho Civil, el derecho a la libertad se refiere a la facultad que tiene todo sujeto de derecho, para crear, modificar o extinguir la vasta gama de actos jurídicos que forman parte del ordenamiento normativo, vale decir, contraer matrimonio, celebrar contratos, asociarse a una persona colectiva, entre otros; dentro de los límites de las mismas leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

En materia del **derecho al honor**, existe una clásica división entre honor objetivo y subjetivo. El honor objetivo, denominado también reputación, es la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un determinado sujeto, en otras palabras, representará para una persona su buen nombre y fama, de los que goza ante los demás. El honor subjetivo es la autovaloración o el sentimiento de aprecio que la persona tiene de sí misma, es decir, de su propia dignidad. Sin embargo, cabe hacernos una pregunta: si todos los hombres, por propia naturaleza somos iguales, ¿por qué se da la situación de que el honor en todas las personas no es el mismo? Ante esto se advierte que "el valor fundamental del que hay que partir en la indagación del concepto del honor, es el de dignidad de la persona humana. Conviene aclarar inmediatamente que de esta dignidad cabe hablar en un doble sentido: en un plano ontológico y en un plano moral. La dignidad ontológica corresponde a la persona por su condición universal de especie biológica singular. La dignidad moral se predica de la persona por su comportamiento individual, en la medida que tal conducta es ética" (SORIA). Por ello se encuentra dos niveles en el honor, vale decir, como "crédito moral", propio de la naturaleza humana, que es igual para todos, y el honor como "proyección de la virtud"; producto de la autoría personal de cada hombre individualmente considerado. Es debido a este último nivel que el honor, entre los distintos sujetos de derecho, es variado, por cuanto la biografía de cada ser humano es distinta a la de los demás.

Un sector de la doctrina italiana admite que si bien es cierto que existe, y es tutelado un honor o una reputación "mínimos", que es igual para todos, incluso en el contenido, y que es por consiguiente un bien tendencialmente igual para todos, no es menos cierto que cada individuo es portador de un honor y de una reputación que atiene a sus; específicas cualidades y capacidades (DE MARTINI).

El contenido del honor y de la reputación cambia así de individuo a individuo en función de la especificidad de cada uno, de su personalidad, de la condición en la cual versa, de sus cualidades personales, de los actos que cumple o ha cumplido.

Entre el honor "mínimo" (igual para todos) y el honor (o la reputación) "personal", resulta obvio que este segundo toca más de cerca la dignidad social de la persona y por ello, requiere una tutela más efectiva y energética. Coincido con quien afirma que "la igualdad no puede ser entendida como tendencial semejanza, sino como tutela paritaria de las diversas especificidades" (SANTORO). En este mismo sentido se

admite la dualidad de planos en los que se desenvuelven el honor y la reputación, "de los cuales el primero se refiere al mínimo ético común de toda persona y el segundo estaría en función de las cualidades morales, de las acciones, y de los méritos, del rango de cada sujeto" (GARUTTI).

Un sector de la doctrina argentina (CIFUENTES) observa que, en el Derecho Civil: "...los actos que por dolo o culpa signifiquen ofensas al honor, no pueden ser absueltos por la prueba de la llamada *exceptio veritatis*, o sea la demostración de la verdad de la culpa atribuida o del defecto difundido (...). En efecto, la sola injuria, que es un acto ofensivo directo (insulto; desprecio; golpe sin consecuencias en público; difusión de un defecto deshonroso), no puede ser disculpado aunque el ofensor demuestre que era cierto el acto, sea por merecido o por existir el defecto".

Debemos recordar, pues, que se debe tutelar el honor de una persona, aunque se trate de actos de los cuales efectivamente ésta sea su protagonista, por cuanto se merma su propia estima y la consideración que se le tiene en la sociedad, donde coexiste con los demás.

En nuestro Código Penal se tipifican como delitos la *injuría* (artículo 130), cuando se "ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho"; la *calumnia* (artículo 131), cuando se "atribuye falsamente a otro un delito" y la *difamación* (artículo 132), cuando "ante varias personas, reunidas O separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, (se) atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación". Solo para este último delito se contempla la *exceptio veritatis*, y por ende, la exención de ía pena (en íos supuestos que contempla el artículo 134).

Respecto a los demás derechos inherentes a la persona se ha expresado que "...constituye suficiente y clara consagración del derecho general de la personalidad la norma genérica y demás (derechos) inherentes a la persona humana" que se encuentra en el artículo 5, norma que de modo alguno autorizaría la exclusión de tipos o formas con nombre propio. En otras palabras, están contemplados en el Código TODOS los derechos "inherentes a la personalidad humana" (FUEYO LANERI). Autorizada doctrina nacional comentó que: "...puede aseverarse que, tanto el artículo 4 de la Constitución Política de 1979 (ahora el artículo 3 de la Constitución Política de 1993) como el artículo 5 del Código Civil peruano, pueden ser considerados como lo que en doctrina se conoce como 'cláusula general de tutela de la persona humana', apreciada como unidad psicosomática, no obstante las diversas manifestaciones de la personalidad dignas de protección normativa específica. En verdad, al tutelarse algunas de tales múltiples expresiones se está reconociendo el valor mismo de la persona humana como supremo bien del derecho" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, CÁRDENAS QUIRÓS).

En efecto, la legislación nacional, frente a aquellos cuerpos legales que regulan taxativa 1241y positivamente los derechos de la persona y ante aquellos otros ordenamientos jurídicos que, como la Constitución de la República Federal de Alemania, consagran soio un derecho general de la personalidad, ha adoptado una posición ecléctica~ la cual considero muy saludable, por cuanto ha alcanzado un justo equili

brio entre ambas actitudes, debido a que la cláusula general de los derechos de la persona cubrirá las eventuales omisiones o defectos de la amplia regulación de los derechos que prescribe, la cual nunca será suficiente, porque no agota la infinita variedad de manifestaciones propias de la conducta humana.

e5 DOCTRINA

QUISPE CORREA. *El derecho a la vida*, en *Dominical*. Lima, 17.11.85. 18; SÁENZ DÁVALOS. 'Tratamiento Constitucional de la vida', en *El Jurista*. 9/10. Lima. 1993; ROSAS BALLI NAS y VARGAS CUNO. *El derecho a la vida: una concepción desde la dignidad humana* en *Los derechos de la mujer*. Tomo 11. Comentarios Jurídicos. DEMUS. Lima, 1998; RODOTA. *Repertorio di fine secolo*. Sagitari Laterza. Roma, Bari. 1992 y *Tecnologie e diritti*, 11 Mulino. Bologna, 1995; RIZZO. *Atti di "disposizione" del carpa e tecniche legislative*, en *Rass. dir. civ.*, 1989; RUBIO CORREA. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 1. PUCP. Fondo Editorial. Lima, 1999; TELLO. *La integridad sexual: un componente del derecho a la integridad moral, física y psíquica*, en *Los derechos de la mujer*. Cil.; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho*. Librería Studium Ediciones. Lima, 1987; BERNALES BALLESTEROS. *La Constitución de 1993*. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Lima, 1996; QUEDENA ZAMBRANO. *El derecho a la libertad personal: declaración formal y realidad*, en *Los derechos de la mujer*, cil.; SORIA. *Derecho a la información y derecho a la honra*. ATE. Barcelona, 1981; DE MARTINI, *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en *L'informazione e i diritti della persona*, a cura de ALPA, BESSONE, BONESCHI y CAIAZZA; Centro di iniciativa giuridica Piero Calamandrei. Jovene. Napoli, 1983; GARUTTI. *11 diritto all'onore e la sua tutela civilistica*. CEDAM. Padova, 1985; CIFUENTES. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. Astrea. Buenos Aires, 1988; FUEYO LANERI. *Sobre el Derecho de la Persona. A propósito del nuevo Código de la República del Perú*, en *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco. Lima, 1986; FERNÁNDEZ SESSAREGO y CÁRDENAS QUIRÓS. *Estudio Preliminar Comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942*, en *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, cil.

PROHIBICIÓN DE ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

CONCORDANCIAS:

C.	<i>art5. 2 jnc. 1), 7</i>
<i>C.C.</i>	<i>art5. V. 5, 7, 12, 2114</i>
<i>LEY23415</i>	<i>arto 1 y 55.</i>
<i>LEY 24703</i>	<i>arto 1</i>
<i>LEY26454</i>	<i>arto 1 y 55.</i>
<i>LEY26626</i>	<i>art.4</i>
<i>LEY26842</i>	<i>art.8</i>
<i>LEY27282</i>	<i>art5. 8, 11</i>
<i>D.S.14-88-SA</i>	<i>arto 1 y 55.</i>
<i>D.S.03-95-SA</i>	<i>arto 1 y 55.</i>

Comentario

Clara Mosquera Vásquez

Este artículo se refiere a la protección del cuerpo y a la cesión de órganos, temas que no fueron considerados por los legisladores del Código Civil de 1936. Básicamente este artículo busca la protección de la integridad física de la persona, es por eso que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente del mismo o en todo caso cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Está inspirado el presente artículo en el artículo 5 del Código Civil italiano, el que tiene como antecedente histórico un caso acontecido en Nápoles en 1930, cuando Vittorio La pegna, un brasileño de edad madura, se sometió a un injerto Woronoff, ofreciéndose como cedente, a cambio de diez mil liras, el joven italiano Paolo Salvattori. La operación fue realizada en forma exitosa por el profesor Jannelli. Posteriormente, el procurador del Rey promovió acción penal contra los médicos tratantes y La Pegna por delito de lesión voluntaria en agravio de Salvattori. En 1931 el Tribunal de Nápoles absolvió a los imputados al considerar que el hecho denunciado no era delito pues la lesión causada era levísima y no se había comprobado la presencia de dolo en los mismos. La Corte de Apelación de Nápoles, haciendo consideraciones

sobre el testículo sobreviviente, reconoció el derecho de Salvattori de disponer de su propio cuerpo, teniendo en cuenta además que la extracción efectuada no había ocasionado ninguna disminución grave. Finalmente la Corte de Casación consideró que no era relevante el hecho que el cedente haya recibido una retribución económica, y que además la ablación no había limitado el vigor del cuerpo ni la función sexual ni generativa del cedente y que por el contrario había reforzado la función genérica y el organismo del receptor (ESPINOZA).

Se pueden distinguir varias clases de transplantes (BLÁSQUEZ):

- Transplante autoplástico: llamado también autotrasplante o autoinjerto, se trata de transplantes dentro del mismo cuerpo o traslado de tejidos de un lugar a otro dentro del mismo organismo. En este caso el mismo organismo es cedente y receptor, por ejemplo, cuando se injertan células suprarrenales en el propio cerebro del paciente para enfrentar el Parkinson;
- Heteroplástico aloplástico: se da cuando el donante es un animal y el receptor una persona, por ejemplo, cuando se usan válvulas biológicas de cerdo en las operaciones de corazón. Un caso muy sonado fue el acontecido en 1984, cuando una niña llamada Fae, quien nació con el corazón atrofiado, recibió el corazón de un mandril, pero su débil organismo rechazó el transplante y la niña murió al poco tiempo;
- Homoplástico de vivo a vivo: es el transplante de tejidos y órganos de un organismo humano vivo a otro organismo humano vivo. Este es el caso de las transfusiones de sangre;
- Homoplástico de muerto a vivo: es el transplante de tejidos y órganos de un cadáver a un organismo humano vivo; aquí de lo que se trata es de usar el cadáver humano como material de repuesto biológico.

Un comentario aparte merece el uso de órganos de fetos anencefálicos. La anencefalía es una anomalía congénita que ocasiona que la mayor parte del cerebro y el cráneo no se llegan a desarrollar durante la vida fetal, así, luego del nacimiento los bebés viven algunas horas o a lo mucho algunos días. Tan solo en Estados Unidos, cada año nacen 2000 niños anencefálicos. Consideramos que al nacer esos niños merecen el mismo respeto que cualquier otro niño sano, y por lo mismo no deben ser usados como si se tratases de repuestos orgánicos, sino que por el contrario debe respetarse su corto período de vida al máximo.

Si bien el artículo bajo comentario busca proteger el cuerpo de la persona, ella también es libre de disponer de las partes de su cuerpo que al ser separadas no ocasionen una disminución permanente de su integridad física, es decir, puede ceder las partes, sustancias o tejidos que se regeneran solo en la medida que no perjudiquen gravemente su salud o pongan en peligro su vida. Un claro ejemplo de esto es el caso de la cesión de sangre, cuya frecuencia, según el artículo 8 de la Ley NQ 27282, Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos, varía según el sexo, siendo en el caso de los varones de cuatro veces al año y en el de las mujeres tres veces al año, como máximo.

Además este artículo señala que también son válidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, siempre que exista un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios. Un ejemplo clásico de una situación donde existe un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico es el caso de la amputación de un miembro que corre el riesgo de gangrenarse, aquí de lo que se trata es de salvar un bien superior que es la vida humana. Así, cabe sacrificar una parte del cuerpo para salvar la vida de la persona, esto es conocido por los moralistas como el principio de totalidad, el cual fue formulado por el Papa Pío XII: "La parte existe para el todo, y que por consiguiente, el bien de la parte queda subordinado al bien del conjunto; que el todo es determinante para la parte y puede disponer de ésta en su beneficio" (DURAND). Para evitar excesos en la aplicación de este principio los moralistas católicos clásicos señalan dos limitaciones:

- Debe tratarse de un todo orgánico, siendo el todo la persona humana.
- Debe existir un nexo de necesidad o al menos uno de utilidad real entre el acto mutilador y la salud esperada.

Del mismo modo, una persona con plena conciencia, llevada por motivos humanitarios puede ceder parte de su cuerpo para salvar la vida ajena. Estos actos de disposición deben ser a título gratuito, es decir, deben estar desprovistos de onerosidad, pues la naturaleza del ser humano impide que sus órganos, tejidos y sustancias tengan valor económico. Si bien existe un deber general de ayudar a nuestros semejantes, este tipo de actos están reservados para los adultos que no adolecen de incapacidad, los que a su vez tienen que estar informados del procedimiento y riesgos y además tienen que dar su consentimiento en forma expresa y escrita, conforme lo dispone el artículo 8 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

En este mismo sentido el artículo 11 de la Ley N° 27282 señala como requisitos para ser cedente de órganos y tejidos:

- Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años.
- Otorgar su consentimiento en forma expresa, libre e informada.

En el caso de la cesión de sangre y componentes sanguíneos, el artículo 7 señala como requisitos:

- Ser mayor de 18 años y menor de cincuenta y cinco. Los mayores de cincuenta y cinco pueden dar sangre previa autorización expresa del médico responsable del banco de sangre.
- Gozar de plenas facultades físicas y mentales.
- Otorgar el consentimiento en forma expresa, libre e informada.
- Cumplir con los exámenes establecidos.

Como se puede apreciar, toda cesión de órganos y/o tejidos debe ser libre. El principio de la libertad en la cesión de órganos fue puesto a prueba y mantenido por la Allegheny Common Pleas Court en un caso muy comentado. Robert McFall, de 39 años, tenía solo un 25% de probabilidades de vivir si no se sometía a un trasplante

de médula ósea, el tratamiento con drogas era posible pero no recomendable, y de someterse al transplante sus probabilidades de sobrevivencia aumentarían al 60%. Ninguno de los parientes ni voluntarios era compatible, por lo que McFall demandó a su primo David Shimp para obligarlo a cederle médula ósea si las pruebas arrojaban que era compatible biológicamente. La primera prueba indicaba que los primos eran compatibles pero Shimp se negó a someterse a más pruebas. Se argumentó que la médula ósea se regenera y que Shimp no sufriría ningún detrimiento en su salud, pero la toma de la médula del hueso de la pelvis implicaba entre 100 a 150 pinchazos para extraer la médula necesaria, así que para evitar el dolor se aseguró que se sometería a Shimp a anestesia general, pero éste se negó con la esperanza de que su primo supere su dolencia con otro método. El juez de la causa, John P. Flaherty, apoyó el rechazo de Shimp aduciendo que la extracción de un tejido orgánico a la fuerza anularía la honestidad del individuo (VARGA).

Volviendo al artículo bajo comentario, éste también impide que mediante la disposición del propio cuerpo se actúe de alguna manera contra el orden público o las buenas costumbres, lo que sería el caso de la prostitución y el exhibicionismo pornográfico (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El artículo 6 está además en concordancia con el primer párrafo del artículo 8 de la Ley NQ 26842, Ley General de Salud, que reconoce a toda persona el derecho de recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres o animales para conservar su vida o recuperar su salud; asimismo, puede disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, injerto o transfusión, siempre que ello no ocasione grave perjuicio a su salud o comprometa su vida.

Cabe señalar que este artículo presenta un vacío: no trata lo referente a la cesión de óvulos o de semen para su uso en técnicas de reproducción asistida. Una cesión de material reproductivo no implica la disminución de la integridad física, pues al igual que la sangre son elementos regenerables. El problema sobre todo es moral, aunque no deja de tener sus implicancias jurídicas cuando se habla del comercio de los mismos. Incluso algunos autores señalan que hay vida mucho antes de la formación del embrión o de la fecundación: hay vida en los gametos, hay vida en cada célula (DURAND).

~ DOCTRINA

BLÁZQUEZ, Niceto. *Bioética. La nueva ciencia de la vida.* Biblioteca de Autores Cristianos.

- ~ Madrid, 2000; DURAND, Guy. *La Bioética.* Desclée de Brouwer S.A. Bilbao, 1992; ESPINOZA ESPINOZA. Juan. *Ensayos sobre Teoría General del Derecho y los derechos de las personas.* Ed. Huallaga. Lima, octubre de 1996; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas.* Librería Studium Editores. Lima, 1986; VARGA, Andrew. *La Bioética. Principales problemas.* San Pablo. 4^{ta} edición. Santafé de Bogotá, 1998.

LIMITACIONES A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS y TEJIDOS

La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

CONCORDANCIAS:

<i>c.</i>	<i>arts. 2 i nc. 1), 7</i>
<i>C.c. art.6</i>	
<i>LEY23415</i>	<i>art. 1 y ss.</i>
<i>LEY24703</i>	<i>art. 1</i>
<i>LEY26454</i>	<i>art. 1 y ss.</i>
<i>LEY26842</i>	<i>art. 8</i>
<i>LEY27282</i>	<i>art. 3</i>
<i>D.S.14-88-SA</i>	<i>arts. 4, 9, 10, 15, 16, 17, 35 D.S.</i>
<i>03-95-SA</i>	<i>art. 1 y ss.</i>

Comentario

Clara Mosquera Vásquez

Este artículo no tiene antecedentes en el Código Civil de 1936 habida cuenta de que es recién a comienzos del siglo XX que se comienza a experimentar en trasplantes de órganos. Los primeros trasplantes de órganos no tuvieron éxito en un inicio, pues los organismos receptores rechazaban los órganos transplantados debido a factores genéticos. Al solucionarse este problema los trasplantes de órganos se difundieron, y hoy en día es posible realizar trasplantes de corazones, riñones, córneas, ovarios, médula ósea, entre otros órganos y tejidos. Incluso actualmente se realizan trasplantes de córneas obtenidas mediante la clonación de células madre de los propios órganos de los pacientes.

Los primeros trasplantes que se hicieron en el mundo fueron los de córnea en 1905, pero recién en 1940 se aceptan como operaciones de rutina. Los injertos de piel se empiezan a realizar a finales de los años 20; el primer trasplante de riñón se realizó en Boston en 1951. Los trasplantes de páncreas se realizan desde 1966; y en 1967 se realizó el primer trasplante de corazón.

Nuestro país no ha sido ajeno al desarrollo médico en este campo. Así, el primer trasplante de riñón se realizó en 1969, de corazón en 1972 y de córnea en 1978. En 1994 se realizó el primer trasplante de médula ósea y en el 2000 se realizó el primer trasplante de hígado. A setiembre del año 2000 en el país se habían realizado 1361 trasplantes de riñón, 23 de corazón, 704 de córnea, 127 de médula ósea. y 4 de hígado (El Comercio, Lima, 28 de setiembre del 2000, p.B13).

VARGA distingue tres clases de trasplantes:

- a) El autoinjerto: es el trasplante de un órgano en el mismo individuo, como por ejemplo el trasplante de piel o hueso.
- b) El homoinjerto: o trasplante de un órgano de un individuo a otro de la misma especie, por ejemplo de un Individuo a otro.
- c) El heteroinjerto: es el trasplante de órganos entre individuos de diferente especie, por ejemplo de animales a hombres.

Dependiendo del abastecedor de órganos (persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales) y de las características del abastecimiento de órganos GARZÓN distingue ocho casos de trasplantes de órganos:

1. El del abastecedor generoso.
2. El del abastecedor mercantil.
3. El del abastecedor obligado no indemnizado.
4. El del abastecedor obligado indemnizado.
5. El del difunto generoso con la sociedad.
6. El del difunto generoso con sus herederos.
7. El del difunto socializado sin indemnización (para sus herederos).
8. El del difunto socializado con indemnización (para sus herederos).

La primera objeción que se puede hacer al artículo bajo comentario es el uso de la palabra donación para referirse a los trasplantes de órganos. La palabra donación implica la realización de un contrato por el cual se transfiere a título gratuito la propiedad de un bien, el cual es valorizable en dinero, es decir, que está dentro del comercio, se puede comprar y vender, contratar sobre él. Pero cuando nos referimos al cuerpo humano no podemos atribuirle un sentido patrimonial pues el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y por tanto no es valorizable en dinero, así por ejemplo, no podemos hablar del precio de un corazón humano, ni de una córnea humana, por más que actualmente se puedan encontrar anuncios en los diarios en el que se ofrecen riñones (Diario El Comercio, Lima 29 de abril del 2001 , p. G27).

Dar un valor económico al cuerpo humano es desnaturalizar la propia esencia humana, sería denigrar al ser humano pues de ser un fin en sí mismo pasaría a ser un medio para lograr otros fines, en este caso, para obtener beneficios económicos a cambio del comercio de órganos. El ser humano no tiene ningún derecho de propiedad sobre su cuerpo, el derecho de propiedad solo se ejerce sobre las cosas que están en la Tierra y que sirven al hombre para su hacer más fácil su existencia, atribuirle la calidad de propiedad a una persona equivale a tratarla como una cosa.

" Es por ello que nuestros legisladores han creído conveniente hablar de dispositivos gratuitos de partes del cuerpo y de ablación cuando se refieren al tema de los trasplantes de órganos en el Proyecto de Modificación del Código Civil, pues dichos términos no implican ningún sentido patrimonial al tema.

El trasplante de órganos o tejidos que no se regeneren no debe perjudicar la salud o reducir el tiempo de vida del dador. El principio de totalidad establece que un órgano enfermo puede amputarse o extraerse por el bien de todo el organismo, pero no

es lícito extraer órganos sanos pues ello debilitaría la salud de la persona; pero apelando a que el hombre es un ser racional y social puede interpretarse el principio de totalidad de acuerdo al carácter humano del hombre, así mientras no exponga su vida o su salud puede ayudar a otros hombres brindando sus órganos o tejidos para salvar la vida de los beneficiarios, prolongar su existencia o mejorar su calidad de vida.

El consentimiento del dador de órganos y tejidos debe ser expreso y escrito. Esta exigencia concuerda con el principio bioético de autonomía que exige que todo ser humano dé su consentimiento previo a cualquier tratamiento médico o experimento que se realice en su organismo. Este consentimiento debe cumplir con dos requisitos: ser libre y bien informado, pues de lo contrario sería un simulacro (DURAND). La información debe referirse a la naturaleza del acto, sus consecuencias y riesgos, y debe comunicarse en un lenguaje accesible y comprensible para el sujeto. El consentimiento además debe ser libre, sin coacción ni fraude.

Los trasplantes de órganos también son regulados por la Ley NQ 26842, Ley General de Salud, del 20 de julio de 1997 y por la Ley NQ 27282, Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos del 8 de junio del 2000.

Al respecto, la primera en su artículo 8 permite que toda persona pueda disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos siempre que no se perjudique su salud o se comprometa su vida. Esta disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del dador.

La Ley NQ 27282, en su artículo 3, señala que la dación de órganos y tejidos está sujeta al consentimiento libre, informado y expreso del dador. En cuanto a los incapaces, sus representantes carecen de facultad para comprometer en vida los órganos y tejidos de sus representados, salvo los incapaces comprendidos en los artículos 43 inciso 1) y 44 inciso 1) del Código Civil, cuando tanto tengan con el receptor vínculos de parentesco consanguíneo en línea recta o colateral hasta el segundo grado.

El principal problema que afronta el tema del trasplante de órganos en nuestro país es la escasez de órganos debido principalmente a la falta de solidaridad existente, pues la mayoría de veces los deudos prefieren enterrar a sus muertos sin que se permita se les extraigan sus órganos; ello por prejuicios y motivos religiosos. "

En el caso de las transfusiones de sangre -salvo por algunos grupos religiosos, como los Testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusiones de sangre por motivos de su fe- ésta es una práctica muy difundida y aceptada en todo el mundo, pues la sangre se regenera y las transfusiones no representan peligro alguno.

~ DOCTRINA

1321

DURAN O, Guy. *La Bioética*. Desclée de Brouwer S.A. Bilbao, 1992; GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos*, en: VÁZQUEZ, Rodolfo (compilador), *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica. 11^a edición. México D.F., 1999. Págs. 214-253; VARGA, Andrew. *La Bioética. Principales problemas*. San Pablo. 4^a edición. Santafé de Bogotá, 1998.

DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO DESPUÉS DE LA MUERTE

Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.

La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos que no persigan fines de lucro.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 10, 13, 686, 1622
LEY23415 art.4
LEY24703 arto 1
D.5.14-88-5A arts.3, 4, 19,22,32,34

Jl:n Comentario

Luz Monge Talavera

El artículo 8 del Código Civil consagra la facultad de la persona de disponer de su cuerpo para que sea utilizado después de su muerte. Se reconoce así, aliado de la institución del testamento, otro aspecto del "poder de la voluntad humana más allá de la muerte" (J. CARBONNIER).

La persona, al igual que dispone de sus bienes patrimoniales para el momento que no será más de este mundo, puede también decidir voluntariamente el destino final de ese objeto sui géneris que será su cuerpo sin vida. Esta facultad comprende no solamente la libertad de decidir las condiciones de sus funerales, ya sea que sus restos sean objeto de inhumación o cremación (artículo 13 C.C.), sino también la libertad de donar su cuerpo a la ciencia. El derecho de disponer de su propio cadáver podría entenderse como un derecho de la personalidad que se prolonga más allá de ese acontecimiento cierto pero de fecha imprevisible que es la muerte.

Pero el poder reconocido a la voluntad humana no es absoluto ni omnipotente. En razón del respeto debido a la memoria de la persona, al dolor de sus próximos y, evidentemente, a consideraciones de seguridad y orden público, la ley impone ciertos límites. La validez y eficacia de la cesión póstuma del cuerpo están subordinadas a tres condiciones de carácter general.

En primer lugar, el carácter altruista de la cesión. La disposición *post mortem* del

~ ~ ~ .

cuerpo solo puede fundarse en un gesto desinteresado o filantrópico: el principio es la gratuidad. Esta condición aparece como la prolongación natural del carácter no patrimonial del cuerpo de la persona. El cuerpo humano es inalienable; en vida o después de su muerte no puede ser objeto de un derecho patrimonial. En efecto, el artículo 3 del Reglamento de la Ley NQ 23415 -Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos, modificada por la Ley NQ 24703- D.S. NQ 014-88-SA, ratifica el principio declarando nula toda cesión de órganos o tejidos para transplantes o injertos, entre seres vivos o procedentes de un cadáver, realizados en forma onerosa o bajo modalidades encubiertas de compensaciones, ventajas, beneficios de orden pecuniario, económico u otras compensaciones de similar naturaleza.

La exigencia de la dimensión altruista de la disposición del cuerpo sin vida tiene un valor simbólico esencial que se explica en razón del origen humano de los restos mortales. El legislador tiende así a remarcar que el reconocimiento de la facultad de disponer del cadáver no implica la atribución de un derecho de propiedad. Evidentemente, el derecho de propiedad supone la posibilidad real de alienar la cosa.

En segundo lugar, la ley establece que la disposición del cadáver debe obedecer a una finalidad de interés social o para la prolongación de la vida humana. Se consagra así, implícitamente, el derecho de la sociedad a utilizar el cadáver en beneficio del interés colectivo.

Una vez constatada la muerte, a partir de la comprobación de la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral de acuerdo con las exigencias establecidas en el artículo 25 del referido Reglamento, el cadáver puede destinarse -en cumplimiento de la voluntad expresada en vida por el *de cuius-* a una finalidad de interés social, es decir, a fines científicos (de investigación o enseñanza de las ciencias médicas) o para la prolongación de la vida humana, es decir, para fines terapéuticos (extracción de órganos o tejidos para transplantes). En suma, el acto de disposición del cuerpo sin vida debe ser motivado esencialmente y exclusivamente por el deber de solidaridad social. Como lo afirma el ponente del Libro Primero, "la disposición se inspira en el carácter solidario y humanitario de tal cesión" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, p. 64).

El interés subyacente es favorecer el desarrollo de los transplantes de órganos a partir del aumento de la disponibilidad de órganos humanos con la finalidad de preservar la salud pública. La protección del derecho a la vida justifica, de alguna manera, la utilización del cuerpo que la vida ha abandonado.

En tercer lugar, la ley señala quiénes pueden ser beneficiarios del acto de disposición y establece que éste solo puede favorecer a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos sin fines de lucro.

La ley establece que el imperativo de la gratuidad se impone a la persona que dispone de su cuerpo para después de su muerte, así como también a la entidad beneficiaria de la disposición. La exigencia del carácter altruista de la cesión y la ausencia de finalidad lucrativa de la utilización aparecen como los dos vasos comunicantes destinados a evitar toda comercialización de los restos mortales. La ley excluye las convenciones que tengan por objeto conferir al cuerpo sin vida un valor pecu

niario. La exclusión del intercambio mercantil resulta de la calificación negativa del cadáver: no es una cosa cualquiera que pueda ser objeto de lucro. Es un objeto sui géneris "digno de respeto y de piedad" (artículo 22, Reglamento de la Ley N° 23415 -Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos, modificada por la Ley N° 24703- D.S. N° 014-88-SA).

Cabe advertir, sin embargo, que la prohibición del carácter oneroso de la cesión de órganos o tejidos para transplantes o injertos, entre seres vivos o procedentes de un cadáver, no está acompañada de la correspondiente sanción penal en caso de transgresión. En la realidad, la eficacia de la disposición legal despierta ciertamente graves interrogantes.

Con la finalidad de garantizar el respeto de la ley que rige los transplantes de órganos y tejidos, entre seres vivos o procedentes de cadáveres, parece necesaria la consagración de un conjunto de sanciones penales específicas. Sería conveniente contemplar en el Código Penal sanciones destinadas, por ejemplo, a reprimir los atentados a la gratuidad y al tráfico de órganos humanos. La represión debería estar dirigida a condenar a todos aquellos que obtienen órganos a título oneroso y a aquellos que ofrecen su mediación para favorecer la obtención o la cesión de esos órganos. Paralelamente a las penas de prisión y de multa, sería conveniente prever penas complementarias como la prohibición de ejercer actividad profesional en el ejercicio de la cual la infracción ha sido cometida. El interés es evitar que el cuerpo humano sea reducido a la calidad de objeto susceptible de intercambios mercantiles.

Por otra parte, la ley no precisa la forma que debe revestir el acto de disposición del cuerpo sin vida. Es dable suponer que, tratándose de la cesión del cadáver para fines científicos (de investigación o enseñanza de las ciencias médicas), la declaración de la persona debe ser expresa, otorgada por escrito, firmada de su puño y letra. Aquí, la familia no puede suplir la ausencia de consentimiento.

Contrariamente, en lo que se refiere a la finalidad terapéutica, la extracción póstuma de órganos humanos se rige por el sistema de la voluntad presunta. En efecto, el consentimiento para la ablación de órganos *post mortem* con fines de prolongación de la vida humana, se presume en el caso de que la persona no haya manifestado en vida su oposición y haya dejado constancia de ello en el Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos.

. Conviene precisar que el Reglamento de la Ley N° 23415 -Ley de Transplantes de Órganos y Tejidos, modificada por la Ley N° 24703- D.S. N° 014-88-SA, artículos 32 y 34, distingue los casos en que la muerte sobreviene en forma violenta, vale decir como consecuencia de accidentes, complicaciones cardiovasculares, traumatismos encéfalocraneanos, etc., cualquiera sea la causa de aquella muerte que se produce luego de que la persona ha recibido un tratamiento médico en un establecimiento de salud.

En la primera hipótesis, si la persona no ha manifestado en vida su oposición, la ley presume la existencia de una voluntad favorable para la ablación de sus órganos, sin que para tal efecto se requiera la autorización de los familiares. En la segunda hipótesis, no habiéndose producido tal declaración de voluntad, la ley reconoce a los familiares, por excepción, la facultad de interpretar la voluntad de la persona y, en

consecuencia, oponerse o autorizar la extracción de órganos o tejidos del fallecido. Observemos que el rol de los familiares se limita a rendir testimonio de la voluntad altruista de la persona en vida (artículo 10 C.C.).

~ DOCTRINA

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil, Les personnes*, Presses Universitaires de France. Collection Thémis. 20^e edición. París, 1996; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro I del Código Civil Peruano*. 7^a edición. Grijley.2000.

REVOCACIÓN DEL ACTO DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

■ ARTÍCULO 9

Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6.

Es también revocable el acto por el cual la persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.

La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna.

LEY23415	art. 1 y ss.
LEY24703	art. 1
LEY26842	arts. 8, 16 (ne. h), 110
LEY27282	arts. 3, 4
05. 14-88-5A	arto 19

JJJJ Comentario

Ronald Cárdenas Krenz

Toda persona que dispone de todo o parte de su cuerpo tiene pleno derecho a revocar su decisión antes de que se consume el hecho, sin necesidad de expresión de causa específica ni obligación de pagar indemnización alguna.

Al respecto, el artículo 19 del D.S. NQ 014-88-SA de 31/05/98, dispone que: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil, el acto de cesión o disposición de un órgano o tejidos es revocable hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica. El donante no tiene derecho al ejercicio de ninguna acción ni podrá reclamar indemnización de parte del receptor". Respecto al tema del trasplante de órganos en general, véase también la Ley NQ23415 (01.06.82), la Ley NQ24703 (19.07.87), la Ley NQ 27282 (08.06.2000) Y la Ley NQ 26842 (09.07.97), Ley General de Salud.

El fundamento de este derecho, de indiscutible justicia, reposa en que la cesión de órganos constituye un acto de liberalidad (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1998: 65) y porque se pretende siempre salvaguardar la salud integral del donante (RUBIO, 1995:74), a lo que debe agregarse el principio de respeto a la autonomía del individuo respecto a un asunto tan personal como es la disposición del propio cuerpo. Aun si la disposición no se basara en un acto de generosidad y no afectara su salud, siempre el cedente podrá apelar al argumento de la autonomía personal para revocar su decisión.

El tema se vincula con el denominado *Derecho al consentimiento informado*, cuestión de urgente desarrollo y difusión en nuestro medio, frente al paternalismo, subestimación o indiferencia que no pocas veces caracteriza la relación médico-paciente y que, como señala Aleksandar PETROVICH (1997:37), tras un estudio sobre

su evolución en la jurisprudencia americana, es ya "un nuevo derecho que merece ser fundamental".

Como bien precisa el artículo 3 de la Ley NQ 27282: "La donación de órganos y tejidos está sujeta al consentimiento libre, informado y expreso del donante"; al respecto, es de mencionar también que el inciso h) del artículo 16 de la Ley NQ 26842, establece que toda persona tiene derecho: '*que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste*'.

Con relación al uso del vocablo "consentimiento" es interesante lo anotado por CÁRDENAS QUIRÓS (1994:35): "Resulta cuestionable hablar de la necesidad de la existencia de un "consentimiento" para la disposición de órganos (...). El consentimiento, entendido en un sentido técnico-jurídico, es elemento indispensable para la formación de un contrato y constituye el resultado de la integración de la oferta y la aceptación. En el caso de la disposición de órganos entre vivos para transplante, no hay tal consentimiento. Dador y beneficiario expresan cada uno su voluntad favorable en forma unilateral, separada y por escrito. Se presentan, pues, dos declaraciones de voluntad, que son diferentes e independientes" (1994: 35). Si bien en sentido estricto entonces, no sería exacto el término "consentimiento", creamos que es amparable su uso estimando la palabra en un sentido lato, siendo por lo demás un concepto que goza de cierta carta de ciudadanía.

En cuanto al término "donación de órganos", cabe observar que en ediciones oficiales del Código Civil, en el epígrafe de la norma bajo comentario, se consigna la frase "revocación de la donación del cuerpo humano", la misma que induce a error, toda vez que, como se sabe, en sentido estricto no cabe hablar de "donación" en tanto no estamos ante un contrato, al no existir una relación jurídica patrimonial; en tal virtud, el término más adecuado es el de "cesión". El mismo error reitera la Ley NQ 27282, denominada "Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos".

El artículo 4 de la referida ley establece que "rá decisión de donar órganos y tejidos puede ser revocada verbalmente por el donante o su representante hasta momentos previos al procedimiento médico establecido para la extracción correspondiente". Un detalle peculiar es que, en nuestro ordenamiento legal, por un lado se dice que dicha revocación puede hacerse "*antes de su consumación*" (Código Civil), "*hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica*" (D.S. NQ 014-88-SA) y "*hasta momentos previos al procedimiento médico*" (Ley NQ 27282). No está claro si detrás de estos distintos tenores existe alguna intención determinada, mas debe entenderse que, por su naturaleza misma, la revocación puede realizarse mientras no se haya *consumado* la operación; así, si iniciada ésta, se toma conocimiento de la revocación que hubiere expresado el cedente, ella deberá suspenderse de inmediato, salvo que se haya consumado la intervención.

Respecto al segundo párrafo de la norma, considerando que, aunque ilegalmente, muchos de estos actos de disposición se hacen a título oneroso, anota Mario CASTILLO FREYRE (1998:253) que en caso de que la persona se arrepienta, aun cuando no se trataría de una obligación civil y no cabría su ejecución forzosa ni resolverla en indemnización de daños y perjuicios, si el beneficiario hubiese efectuado algún pago a la otra parte "sería absurdo que el Derecho le niegue la posibilidad de reclamar su devolución. Y la acción correspondiente sería la derivada del enriquecimiento sii causa". - - - - - h

Sobre la posibilidad en general de que exista un elemento económico de por medio a favor del cedente, los juristas españoles Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN

manifiestan que "la prohibición de compensación económica (...) significa la prohibición de negocios a título oneroso teniendo por objeto órganos humanos. Pero nada impide que el receptor, si conoce al donante, le haga donación de algo. El agradecimiento y su expresión no puede nunca impedirse por ninguna ley, que sería en la práctica inoperante" (1990: 360), criterio que comparte CARDENAS QUIRÓS (1994: 37). Para una posición muy elaborada, favorable a la admisibilidad del abastecimiento voluntario de órganos en forma gratuita u onerosa, v. GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "Algunas consideraciones éticas sobre el transplante de órganos", en: VÁSQUEZ (1999: 214 y 8gS.). Por otro lado, como recuerda FROSINI (1997:175), existe también la posición doctrinaria de permitir el comercio de órganos según la naturaleza del mismo, confiando en que la libre competencia mantenga el precio bajo de tal modo que se evite la especulación.

Cabe señalar que la revocación constituye un acto jurídico unilateral, sin forma prescrita y de carácter personalísimo por su naturaleza. No obstante, el artículo 4 de la Ley NQ 27282 genera algunas dudas al prescribir que la revocación puede hacerla el donante o *su representante*, posibilidad que puede merecer diversas interpretaciones.

Por lo pronto, ¿se refiere a cualquier representante o a uno especialmente designado? Creemos que así como para disponer de los bienes de la persona se requiere de un poder especial, con más razón él ha de exigirse tratándose de un acto de disposición del propio cuerpo. Empero, debe analizarse también si en rigor se trataría de un representante en sentido estricto o de un nuncio; si fuera lo primero, se estaría aceptando que una persona pueda dejar librado a otra el destino de su cuerpo, lo que podría generar serios cuestionamientos éticos y jurídicos; más adecuado parece, por tanto, considerar la figura del nuncio.

Frente a la pregunta de si el representante podría ir inclusive en contra de la voluntad de su representado ya fallecido, revocando el consentimiento de éste, nos parece que no debería admitirse, pues atentaría contra la libertad y la voluntad del cedente. Sin embargo, el texto de la norma mencionada deja abierta -peligrosamente- esta última posibilidad. Tratándose de un nuncio, podría intervenir solo para coadyuvar al cumplimiento de la voluntad del cedente, mas nunca para ir en contra de ella.

Para una opinión crítica respecto a la posibilidad de que los familiares puedan revocar el consentimiento expresado en vida por el donante, atentando no solo contra la voluntad del donante, sino también contra el requerimiento urgente de donantes, v. El Peruano, edición del 04.08.00, pág. 16.

Finalmente, es importante mencionar que, de acuerdo al artículo 8 de la Ley General de Salud, para la disposición de órganos y tejidos de cadáveres debe estarse a lo declarado en el Documento Nacional de Identidad, "...salvo declaración posterior en contrario hecha en vida por el fallecido que conste de manera indubitable y los casos previstos en el artículo 110 de la presente ley. . .".

. A su vez, el artículo 110 de la Ley N°26842 dispone:""Eri-r6s casos"s.nque-por mandato de la ley deba hacerse la necropsia o cuando se proceda al embalsama

miento o cremación del cadáver se podrá realizar la ablación de órganos y tejidos con fines de transplante o injerto, sin requerirse para ello de autorización dada en vida por el fallecido o del consentimiento de sus familiares.

La disposición de órganos y tejidos de cadáveres para los fines previstos en la presente disposición se rige por esta ley, la ley de la materia y su reglamento".

Sobre este particular, es de señalar que la oportunidad del cambio de la Libreta Electoral al DNI pudo haber constituido una excelente ocasión para establecer la presunción favorable a la disposición (o la contraria), de modo que se ariote en dicho documento solo la oposición a la misma. Sin embargo, no fue concebido ello en dicho proceso, siendo lo peor que, en una gran cantidad de casos, ni siquiera se preguntó a los ciudadanos si querían o no donar sus órganos a su muerte. Resultado de ello es que en algunos DNIs figura expresamente la opinión favorable a la "Donación de Órganos", en otros la contraria y, en otros, finalmente, no dice nada, no habiendo posibilidad entonces de interpretar *a contrario sensu* dicho silencio ni en uno ni en otro sentido. Por lo demás, teniendo en cuenta que el artículo 8 de la Ley General de Salud dispone que "...en caso de muerte de una persona, sin que ésta haya expresado en vida su voluntad de donar sus órganos o tejidos, o su negativa de hacerla, corresponde a sus familiares más cercanos disponerlo...", queda claro que el legislador optó por no considerar como criterio general la presunción de la voluntad positiva, criterio con el que coincidimos, sin abundar en la materia por escapar ello a los alcances del presente comentario.

~ DOCTRINA

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo)*. Tomo 1. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994; CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*. Tomos 1-111. Pontificia Universidad Católica. Lima, 1998; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. 7~ edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 7~ ed. Grijley. Lima, 1998; FROSTINI, Vittorio. *Derechos Humanos y Bioética*. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1997; PETROVICH HURTADO, Aleksandar. *Derecho al consentimiento informado. Una historia jurisprudencial angloamericana*, en: *Revista Española del Daño Corporal*. Año 111. N2 5. Madrid, 1997; RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. XII. 2~ ed. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995; VÁSQUEZ, Rodolfo (compilador). *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica. México, 1999.

DISPOSICIÓN DEL CADÁVER POR ENTIDAD COMPETENTE

.ARI~fJL010~

El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, previo conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. No procede la disposición si existe oposición de éstos, manifestada dentro del plazo, circunstancias y responsabilidades que fija la ley de la materia.

Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts.8, 13
LEY23415	arts. 2, 3, 8
LEY 24703	arto 1
LEY26298	arto 27
LEY26842	arts.8, 110, 114
0.5. 14-88-SA	arto 1 y ss.

JJJJ Comentario

Enrique Varsi Rospigliosi

El cadáver (*caro data verminibus*, carne dada a los gusanos) tiene como destino normal y natural su descomposición y su regreso a la tierra (Génesis, 3:19), sin embargo puede tener un destino anormal establecido por ley (CIFUENTES) que es su utilización en la conservación de la salud, prolongación de la vida o el interés social, siendo sus fines solidarios y altruistas. De esta manera, se regula directamente el derecho de occisión social que está representado por los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver, es decir sobre el cuerpo muerto, sobre los restos mortales, partiendo siempre de la premisa de que, a pesar de que el cadáver no es un ser humano sino un resto físico de él, merece respeto y consideración exclusiva, ello en reconocimiento de la protección 'ultraexistencial' del sujeto de derecho (ESPINOZA ESPINOZA).

Dada su naturaleza jurídica, el cadáver es un objeto de derecho especial (resto cuasi sacro de la personalidad, GORDILLO CAÑAS) digno de la más amplia protección, respeto y piedad, asimismo está fuera del comercio de los hombres (*corpore humane es tres extra commerci mancipi*). Sin embargo, ello no le resta la calidad de poder ser un donante fallecido y que se utilice su cuerpo con fines beneficiosos. Éste es el sentir normativo sustentado tanto en el interés individual (cautela de los restos

mortales) como en el interés social (fin terapéutico o investigación) lo que en esencia determina las posibilidades altruistas, solidarias, generosas del ser humano en aquello que hace digna su existencia (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Cuanto nos referimos al fin terapéutico estamos hablando que el cadáver es apto para proveer de salud o para salvar una vida, no para crear una nueva restringiéndose la cesión de gametos post mórtum, pues es una técnica de reproducción con fines asistidos no naturales.

El artículo 10 plantea dos hipótesis legales claramente diferenciadas de este denominado, (también) derecho a determinar la destinación del cadáver (BRECCIA):

1. Utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos

El supuesto central de este artículo es que la persona no dispuso en vida de su cadáver, ni en sentido positivo ni en sentido negativo (RUBIO CORREA), de allí la posibilidad que el profesional de salud, en cuya custodia esté el cadáver, pueda disponer de manera gratuita y parcial de él para bien de otros, previo el consentimiento de sus familiares. Este supuesto está en perfecta concordancia con la Ley NQ 26842, Ley General de Salud (art. 8 *in fine*) en el sentido que, de morir una persona sin haber expresado su voluntad de ceder o no su cuerpo, corresponde a sus familiares dicha facultad (derecho de los familiares a disponer el cadáver de su difunto). Téngase presente que la facultad de disposición conferida es parcial, no total, pues se entiende que habría que dejar "algo" del cadáver para darle cristiana sepultura.

El consentimiento dado en vida por el fallecido así como la *pietas familiar* para la disposición cadavérica no siempre serán tomados en cuenta, prevaleciendo el interés de la colectividad, lo que implica una limitación al derecho subjetivo personal y familiar pertinente.

Es así que, en determinados casos la ley permite al profesional de salud la libre disposición cadavérica y estas excepciones se indican en la Ley General de Salud (artículo 110) Y son: en las necropsias de ley, embalsamamiento o cremación del cadáver y en los casos de accidentes en que la muerte se produce en un centro asistencial (artículo 8 de la Ley NQ 23415 modificado por la Ley NQ 24703 ley de la materia). Estas situaciones están subsumidas dentro de la denominada *tesis de la nacionalización o socialización del cadáver*, mediante la cual el Estado puede disponer libremente del cadáver de sus ciudadanos para salvar vidas. El Código Civil de Québec, en su capítulo IV del "Respeto al cuerpo después de muerto", establece una facultad mayor al indicar que no se requiere el consentimiento dado en vida, ni el de la persona que internó al difunto si por informe escrito de dos médicos se establece la imposibilidad de obtener el consentimiento en el tiempo oportuno por la urgencia de la operación y por la esperanza de salvar o curar una vida humana (artículo 44). La naturaleza jurídica de esta facultad sui géneris, tan discutida en la doctrina nacional y comparada (ESPINOZA ESPINOZA), es que se trata de un derecho social sustentado en la primacía de la vida humana, justificándose la ablación como una forma de rescate de una vida y que también ante la carestía de órganos solo puede ser salvada por medio de un transplante (BERGOGLIO y BERTOLDI).

Como puede apreciarse la Ley General de Salud ha derogado tácitamente al Código Civil pues fija el interés social por encima del principio de primacía de la voluntad del causante y del derecho de disposición de los familiares sobre el cadáver de su difunto.

2. Utilización total de cadáveres no identificados con fines de Interés social

El destino legal de los cadáveres no identificados o abandonados (indigentes, vagabundos) es su utilización con fines de interés social, es decir, que tengan un uso científico o pedagógico. En este caso la ley hace bien en considerar esta utilización especial que, en cierta manera, frena el tráfico de restos humanos. Se entiende que el cadáver no reclamado se rige por las disposiciones de la *res nullius* o *res derelicta* de manera que el Estado lo confisca por razones de utilidad pública, pasando a ser un difunto socializado sin indemnización para sus parientes (GARZÓN).

La norma se concuerda con el Reglamento de Servicios de Necropsias (D.S. NQ 00369-PM), la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios (Ley NQ 26298, artº 27) y su Reglamento (D.S. NQ 03-94-SA), pero fundamentalmente por la Ley General de Salud (artículo 114) en el sentido que los cadáveres no identificados o reclamados dentro del plazo de treintaiseis (36) horas luego de su ingreso a la morgue podrán ser dedicados a fines de estudio o investigación científica. Pero es de aclararse que la consagración del cadáver a objetivos científicos o humanitarios es una facultad exclusiva de la propia persona y, excepcionalmente, de la autoridad pública (BERGOGLIO y BERTOLDI). De esta manera, nuestro ordenamiento hace bien en señalar que esta disposición cadavérica especial se aplicará de forma exclusiva en cadáveres no identificados o abandonados.

Indiscutiblemente, este destino investigativo y pedagógico permite el desarrollo de cirugía sustitutiva aplicada en el hombre, surgiendo nuevas alternativas como son los microtransplantes (células, genes, secuencias de ADN), xenotransplantes (elementos biológicos de animales) así como la implantación de piezas mecánicas, electrónicas o computarizadas en el cuerpo humano (*ciborgs* o *bionics*) (VARSI, 2001). Así también, la medicina regenerativa viene progresando a través del estudio de tejidos post mórtum, tal es el caso de las investigaciones sobre el cerebro de cadáveres humanos que se presenta actualmente como una fuente alternativa para obtener células madres (*stem cel/s*) de neuronas con fines terapéuticos; esta técnica se presenta como una alternativa con menos problemas biéticos (ABC.ES, 3/5/2001) a diferencia de la utilización de fetos o embriones inviables en este tipo de investigaciones.

Es de mencionarse que los fines de interés social de la disposición cadavérica deben estar acorde con el orden público y las buenas costumbres de allí que embalsamar un cadáver para ser exhibido en un museo por poseer alguna característica corporal especial (SAGARNA) sería discutible. Distinto podría ser el hecho de obtener un molde de la estructura corporal para hacer una réplica de yeso (siameses Eng y Chiang, 1811, oriundos Siam). Las prohibiciones presentadas en la jurisprudencia comparada son, por ejemplo, la utilización eje cadáveres en la realización de pruebas

de 10\$ mecanismos de seguridad vehicular en casos de accidente o para la comprobación de los efectos de las balas de nuevas armas (ANGOITIA).

Este numeral se sustenta en la tesis que el cadáver, como bien jurídicamente tutelado, no es objeto de propiedad privada, por el contrario está afecto a las normas sanitarias que de por sí son de orden público y su destino, en este caso, lo establece la ley (FERNÁNDEZ SESSAREGO), debiéndose tener presente que la utilización de los cadáveres para estos fines deberá respetar los derechos fundamentales y los

postulados bioéticos de las investigaciones científicas.

|

A todo lo expuesto, y siendo el cadáver un bien perfectamente aprovechable incluso en sus productos de desecho (pelo, uñas, placenta), existen determinados elementos como el cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos que actualmente no tienen la calidad jurídica de productos de desecho, requiriéndose para estos efectos una regulación especial.

Dada su naturaleza jurídica especial no se encuentran dentro del ámbito de este dispositivo:

e...^{J. DOCTRINA} Los embriones, fetos y anencéfalos, pues son sujetos de derecho especial así como sus células, tejidos u órganos, pues son bienes jurídicamente protegidos; y,

Las momias históricas, restos humanos antiguos y otros de orden arqueológico, pues son patrimonio cultural.

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *Extracción y transplante de órganos y tejidos humanos*. Marcial Pons. Madrid, 1996; BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Transplante de órganos*. Hamurabi. Buenos Aires, 1983; BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho civil*. T. 1. Vol. 1. Normas, sujetos y relación jurídica. Universidad Externado de Colombia. 1992; CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos*. Astrea. Buenos Aires, 1995; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga. Lima, 1996; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 7. edición. 1! reimpresión. Grijley. Lima, 1996; GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Algunas consideraciones éticas sobre el transplante de órganos*, en *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica. México, 1999; GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Transplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas. Madrid, 1987; RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código Civil. XII. El ser humano como persona natural*. PUCP. 1992; SAGARNA, Fernando. *Los transplantes de órganos en el Derecho*. Depalma. Buenos Aires, 1996; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*, Universidad de Lima. Lima, 2001; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. 4! edición. Grijley. Lima, 2001.

VALIDEZ DE ESTIPULACIÓN QUE OBLIGA A EXAMEN MÉDICO

Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual.

CONCORDANCIAS:

C. art.?	
C.C.	arts. 219 (inc. 4), 1403, 1404
LEY26842	arts. XII, 4, 5, 15, (inc. h)
LEY26626	arto 4

JIJJ Comentario

Enrique Varsi Rospigliosi

En materia del derecho a la integridad, la valoración jurídica de la *inspectio corporis* y su relación con el *ius in se ipsum* ha merecido un tratamiento especial en el sentido que, al ser el hombre dueño de su cuerpo y ejercer un dominio sobre éste no cabría la ejecución de prácticas o análisis biomédicos que alteren dicho señorío corpóreo si es que no se cuenta con la autorización respectiva.

El *ius in se ipsum*, que es el derecho sobre sí mismo o sobre el cuerpo, faculta a la persona a disponer de su propio cuerpo, impidiendo, por objeción de conciencia, pudor, prejuicios, sensibilidad o cualquier otra justificación, un menoscabo de su intimidad personal (VARSI, 1999). Por su parte, la *inspectio corporis* es un típico acto de libre disposición del cuerpo humano que lo ejerce la persona en base al derecho que tiene sobre sí mismo pero dentro del principio que nadie puede provocarse daño.

Siendo el cuerpo la materia directa de las prácticas médicas (análisis, tratamientos, medidas profilácticas, intervenciones quirúrgicas, exámenes, pericias) toda persona goza de dos facultades que son ejercidas en base a su autodeterminación y libertad. Éstas son la de prohibir (no hacer) o permitir (hacer) la realización de actos médicos. Veamos:

1. Derecho a rechazar tratamientos o exámenes médicos

El texto del artículo 11 es incompleto ya que no establece nada respecto de las situaciones en las que una persona puede rehusarse al sometimiento a exámenes médicos (ESPINOIA ESPINOIA). Sin embargo, texto del mismo artículo de la Propuesta ante la Comisión Revisora (1983) incluía un primer párrafo que decía: "toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico, salvo

disposición legal que establezca su obligatoriedad dentro de los límites del respeto a la persona humana".

Efectivamente, es un derecho primigenio rechazar prácticas biomédicas sobre nuestro cuerpo, sean en pro de la salud o de la vida, así como aquellas cuyo fin es el interés de terceros quienes buscan en nuestro *soma* elementos para probar sus pretensiones (pruebas de paternidad).

Una persona puede legítimamente negarse por razones justificadas a una práctica médica alegando su derecho de no acción a efectos de impedir la intervención sobre su estructura biológica. Sin embargo, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas sustentando razones de orden público de manera que la autonomía de la voluntad, y por tanto el consentimiento de la persona queda limitado. Tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación obligatoria, certificado prematrimonial, examen médico obligatorio para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos) o para efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje etHCo) y, para casos especiales, como la cesión y transfusión de sangre (descarte del VIH o SIDA) (VARSI, 2001). En estos ejemplos prima el interés social frente al individual.

2. Derecho a someterse a tratamientos o exámenes médicos

Mediante este derecho se permite sobre sí la realización de un acto médico. Es un derecho de acción, de hacer.

Es más, la persona puede autorizar tratamientos o exámenes médicos cotidianos, periódicos o habituales a efectos de mantener la continuidad y ejecución del contrato en el que la salud o aptitud síquica o física sea la esencia de la relación contractual. Dentro de este supuesto se encuadran las denominadas actividades deportivas remuneradas o profesionales, los militares, policías, pilotos y demás profesiones en las que el estado sicofísico es fundamental para el cumplimiento de misiones delicadas (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Es de señalar claramente que los contratos sobre el cuerpo humano serán válidos siempre que exista el consentimiento de la persona y se respete su trascendencia como ser humano. Se restringe el *iustitia abutendiya* que el cuerpo humano, templo de la personalidad, está prevenido ontológicamente de dignidad. La persona es, más que propietario, administrador de su estructura corporal.

Esta norma, además de otorgar una facultad sobre el cuerpo y reconocer la libertad contractual (en qué forma, estilo y contenido puedo contratar), se sustentan en tres principios propios del Derecho Médico, a saber: ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico sin su consentimiento (artículo 4, Ley NQ 26842; Ley General de Salud), el ejercicio a la libertad de trabajo se sujeta a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública (artículo XII, Ley NQ 26842) y, el derecho al consentimiento informado que le corresponde a toda persona (paciente) sujeta a intervenciones médicas (artículos 4, 5, 15. h, Ley NQ 26842).

Una de las maneras mediante las cuales se reconoce la libertad contractual es, justamente, en la facultad que tienen las partes para establecer las condiciones y

marco contractual son obligaciones especiales de los futbolistas guardar en su vida privada un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional; el incumplimiento de esta obligación generará la resolución del contrato (artículo 5, inc. e). Por su parte, la Ley General del Deporte (Ley NQ 27159) establece como obligación del deportista calificado el mantener una conducta acorde con la moral y las buenas costumbres, evitando la indisciplina y los hábitos reñidos con su preparación integral (artículo 5, inc. a). En este orden de ideas, el estado físico de los deportistas es el elemento esencial en su contratación y ello es confirmado por la normatividad dictada en materia de ejercicio del deporte y dirigidas a regular las condiciones de acceso a las varias actividades agonísticas y los controles médicos a los cuales deben someterse los atletas periódicamente (BRECCIA). De esta manera, mediante el llamado contrato deportivo la entidad o club debe prestar asistencia médica completa y, por su parte, el jugador tiene entre sus deberes mantener y perfeccionar sus aptitudes y condiciones psicosomáticas para el desempeño de la actividad, debiendo comunicar a la entidad cualquier circunstancia que afecte su estado de salud. La disminución o pérdida de dichas condiciones por causas imputables a él, constituirá una falta grave a sus obligaciones (GHERSI) que implicará la resolución del contrato.

.e::J DOCTRINA

BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho civil*. T. 1. Vol. 1. Normas, sujetos y relación jurídica. Universidad Externado de Colombia. 1992; BUSNELLI, Francesco. *Tutela civil de la persona humana*, en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Cuzco. Lima, 1990; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derecho de las Personas*. Concytec. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 7^a edición. 1^a reimpresión. Grijley. Lima, 1996; GHERSI, Carlos. *Contratos civiles y comerciales*. 3^a edición. T. 2. Astrea. Buenos Aires, 1994; RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código Civil. XII. El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1992; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Universidad de Lima. Lima, 1999; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. Universidad de Lima. Lima, 2001; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*. 4^a edición. Grijley. Lima, 2001.

CONTRATOS PELIGROSOS PARA LA VIDA O INTEGRIDAD FÍSICA

. ARTÍCULO 1 JZI2

No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2 (inc. 1), 7
C.C. arts. 5, 1148, 1403, 1404, 2114

fl:n Comentario

Jorge Bellrán Pacheco

1. Introducción

En una primera aproximación debemos señalar que el presente artículo si bien se encuentra dentro de las normas referidas a la persona humana debe ser analizado dentro del contexto de las reglas de las obligaciones y de las fuentes de las obligaciones, desde una perspectiva sistemática. No reconoce antecedentes legales en el Perú pero se puede afirmar que tiene como inspiración legislativa al artículo 5 del Codice Civile italiano, que establece: "acto de disposición del propio cuerpo.- los actos de disposición del propio cuerpo son prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando son contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres" (traducción libre del autor. Versión original: "*Atti di disposizione del proprio corpo.- gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*".

El precepto legal, objeto de estudio, establece que el contrato no resulta exigible si el cumplimiento del mismo implica una afectación a la integridad física o la vida de la persona deudora quien tiene el deber central de ejecutar la conducta debida.

2. Desarrollo del artículo

a) Una primera observación al tenor del artículo nos podría llevar a afirmar que al

referirse el supuesto normativo a "inexigibilidad del contrato" aludiría, desde una perspectiva germana, a la relación obligatoria la que se entiende como una vinculación independiente del contrato y de carácter autónoma. Por tanto consideraría que es la "prestación" o conducta debida la que resulta inejecutable.

Expliquemos de forma casuística los alcances de esta primera observación. La obligación es un efecto de los contratos y por lo tanto es la consecuencia de éstos (resultado), en este contexto, por ejemplo, podríamos indicar que si nos encontramos ante un contrato que establece la entrega de un bien X (plenamente determinado) y resulta que una norma (que surge con posterioridad al contrato) establece que dicho bien X no puede ser entregado, entonces diríamos que la obligación (y no la fuente de la misma) resulta inexigible (sin posibilidad de exigirse el cumplimiento de la conducta).'¹

Tal como lo podemos apreciar, la exigibilidad es la posibilidad de exigir el cumplimiento de la conducta comprometida y ante ello no tiene mayor relación con el contrato, el que simplemente es el vínculo generador de situaciones jurídicas diversas, es por tales argumentos que nosotros afirmamos que el presente artículo alude a la obligación y con mayor precisión a la prestación o conducta debida.

- b) De una lectura pormenorizada del artículo, a partir de los conceptos de autonomía privada y de patrimonialidad se debe concluir que éste se refiere a la construcción del contrato, que determina su eficacia jurídica.

Aclaremos en primer lugar el concepto de autonomía privada. Ante todo debemos indicar que tal concepto alude a "la facultad conferida por el ordenamiento jurídico a los sujetos para en ejercicio de las libertades de vinculación y de autorregulación puedan generar actos jurídicos válidos".

Para mejor entender la definición propuesta es importante explicar los alcances de cada una de las libertades reconocidas en ésta:

b.1) Libertad de vinculación: es aquella que reconoce la libre decisión de los sujetos para vincularse jurídicamente con otros (en un espacio de tiempo determinado) a efectos de lograr la satisfacción de sus necesidades, siendo conocida en el ámbito de los contratos como libertad de contratar. Por ejemplo Juan le dice a Jorge: deseo que me vendas el auto XXX (plenamente determinado) que es de tu propiedad, a lo que Jorge asiente indicando su conformidad por un precio de seis mil dólares americanos. En el presente caso podemos apreciar que Juan ha decidido celebrar una compraventa, debiendo ser la contraparte vendedora no cualquier persona sino Jorge (el que ha sido elegido por él). Por tal razón debemos indicar que de existir una ley que imponga a Luis el contratar con un sujeto predeterminado por ella conllevaría a que se ejecute un acto carente de libertad de vinculación.

b.2) Libertad de autorregulación o de configuración interna: se refiere a aquella en virtud de la cual los sujetos que se encuentran relacionados (tras el ejercicio de la primera de las libertades) pueden determinar las reglas que orientarán el desarrollo de su relación jurídica. Por ejemplo: "Una vez vendido el auto a Juan se indica en el contrato con Jorge que éste será entregado en el domicilio de Miguel (amigo de ambos) y que el precio será pagado en armadas (de -'quinientos dolares mensuales durante un año)". Podemos apreciar en él presente ejemplo cómo es que Juan y Jorge han decidido relacionarse, lo que se

complementa con las pautas dispuestas en el Código Civil de 1984 sobre la compraventa (conjunto de reglas supletorias a la voluntad de las partes, es decir, en defecto del pacto entre las partes). La libertad en estudio, conocida como libertad contractual (en el derecho de los contratos), reconoce límites que establecen los alcances del libre ejercicio de la autonomía privada por parte de los sujetos. Estos límites son: la ley, el orden público y las buenas costumbres, debiendo para ello tenerse presente lo dispuesto en los artículos VI del Título Preliminar y 1355 del Código Civil.

Aclarando el segundo de los conceptos propuestos: patrimonialidad, diríamos que ésta alude a la valoración económica de los bienes que resulta de una doble evaluación: el *quid* (cuándo) y el *quantum* (cuánto).

- i) El primero de éstos refiere al análisis de la posibilidad del intercambio económico de un determinado bien por no ser contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres. Por ejemplo: ¿tendrá contenido patrimonial la venta de un terno en el corazón del desierto africano? La respuesta estará dada por la posibilidad de intercambio del terno. De encontramos en la posición, postulada aún por algunos, de GIORGIANNI, dirímos que NO al no existir un mercado de ternos en África dado que no existiría oferta y demanda sobre éste. Pero al encontramos dentro de un enfoque distinto sostenemos que sí, dado que no se afecta la ley, el orden público ni las buenas costumbres con la venta de un terno salvo que en África exista alguna prohibición al respecto.
- ii) Respecto al *quantum* es necesario considerar que éste se refiere a la valoración económica o asignación de valor que puede referirse a la valoración objetiva o subjetiva de los sujetos intervenientes, siendo la primera la referida al valor de mercado y la segunda a una valoración propia (mayor o menor a la del mercado). Por ejemplo: "Giovana compra una chompa YYY (plenamente determinada) a Paty, estableciendo que la misma la adquiere a cincuenta dólares (precio mayor al del mercado) porque había pertenecido a su abuelita". En este caso existe una valoración subjetiva.

Luego de haber efectuado el análisis de los conceptos por separado procedamos a efectuar el traslado al caso concreto de las actividades riesgosas.

De lo indicado debemos concluir afirmando que si un acuerdo es celebrado estableciendo que uno de los sujetos deberá ejecutar una conducta que conlleva un riesgo a su integridad física o vida, al no haberse tomado las medidas de seguridad correspondientes y sin ser la misma una actividad habitual del sujeto, entonces de no poder existir libertad de autorregulación (una de las libertades propias de la autonomía privada, conocida como libertad contractual en el derecho de contratos) por afectarse con un pacto de dicha naturaleza: la ley (sobre libre disposición de la integridad física, artículo 6 del Código Civil), el orden público y las buenas costumbres, que constituyen el límite a la libre configuración interna de los contratos tal como lo señala: Ian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, FERRI Y MIRABELLI, Y de otro lado al no tener conte-

nido patrimonial el objeto del contrato al no ser objeto de intercambio económico por afectar las normas del ordenamiento jurídico que interesan al orden público (FERNÁNDEZ CRUZ) en tanto son fundamentales ambos aspectos en la construcción del contrato, por ser una relación jurídica patrimonial, este acto jurídico consensual resulta ineficaz, no surgiendo relación obligatoria alguna, lo que lo convierte en un contrato inexigible.

Por el contrario, de haberse adoptado las medidas de previsión o de seguridad necesarias para evitar un perjuicio a la integridad física o vida del sujeto contratante y al ser su actividad habitual (lo que hace catalogar este supuesto como uno de excepción, en tanto que solo el ordenamiento jurídico permite poner en riesgo bienes jurídicos fundamentales como la vida o la integridad física en la medida en que las actividades a realizar generen un beneficio económico a la sociedad), se puede concluir que el acto es eficaz y por lo tanto exigible la obligación que resulta como consecuencia jurídica del contrato, así se desprende del tenor del artículo y de lo señalado por FERNÁNDEZ SESSAREGO en la exposición de motivos del Código Civil recopilada por Delia REVOREDO.

Tal admisión excepcional de los actos peligrosos para la vida e integridad física se permitió, aunque contrario a lo que pensaba el ponente FERNÁNDEZ SESSAREGO, "por una costumbre arraigada en una tradición universal".

Finalmente, debemos señalar que se pueden colocar como ejemplos de actividades habituales riesgosas: los contratos de servicios de acrobacia (en un circo), el toreo, los contratos de servicios deportivos automovilísticos, el boxeo profesional, entre otros. En la actualidad el presente artículo cobra vigencia en la práctica de deportes de alto riesgo (conocidos como "deportes de aventura"), lo que nos lleva a proponer la dación de una norma jurídica conducente a controlar tales actividades (BELTRÁN PACHECO). Así tenemos por ejemplo la siguiente jurisprudencia nacional que establece que "las lesiones graves que causen la muerte, sufridas por una persona en una carrera automovilística en circuitos cerrados, son indemnizables tanto por el piloto del automóvil, como por la institución deportiva que organizó el evento, por no haber tomado las precauciones necesarias a fin de evitar accidentes" (Revista de Jurisprudencia Peruana de 1968); y jurisprudencia extranjera (Argentina) Cámara Nacional Federativa. Sala 11 Civ. y Como 14 de julio de 1978 "el paracaidismo es un deporte riesgoso", así como en Francia en la Corte de Grenoble del 22 de enero de 1979 siendo el presidente Sr. Baccard y miembros la Sra. de pougmond, el Sr. Jacob sobre el conflicto existente entre Breynaert y Lacour por un accidente de alpinismo.

~ DOCTRINA

RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*, en: *Para leer el Código Civil*. PUCP. Perú; DÍEZ PICAZA, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Madrid, 1982; FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*. Zanichelli. Bologna, 1987. Págs. 20-25. MIRABELLI, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile. Delle obbligazioni dei contratti in generale*. Libro IV. Tomo segundo. Unione Tipografico - Editrice Torinese. Torino. 1980. Págs.

27-29; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*, en: *Themis. Segunda época. W 27-28*. Lima, 1994. Págs. 41-56; REVOREDO, Delia. *Exposición de motivos del Código Civil de 1984*. PUCP; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de personas*; BELTRÁN PACHECO, Jorge. *La responsabilidad civil en las actividades deportivas de alto riesgo. Tesis para optar el grado de abogado*. PUCP. 1998.

DECISIÓN SOBRE NECROPSIA, INCINERACIÓN Y SEPULTURA

.. Alífcuúi 131

A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. V 8, 9, 10,787 inc.
1)	
LEY24703	arlo 1
LEY26715	arts. 1, 2, 3
0.5. 14-88-SA	arts. 12,32

JJJJ Comentario

Rosario Rodríguez-Cadilla Ponce

El presente artículo se refiere al tratamiento jurídico del cadáver de una persona que mientras estuvo viva no dispuso de él. Ante esta circunstancia de ausencia de declaración de voluntad propia formulada en vida porenfdifunto, el artículo permite la disposición del cadáver en primer lugar al cónyuge, en segundo lugar a los descendientes, en tercero a los ascendientes y finalmente a los hermanos, excluyentemente y en ese orden, siempre dentro de las normas de orden público pertinentes. Se adopta la misma posición que en el caso de la legislación sobre trasplantes, y el artículo 10 del Código, que dan a los mismos (cónyuge y parientes) la atribución de resolver sobre la disposición del cadáver con fines de prolongación de la vida o de investigación y otros de interés social.

La disposición, basándose en razones afectivas, les permite decidir a los familiares más cercanos y en el orden excluyente mencionado todo lo referente a la necropsia, incineración y sepultura del cadáver, para que sean justamente las personas más allegadas al fallecido quienes decidan sobre el destino de sus restos, disponiendo la incineración o la sepultura de acuerdo a sus costumbres o creencias religiosas.

Asimismo, decidirán sobre la necropsia o el cambio de sepultura, siempre dentro del marco de la ley de orden público, lo que significa que la voluntad de los parientes no puede prevalecer sobre el dispositivo legal que ordena la necropsia frente a un delito o una muerte violenta o la cremación cuando se trate de prevenir o impedir epidemias.

Ahora bien, respecto a la participación de los distintos parientes que pueden intervenir en la adopción de las medidas necesarias para llevar adelante la necropsia,

incineración y sepultura del cadáver, consideramos importante el análisis que realiza Marcial RUBIO CORREA, pues en el caso del o la cónyuge como es una sola persona y excluye a todos los otros, la disposición no presenta problema alguno; sin embargo cuando se considera a las demás personas previstas, hay que saber si basta la mayoría de voluntades concurrentes, o si es que tiene que haber acuerdo total.

RUBIO CORREA considera que como el Código no soluciona el problema, ni establece norma supletoria a la voluntad del cónyuge o de los parientes llamados a decidir, se tendría que integrar una norma al respecto, y para ello señala una serie de consideraciones que habrían que tomarse en cuenta y que textualmente dicen así:

- . Probablemente, no se trata de citar a todos los parientes en cada grado porque al ser decisiones sobre un cadáver, tienen que ser tomadas rápidamente (sobre todo si se trata de la disposición de partes del cuerpo para trasplante). Esto hace que no nos hallemos ante un grupo definido de personas que tienen decisión con quórum de instalación, etc., sino ante un grupo más o menos amorfó y circunstancial que será consultado sin muchas formalidades. Es obvio por lo demás que las consultas las harán los médicos, y eventualmente, alguna autoridad pública que esté presente, si es el caso. No parece, por consiguiente, que un requisito de unanimidad en estas circunstancias sea lo más recomendable.
 - . Los parientes pueden disentir entre sí en más de dos posibilidades. Solo elegir el cementerio donde serán enterrados los restos puede dar pie a varias posibilidades. Por consiguiente, la hipótesis de que la ley busca la unanimidad tampoco parece emerger de este ángulo del problema.
 - . Al hablar de ascendientes y descendientes se está dando participación a parientes de distinto grado. Parecería un poco absurdo, por ejemplo, que un nieto recién llegado a la mayoría de edad bloqueara una decisión unánime de sus tíos sobre el cadáver de su abuelo. Tampoco aquí se abona en pro de la unanimidad.
 - . La solidaridad que significa donar partes de un cadáver para los fines para los que ello puede hacerse es muy importante para hacerla pender de la unanimidad de los parientes. De hecho, el principio que ha adoptado la legislación sobre trasplantes en el Perú es el de facilitar la utilización de las partes del cadáver: siempre que es posible, la solidaridad de donar se presume cuando no ha habido expresión de voluntad en vida por parte del fallecido de cuyo cadáver se tratará.
- RUBIO CORREA entiende que frente a estos argumentos, puede esgrimirse a favor de la unanimidad que se trata de restos mortales que merecen respeto y piedad, como señala la legislación. Sin embargo, reconoce que todo ello puede hacerse también mediante una decisión mayoritaria, sobre todo, si en cualquier caso hay que respetar las normas de orden público pertinentes. En cuanto a éstas realiza los siguientes comentarios:
- . Las decisiones de cónyuge o parientes no pueden ir contra las normas de orden público existentes en relación al cadáver, su necropsia, incineración y sepultura. Las decisiones que contraríen esto serán nulas por mandato del artículo V del Título preliminar del Código Civil y del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil.

- . Las normas de orden público a que se hace alusión en este artículo serán evidentemente legislativas, pero también las provenientes de otras fuentes, según el peso que tienen en el orden jurídico vigente en el Perú.
- . Llama la atención que no se prohíba aquí el tomar decisiones contra las buenas costumbres, cuando es una tónica general del Código Civil y está expresamente establecido en los artículos V del Título Preliminar y 219 inciso 8 del Código Civil. Por lo demás, en la disposición de un cadáver puede haber multitud de circunstancias en que se agravien las buenas costumbres.
- . Como lo he sostenido en otro trabajo, es razonable pensar que las buenas costumbres forman parte del orden público y, en tanto normas consuetudinarias, están incorporadas en el artículo 13 que comentamos. Desde luego, lo más adecuado sería que el Código tuviera un lenguaje uniforme y juntara en todos los artículos la mención al orden público y las buenas costumbres, o se limitara exclusivamente a hablar de orden público entendiendo subsumidas en él a las buenas costumbres.
- . El efecto de decisiones contrarias al orden público, como hemos dicho, es la nulidad, esto es, jurídicamente no deben ser cumplidas y, si ya lo fueron, deben ser eliminados sus efectos. Sin embargo, muchas veces la decisión tomada y ejecutada será inmodificable por la naturaleza de las cosas. En tal caso, el Código no prevé sanción efectiva y, por consiguiente, esas decisiones quedarían firmes.

En consecuencia, considera que cuando se trata de parientes, en este artículo no debe entenderse acuerdo unánime, sino por mayoría. Sin embargo, es consciente de que esta opinión es discutible y que lo más adecuado es que el Código diga expresamente de qué se trata y, dado el caso, cuál es la norma supletoria para los desacuerdos de los parientes.

Debemos tener muy presente que cuando fallece una persona deja de ser un sujeto de derecho y pasa a ser un objeto de derecho merecedor de respeto y especial consideración. En este artículo la ley reconoce a la propia persona en vida, y posteriormente a sus familiares, el ejercicio de algunos derechos en mérito a la veneración y respeto que merecen los restos mortales, los mismos que deben actuarse dentro del marco de la ley de orden público.

Podemos mencionar como antecedentes de este artículo el numeral 112 del Proyecto de la Comisión Reformadora (1981) Y el artículo 12 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora (1980).

Finalmente, es pertinente agregar que el artículo 13 bajo comentario concuerda con los siguientes dispositivos legales:

Código Civil: artículo V T.P. (el acto jurídico es nulo cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres); **artículo 8** (actos de disposición altruista del cuerpo humano con fines de interés social o para la prolongación de la vida); **artículo 9** (los actos de disposición del cuerpo son revocables por naturaleza); **artículo 10** (el cadáver es objeto de derecho sui generis); **artículo 787 inciso 1** (es obligación del albacea atender a la inhumación del cadáver del testador o a su incineración si éste lo hubiera dispuesto así).

Ley N° 26298: Ley de Cementerios y Servicios Funerarios; artículo 18 (las personas mayores de edad podrán disponer por anticipado acerca del lugar y forma de su inhumación, debiendo registrar su manifestación de voluntad en el cementerio elegido); **artículo 21** (las cremaciones se efectuarán con autorización de la autoridad de salud salvo mandato judicial en contrario y deberán inscribirse en el Registro de Estado Civil); **artículo 22** (las personas mayores de edad podrán disponer por anticipado acerca de su cremación, debiendo registrar su voluntad en el establecimiento crematorio elegido); **artículo 26** (la exhumación de un cadáver para su cremación o traslado a otro recinto funerario, internamiento al país o transporte internacional, se efectuará previa autorización de la autoridad de salud, a petición de sus deudos o por orden judicial).

Ley N° 26842: Ley General de Salud; artículo 47 (los establecimientos de salud que cuenten con servicios de internamiento de pacientes están obligados a practicar la necropsia por razones clínicas, siempre que cuenten con la autorización previa del paciente o de sus familiares).

D.S. N° 03-94-SA: aprueban el Reglamento de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios; artículo 49 inciso c (todo cadáver debe ser inhumado dentro de las 48 horas de fallecida la persona, salvo que se trate de cadáveres donados por voluntad expresa del fallecido o familiares, a la investigación científica); **artículo 51** (la obligación de dar sepultura a un cadáver recae sobre el cónyuge sobreviviente o el pariente más próximo que se encuentre en condiciones de sufragar los gastos); **artículo 52** (la inhumación, exhumación, traslados internos, reducción, incineración de cadáveres (...), solo podrán realizarse con autorización de los ascendientes, descendientes o cónyuge, salvo mandato judicial o de la Autoridad de Salud...).

~ DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro 1, en Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios.* IV. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Tercera Edición. s/e. Lima, 1988; PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Manual de Derecho Civil.* Tomo 1. Tercera edición. Ed. Huallaga E.I.R.L. Lima, 2000; RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural. Para leer el Código Civil.* XII. PUCo Lima, 1992; TUESTA SILVA, Wilder. *Código Civil comentado.* Primera edición. Grijley E.I.R.L. Lima, 2000.

CONTROL DE LA INFORMACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

*#RTICULQ!&11.4!
.i1""",#,.....,".
La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.*

CONCORDANCIAS:

<i>e.</i>	<i>art5. 2 incs. 5), 7),9), 10), 18)</i>
<i>e.c.</i>	<i>art5. 16, 17,2114</i>
<i>C.P.C.</i>	<i>art5. 51 inc. 5), 139,206,220,228,686</i>
<i>e.p.</i>	<i>art5. 154, 155, 156, 157, 160, 161, 162, 163, 164, 165</i>
<i>e.p.p.</i>	<i>art5.99, 102, 106, 154,203,268</i>
<i>e.T.</i>	<i>arto 76</i>
<i>e.N.A.</i>	<i>arto 74</i>
<i>LEY 26702</i>	<i>art5. 140,141,142,143</i>

JJJJ Comentario

Juan Morales Godo

El ser humano toma conciencia de la vida privada (o intimidad como la denomina nuestro sistema jurídico) cuando se percata de su individualidad, cuando percibe que ha sido lanzado al mundo para que se construya a sí mismo, cuando su libertad está condicionada más que por el pasado, por el futuro que él debe diseñar. Ello ocurre con el Renacimiento, que es el origen de la modernidad, que nuevamente coloca al ser humano como centro de preocupación.

El derecho a la intimidad tiene su origen, como derecho autónomo, en 1890, cuando dos jóvenes abogados norteamericanos, Samuel Warren y Louis Brandeis, escribieron el ensayo '*The right to privacy*: en el que fundamentan la presencia de un espacio en la existencia del ser humano libre de intromisiones, que debe ser respetada, y

por ello la necesidad de su protección legal. Surge, en buena cuenta, como consecuencia del conflicto con la libertad de información y más concretamente con la libertad de expresión, de la que hacen uso los medios de comunicación masiva.

Si bien, algunos autores usan indistintamente las expresiones vida privada e intimidad como sinónimos, hacemos un distingo importante entre ellas, considerando que vida privada es el concepto genérico dentro del cual se encuentra un aspecto específico, que es la intimidad. Comparamos la vida privada como un cono, en el que la base ancha del mismo es la parte más cercana a la vida social, pública, y el vértice es la parte más alejada de la vida social, donde convergen los "datos sensibles", que

serían los datos íntimos. Sin embargo, nuestro sistema optó por la denominación de intimidad para todo el cono.

Intimus (a,um) significa en latín íntimo, el más íntimo. Deriva del adverbio *in tūs*, que traducido significa por dentro, o hacia adentro. De tal forma, *intimus* debe traducirse como lo más interior, lo que tiende a demostrar la máxima interioridad.

Una de las novedades que nos trajo el Código Civil de 1984, fue el tratamiento del derecho a la intimidad en los artículos 14 y 16.

1. Análisis del artículo 14 con relación a los elementos conceptuales

El derecho a la vida privada está reconocido por el Código Civil de 1984, fundamentalmente en el artículo 14, pero ha sido tratado solo parcialmente, sin haberse considerado todos los elementos conceptuales que lo integran y que la doctrina los desarrolla ampliamente. En efecto, al analizar los elementos que integran el concepto del derecho a la vida privada, encontramos que no solo se trata del control de la información de hechos reservados de nuestra vida, sino también de los derechos a la tranquilidad, a la paz, a la soledad, a que ninguna persona se inmiscuya o fisigonee, respecto a los actos de la vida privada. Pero además de estos aspectos negativos relacionados con acciones de terceros, existe un contenido positivo y que constituye la garantía de la libertad de las personas, aspecto denominado autonomía, entendido como la posibilidad de tomar por sí mismo las decisiones más importantes de su existencia.

El artículo 14 acoge solo uno de los elementos, el control de la información, estableciendo que "la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden". La redacción es limitativa, no comprendiendo el aspecto de la reserva a que tiene derecho la persona y que le permite la paz y la tranquilidad para su desarrollo psíquico equilibrado, así como tampoco se vislumbra el desarrollo positivo que garantice la libertad de la persona y, mucho menos, el problema latente que implica la informática en relación a los datos de la vida privada que pueden ser compilados y organizados.

Una interpretación estricta del artículo en comentario nos circunscribiría, única y exclusivamente, a controlar la posible divulgación de un hecho de la vida privada. Pero, ¿si una persona o el Estado fisigonea, vigila, observa, inmiscuyéndose en la vida privada, y no divulga los hechos, estaría atentando contra el derecho a la vida privada? Es necesario recurrir a una interpretación extensiva y comprender dentro de sus alcances este aspecto de la tranquilidad que forma parte del derecho a la vida privada.

Evidentemente, el legislador ha puesto el acento en el aspecto que hasta hace dos décadas era el más peligroso, es decir, el conflicto con la información, en lo que se refiere al aspecto de brindarla y, específicamente, en relación con los medios de comunicación masiva. La vida privada no puede ser puesta de manifiesto, no puede ser objeto de información, de divulgación, sin que existan razones y es que el derecho a la vida privada no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, hubiera sido

deseable que se señale en la norma que el derecho a la vida privada tiene limitaciones y las mismas deben estar señaladas en la ley.

Por otro lado, se reconoce tácitamente la posibilidad de renuncia al derecho de impedir la divulgación de hechos que corresponden a la vida privada. Ello ocurre cuando la persona presta consentimiento, es decir, autoriza la divulgación. Si se trata de una persona fallecida, serán los familiares los que prestarán el consentimiento, en el orden señalado por el dispositivo comentado; así, corresponderá decidir primero al cónyuge, luego a los descendientes, a los ascendientes y finalmente a los hermanos, en forma excluyente.

El otro elemento que no ha sido considerado por el numeral 14, es el relativo a la autonomía que difícilmente podríamos comprenderlo dentro de una interpretación extensiva, por su trascendencia y por el conflicto permanente con el derecho a la información, en sus dos vertientes, el de dar y el de recibir información. Por ello es preciso reformar el artículo en comentario, otorgándole un contenido integral, entendiendo que el derecho a la vida privada no solo comprende el derecho a que no se divulguen hechos que pertenecen a nuestra vida privada, sino también, específicamente, al espacio de nuestra vida inexpugnable, espacio físico y existencial que impide la intromisión, aun cuando no tenga como objetivo la divulgación; y falta, además, el otro elemento relacionado con la formación del ser humano, con la garantía de la

libertad, a fin de que la persona decida por sí misma sobre los aspectos más importantes.

2. Interpretación de la titularidad

No existe ninguna dudación en cuanto que toda persona es titular del derecho a privacidad; es un derecho fundamental del ser humano, como lo hemos desarrollado en los capítulos anteriores.

La dudación, porque el Código no lo ha precisado claramente, es si la persona fallecida puede ser titular de este derecho. El artículo: 14 se refiere expresamente

que se requiere del asentimiento de los familiares, comenzando por el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos en este orden y exclusivamente, para poder

divulgar hechos que corresponden a la vida privada de la persona fallecida. Una

interpretación literal nos llevaría a concluir que nuestro Código está considerando al fallecido como titular del derecho, al señalar en forma disyuntiva una misma situación tanto para la persona viva como para el occiso. Sin embargo, si bien existen hechos

que corresponden a la vida privada de la persona fallecida, no convierte a ésta

en titular del derecho, ya que en todo caso serán los familiares los titulares del mismo, por cuanto la vida privada de las personas abarca el ámbito familiar. Y si se establece que debe pedirse autorización a los familiares para la divulgación de hechos privados, se hace no solo resguardando la memoria del difunto, sino fundamentalmente como protección a la vida privada de los familiares. Son los

160 familiares los titulares del derecho a la vida privada; ellos son los posibles afectados; ellos son los sujetos de derecho. El occiso dejó de ser titular de derechos y obligaciones, dejó de ser persona, dejó de ser sujeto de derecho. La memoria del occiso es muy respetable, pero el divulgar hechos correspondientes a lo que fue su vida privada, se está

afectando el derecho de los familiares.

El otro tema no esclarecido por el Código es si cuando se refiere a la persona está comprendiendo también a la persona jurídica, no resolviéndose el problema ya planteado por la Constitución Política de 1979, cuando en el artículo 3, se señala que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto le son aplicables. Nuestra posición es que el artículo 14, cuando se refiere a la persona, lo hace a la persona natural, tan es así que se coloca en la alternativa del fallecimiento de la misma, expresión que la tenemos que limitar a la persona natural.

Desde un punto de vista normativo, concluimos que la titularidad del derecho a la vida privada no está establecida a favor de las personas jurídicas.

3. Con relación al consentimiento de la persona

El artículo que comentamos remarca que la puesta de manifiesto de un hecho correspondiente a la vida privada de una persona, no constituye una transgresión al derecho a la vida privada, si es que la persona presta su consentimiento o si los familiares, en el orden señalado anteriormente, también lo hacen respecto de la persona fallecida. Es decir, como afirmamos anteriormente, existe la posibilidad de renuncia a la protección de la ley. Esto lo observamos en ciertos personajes públicos, famosos artistas, políticos o deportistas que en busca de popularidad renuncian a su fuero privado. Hemos analizado en el capítulo relativo al conflicto con el derecho a la información los casos en los cuales no es necesario contar con el asentimiento de la persona o sus familiares, pero esos casos difíciles de ser precisados en términos generales como correspondería a la legislación, deben ser precisados jurisprudencialmente.

El Código recoge la posición doctrinaria de considerar la voluntad de las personas o familiares, como las determinantes en la configuración o no de una agresión al derecho a la vida privada. Recordemos que no es importante que los hechos divulgados correspondan a la verdad, lo determinante es si se ha contado con el consentimiento de la persona o sus familiares en caso de haber fallecido. La *exceptio veritatis* no es aplicable al derecho en estudio, lo que lo diferencia con el derecho al honor.

~ DOCTRINA

AGUILAR GORRONDONA, *Derecho Civil. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1963; ALTERINI, *Derecho Privado*, segunda edición actualizada, primera reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977; GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil 1*, parte general, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1979; NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Siglo Veintiuno Editora, México D.F., 1979; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Librería Studium Editores, Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, tercera edición, Huallaga, 2001 ;MORALES GODO, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995

M JURISPRUDENCIA

"El hecho de que la querellante haya pasado a ser un personaje público, no es razón suficiente para considerar que su vida personal e intimidad puedan ser objeto de libre información, ni constituir el reportaje elaborado al respecto ejercicio regular de la profesión de periodista".

(Exp. 6562-97-A del 18/06/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN Y VOZ

La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

CONCORDANCIAS:

C.	arto 2 inc. 7)
C.C.	arts. VI,5, 1969,2114
C.P.C.	arto 686

~ Comentario

Olga Alcántara Francia

Los derechos a la imagen y a la voz protegidos por la presente norma, forman parte de la esfera de los denominados "derechos de la personalidad", cuyo reconocimiento constitucional, en la mayor parte de los países del mundo, ha propiciado su regulación en los códigos civiles y/o en leyes especiales. En nuestro país, el artículo 2 de la Constitución Política, numeral 7, señala que toda persona tiene derecho "al honor ya la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravuada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley". Ambos derechos son considerados manifestaciones del derecho a la intimidad, lo cual implica la facultad de poder disponer y usar de los mismos e impedir su aprovechamiento (publicación, reproducción o divulgación) por cualquier medio sin consentimiento de su titular.

La imagen, constituye "uno de los signos distintivos de la persona", por cuanto en "ella prevalecen los rasgos físicos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible".

tible por los demás" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Dicho de otro modo, la imagen representa el aspecto físico de las personas, y, se diferencia de la *identidad personal*, en que esta última constituye "la proyección social y dinámica de cada individuo, de su personalidad, de sus vivencias, de sus aspiraciones" (FERNÁNDEZ SESSAREGO), se manifiesta en el plano espiritual. Sin embargo, tanto la imagen como la identidad personal están vinculadas, pues, es posible que a través de la captación o difusión no autorizada de la imagen pueda atentarse contra el derecho a la identidad.

En efecto, siendo la *imagen* la apariencia externa de una persona es posible fijarla en un soporte material sea éste una foto, dibujo, video, etc. (de igual opinión es Matilde ZAVALA DE GONZALEZ, quien considera a la imagen "como reproducción de la figura de una persona sobre cualquier soporte material"), y, consecuentemente, publicarla o difundirla; conducta que no es ilícita si es autorizada por la persona (similar disposición hallamos en el artículo 31 de la Ley 11.723 de Argentina, el cual prescribe: "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o en su defecto del padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre (oo.)". Artículo 107, Proyecto de Código Civil argentino. Derecho a la imagen.- Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, salvo en los siguientes casos: a) Si la persona participa en actos públicos; b) Si existe un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se toman las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) Si se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. La reproducción de la imagen de las personas fallecidas se rige por lo dispuesto en el artículo 108 segundo párrafo. Pasados veinte (20) años desde la muerte es libre la reproducción no ofensiva).

El derecho a la propia imagen, consiste "en el poder de decidir -consentir o impedir- la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio, así como en exposición o divulgación sin nuestro consentimiento" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctrina italiana considera que el derecho a la propia imagen recae sobre la persona y solo ella la puede exponer o publicitar, salvo el caso que medie consentimiento a terceros. Así también, la voz, no obstante, se le trata jurídicamente con la imagen, no debe ser confundida ni absorbida por ésta, pues su trascendencia jurídica se traduce, principalmente, en el derecho que tiene el individuo de disponer de la misma, permitir su reproducción (a título gratuito u oneroso), etc. El derecho a la voz se manifiesta, por ejemplo, en la protección jurídica que se otorga a la voz de los cantantes, siendo susceptible de ser utilizada a través de ediciones fonográficas con fines de reproducción, difusión y comercialización; a la voz de los oradores, recitadores y expositores, la cual no puede ser reproducida sin el asentimiento del titular o de sus familiares si éste hubiera muerto; a la voz en conversaciones privadas (ESPINOZA ESPINOZA).¹

Como vemos, no se prohíbe la utilización de la imagen de una persona si se cuenta con su consentimiento, ya sea tácito o expreso, de manera directa o por me-

dio de otras personas, si es que ha fallecido o es menor de edad o incapaz. De igual modo, no podrá grabarse ni difundirse de ninguna forma la voz de una persona que *nb* ha consentido en ello. Respecto de este punto, la norma en comentario señala que la difusión de la imagen o la voz es permitida si se cuenta con la autorización expresa de la persona, o, si ésta ha muerto, de su cónyuge, ?escendientes, asc~n-dientes o hermanos (en forma excluyente y en ese orden); Sin embargo, nada dice respecto de la autorización de la imagen de los menores de edad y/o de los incapaces. Tratándose del primer caso, serán los padres quienes en ejercicio de la patria potestad consientan la utilización de la if!"lagen de los menores, o en todo caso, el tutor (al respecto, el artículo 419 del Código Civil, establece lo siguiente: "La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo") y, en el segundo caso, la representación de los incapaces recae sobre los curadores (sobre este punto nuestro Código Civil señala en el artículo 576 lo siguiente: "El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios").

En otras legislaciones se ha regulado la revocación del consentimiento otorgado para la difusión de la imagen y la voz (en nuestro país no se ha establecido de manera expresa dicha institución, pero, al no prohibírsela, consideramos que sí puede ser de aplicación a nuestra legislación. Entre los países que sí la regulan expresamente se encuentran España, Italia, y Argentina en su Proyecto del Código Civil de 1998. Tal revocación, puede efectuarse en cualquier momento, siempre y cuando, se indemnice (a aquel a quien se autorizó) por los daños y perjuicios causados, "incluyendo las expectativas justificadas" (LETE DEL Río). Lo cual resulta lógico, pues si la persona por su propia voluntad, decide autorizar la difusión de su imagen y voz (y con ello penetrar en el ámbito de su vida privada) con fines de publicidad o comerciales (como sucedería por ejemplo, cuando alguna actriz o cantante se casa y contrata con los canales de televisión la transmisión a determinados países de la ceremonia de matrimonio contra el pago de una determinada cantidad de dinero) está creando expectativas en la persona que actúa en función de la autorización (expectativas que normalmente se pueden traducir en pérdidas dinerarias, como ocurriría si en el caso anterior, la actriz decidiera de último momento cancelar el contrato de transmisión de su matrimonio celebrado con los canales televisivos, obviamente causaría graves da.

ños toda vez que ya se había publicitado y quizás hasta se podía predecir el rating que iban a alcanzar).

En el segundo párrafo del artículo en cuestión, se regulan los supuestos en que la utilización de la imagen o la voz puede efectuarse sin necesidad de la autorización expresa de la persona. Tales supuestos excepcionales obedecen a la *notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público; o por motivos de índole científica, didáctica, cultural.* La justificación a este tratamiento excepcional halla su razón de ser en el anticipado o tácito asentimiento de la persona que ha alcanzado cierta notoriedad en base al respaldo del público, ya sea por el

cargo que desempeña o por la actividad que realiza (por ejemplo, puede tratarse de un político, actor de cine o teatro, modelo, cantante, etc.). Dicho anticipado o tácito asentimiento a la publicidad de la imagen o la voz de una persona, con cierta notoriedad o prestigio en la sociedad se presumen, por cuanto al haber alcanzado la preferencia de la opinión pública ésta va a requerir la exposición de su imagen y voz (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Como ya hemos señalado una persona puede alcanzar notoriedad también por desempeñar un cargo de importancia en la sociedad, tal es el caso, de los políticos y de los funcionarios de entidades administrativas, como los ministerios, municipalidades, etc.; los cuales por razón de la actividad que realizan se ven obligados a informar a la colectividad sobre su gestión y a mantener constante diálogo. En esta medida, resulta imprescindible que los medios de comunicación exhiban su imagen y difundan su voz, sin que para ello, requieran de consentimiento alguno (en igual sentido, el artículo 8 de la Ley Orgánica de 1982 de España, establece que los derechos citados a continuación, se consideran legítimos: (i) la captación, reproducción o publicación por cualquier medio de la imagen de una persona, cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, siempre que la imagen se capte durante un acto público o en los lugares abiertos al público; (ii) la utilización de la caricatura de las personas mencionadas, siempre que se haga de acuerdo con los usos comerciales; (iii) la información gráfica de un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de la persona aparezca como meramente accesoria). Se entiende que dicha exhibición no debe ser realizada con fines comerciales sino más bien por cuestiones de interés general y en ejercicio del derecho a la información de que gozamos todos los ciudadanos.

Los otros supuestos de excepción se presentan cuando la persona ha participado en hechos de importancia o de interés público (como por ejemplo, la participación de miembros del clero o de la sociedad civil en la liberación de rehenes), o la difusión de su imagen y voz se debe a motivos de índole científico (tal sería el caso por ejemplo, de un médico que es entrevistado porque descubrió la vacuna de una enfermedad), didáctica o cultural (v.gr. presentación de un libro por el propio autor). Todos los casos planteados resultan de interés general, por lo tanto, la difusión de la imagen y la voz de las personas protagonistas de tales eventos es necesaria. Es innegable que la comunidad, en general, tiene el derecho a ser debidamente informada respecto de los sucesos de importancia que acontecen en su seno mediante los medios masivos de comunicación; sin embargo, la difusión de información, a veces de manera desmesurada e ilimitada, ha creado un conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Situación que ha provocado que muchos de nosotros nos preguntemos hasta dónde se puede informar y si es que existe algún límite que evite

la lesión al honor, al decoro y a la buena reputación de las personas que se ven involucradas.

El último párrafo del artículo en comentario, soluciona el problema planteado, pues establece que las excepciones mencionadas no son aplicables para los casos en que se atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona. Como vemos, la norma no diferencia si el atentado contra los derechos proviene de una

información inexacta o de una noticia veraz. Tratándose del primer caso, es decir, d~ afirmaciones o noticias inexactas, la persona tiene derecho a que el medio de comunicación se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan. Pero, si se tratara de una noticia veraz (aun cuando pudiera atentar contra el derecho a la intimidad o a la buena reputación de la

persona), si es presentada de manera objetiva, sin distorsiones y evitando que el daño a la intimidad o al honor se acentúen, y, si es de interés público, no deberá calificarse como ilícita su difusión (RIVERA). Esta posición es discutible pues, pensamos que el interés general no podría justificar el avasallamiento de los derechos personalísimos sea cual fuera la finalidad de la difusión o publicación de la imagen y la voz de una persona. Pero, si para lograr el fin informativo, cultural, artístico o cualquier otro de interés público, se lesiona la intimidad, el honor o la identidad personal, se extralimita la autorización legal y nace la responsabilidad consiguiente: preventiva, para impedir la difusión; o resarcitoria, por el daño que haya causado la publicación (ZAVALA DE GONZALEZ).

Obviamente, este parámetro se extiende también a los casos de difusión de imagen y voz debido a la realización de eventos de naturaleza científica, didáctica o cultural. En este sentido, la jurisprudencia argentina ha establecido que "la publicación del retrato, aun cuando se relacione con fines científicos, didácticos y culturales, tiene sus límites. Así, siempre debe tratarse de una publicación no ofensiva y, en su caso, adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado, si se trata de libros o revistas de medicina que ilustran ciertas enfermedades o terapias" (CNCiv., Sala D, 30-IX-93). De la resolución citada y de lo expuesto en el párrafo anterior, podemos concluir en que es posible que la persona afectada por la difusión o utilización con cualquier fin (tenga afán de lucro o no), de su imagen y/o voz, tiene derecho al resarcimiento del daño moral que pudiera haberle causado tal actividad.

DOCTRINA

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 1990, p. 179; FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Op. cit.* p. 180; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg*. Abeledo Perrot. Directores: Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana. Buenos Aires, 1995, p. 136; DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos. Octava edición. Volumen 1. Madrid, 1995, p. 356; ESPINOZA ESPINOZA, Juan~echo de las Personas. Huallaga Editorial. 3~ edición. Lima, 2001, p. 253; MESSINEO, Fraricesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo 111. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires; 1979, p. 20; LETE DEL RÍO, José M. *Derecho de la Persona*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 187; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentario*. Tomo IV. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. S.Editorial. Lima, 1988, p. 85; RIVERA, Julio César. *Diez Años Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas*. WG Editor y Universidad de Lima. Tomo 1. Lima, 1995, p. 224; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Op. cit.* p. 140.

"La declaración pública de agradecimiento no basta para entender que hubo autorización tácita de difusión de la imagen; la ley solo admite la autorización expresa y escrita. No se puede ignorar que la persona es fin supremo de la sociedad y del Estado".

JURISPRUDENCIA

(Cas. NI/2162-97 de/18/06198. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

CONTROL DE LA DIVULGACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR, GRABACIONES DE LA VOZ Y OTRAS DE CUALQUIER GÉNERO

La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

CONCORDANCIAS:

e.	arto 2 ines. 5),7),9), 10), 18)
e.e. art.660	
e.p.e.	arts. 51 ine. 5), 139,206,220,228,686
e.p.	arts. 154, 155, 156, 157, 160, 161, 162, 163, 164,
165.	
e.p.p.	arts.99, 102, 106, 154,203,268
e. T.	arto 76
e.NA art.74	
LEY26702	arts. 140, 141, 142, 143
D.LEG. 822	arto 23

flJJ ComentariQ

Juan Morales Godo

1. Análisis del artículo 16

El artículo 16 del Código Civil de 1984, es una proyección del derecho a la vida privada a que se refiere el artículo 14. Efectivamente, como una proyección se reconoce a la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, como comprendidas dentro del derecho a la vida privada.

Rigen, en consecuencia, las mismas observaciones hechas para el artículo 14. El consentimiento es factor determinante para la configuración o no de la transgresión

del derecho estudiado, ya sea de la propia persona o de los herederos si el autor o el destinatario de la correspondencia o comunicación ha fallecido.

La protección que brinda este artículo, comprende toda clase de documentos privados, cartas, memorias, diarios o cualquier tipo de comunicación, sean las cablegráficas, telegráficas, telefónicas, correo electrónico, etc., los mismos que no pueden ser objeto de intromisión, interferencia o divulgación cuando tengan carácter confidencial o se refieren a la intimidad de la persona.

El artículo brinda una protección amplia a las comunicaciones en general, pero no se vaya a entender que estamos frente a un derecho absoluto, ya que este derecho es relativo, por cuanto tiene limitaciones que están dadas por el interés general de la sociedad. En efecto, se reconocen una serie de aspectos que determinan la relatividad del derecho a la intimidad, es decir, cuando este derecho debe ceder ante otros que la sociedad relieve. Constituyen límites al derecho a la intimidad la defensa de la seguridad del Estado, en los casos de desastres naturales, en un conflicto de guerra, la lucha contra la delincuencia, entre otros, en cuyo caso y con autorización de la autoridad judicial (Guez), la autoridad de control policial o militar, según sea el caso, pudiera interceptarse las comunicaciones, incluyendo las comunicaciones telefónicas. Este es un tema sumamente delicado que la legislación debe precisar con parámetros bien definidos a fin de conjugar el interés de la persona con el de la sociedad.

La Comisión Revisora del Código Civil suprimió el artículo del proyecto de la Comisión Reformadora que disponía que no era necesario del consentimiento, cuando la divulgación obedezca a fines judiciales o a la defensa del honor o de la reputación personal o familiar del tenedor legítimo del documento. El artículo 120 del Proyecto de la Comisión Reformadora decía lo siguiente "No será preciso el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando la divulgación de los documentos obedezca a fines judiciales o de defensa de la honra o de la reputación personal o familiar del tenedor legítimo del documento".

Posteriormente, el ponente del Libro de Personas, Dr. Fernández Sessarego, propuso una variante a dicho proyecto, tratando de adecuarlo a la Constitución de 1979. La propuesta fue: "No será preciso el consentimiento a que se refiere el artículo 119 cuando la divulgación de documentos o comunicaciones obedezca a fines judiciales o de defensa de la honra personal o familiar, siempre que medie mandato motivado del Juez y se adopten las medidas que garanticen el secreto de los asuntos ajenos al hecho que origina la exhibición". Esta propuesta no fue aprobada por la Comisión Revisora.

Recordemos que la Constitución de 1979 prohibía terminantemente la interferencia o intervención telefónica (artículo 2, inc. 8). La interrogante que planteaba esta disposición era si contenía limitaciones que podrían ser las mismas que rigen para todos los aspectos del derecho a la intimidad o se trataba de un derecho absoluto al que ningún interés podía oponérsele. La norma constitucional era categórica al prohibir las intervenciones telefónicas. En cambio, la Constitución de 1993 no hace distinción alguna. Protege las comunicaciones en general, señalando que las mismas pueden ser interceptadas, abiertas, incautadas o intervenidas por mandamiento del juez,

con las garantías previstas en la ley. Dentro de estos supuestos se comprende claramente las comunicaciones telefónicas, los casetes, discuetos, videos y registros de computadoras.

En consecuencia, no estamos frente a un derecho absoluto, sino que este derecho a la protección de las comunicaciones, como una extensión del derecho a la intimidad, debe ceder cuando exista de por medio razones de interés general las que deben ser señaladas por ley.

Recordemos las investigaciones policiales, hechas públicas, del jefe de "Sendero Luminoso", cuando meses antes de su captura, se allanó un domicilio y se recogió valiosa información que constaba en documentos y videocintas, que finalmente permitió descubrir y capturar a los principales dirigentes. Es evidente que, en este caso, la protección a la privacidad de los documentos e instrumentos incautados quedó pospuesta al interés general, que adquirió prioridad. Esta misma reflexión es válida para la incautación de los videos y demás documentos que están facilitando la investigación, por los casos de corrupción política, en el que estarían involucrados Vladimiro Montesinos, asesor del ex presidente de la República, Alberto Fujimori, quien durante los diez años de Gobierno del indicado ex presidente, se desempeño dirigiendo el ex SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) y, desde allí, tejió una red de corrupción, involucrando a políticos, empresarios, magistrados, artistas, etc.

A diferencia del artículo 14 del Código Civil, en caso de fallecimiento del autor o del destinatario de la comunicación, corresponde a los herederos prestar el consentimiento para su publicación, y si no existe acuerdo entre ellos decidirá el Juez. No existe, y esta es otra diferencia, una gradación excluyente entre los familiares. La razón de considerar a los herederos y no a los familiares, es que no existen razones para actuar con celeridad. La existencia de herederos, implica una declaración judicial que los reconozca como tales.

Finalmente, establece el dispositivo estudiado que, la prohibición de la publicación póstuma, no puede extenderse más allá de 50 años, a partir de la muerte. La explotación de los derechos de autor a través de las vías de la publicación que es necesario un mayor y mejor desarrollo del tema relativo a la intimidad, por las implicaciones que tiene en el desarrollo de la existencia del ser humano; por las múltiples formas que existen para atacarlo. Ya no es solo el ámbito de la existencia del ser humano a la cual éste tiene derecho a impedir la intromisión y, con mayor razón, la divulgación de hechos que se reserva para sí o para compartirlos solo con su familia, sino debemos tener clara conciencia que está ligado a la formación del ser humano. Hoy en día, existe un afán de controlar el comportamiento de los seres humanos, con múltiples propósitos, económicos, políticos, publicitarios, etc., y por ello relacionamos el tema con los sistemas de educación, con el papel que juegan los medios de comunicación masiva, es decir, con todo aquello que está vinculado al tipo de persona que se quiere formar para una sociedad del futuro.

El tratamiento que brinda el Código Civil de 1984, al derecho a la intimidad, a través de los artículos 14 y 16 es limitativo y deficiente, a pesar de ello, indudablemente, constituye un avance notable frente al Código Civil de 1933, y frente a otros Códigos de América y del mundo, y quizás ese es su mayor mérito, el haber planteado el problema e intentado una aproximación al derecho a la vida privada; el tratamiento es incompleto, no solo desde el punto de vista conceptual, sino que no ha establecido parámetros para la posible solución del conflicto con el derecho a la información, en la vertiente de los medios de comunicación masiva y en lo que se refiere al desarrollo de la informática.

Consideramos que el derecho a la intimidad, como derecho fundamental de la persona, debe ser regulado por el Código Civil en sus grandes parámetros, dejando que su desarrollo se logre a través de una ley específica y, fundamentalmente, de la jurisprudencia.

Por otro lado, entendemos que los legisladores, probablemente, han pensado, y nos adherimos a ello, que el derecho en comentario merece un desarrollo legislativo particular. En efecto, creemos que debe plantearse una ley que regule el derecho a la vida privada, estableciendo pautas en la relación con el derecho a la información en su sentido más amplio.

~ DOCTRINA

AGUILAR GORRONDONA, *Derecho Civil. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1963; ALTERINI, *Derecho Privado*, segunda edición actualizada, primera reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977; GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil 1*, parte general, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1979; NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Siglo Veintiuno Editora, México D.F., 1979; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Librería Studium Editores, Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las Personas*, tercera edición, Huallaga, 2001; MORALES GODO, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995

ACCIÓN POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La responsabilidad es solidaria.

CONCORDANCIAS:

C.C. *arts. 660, 1969, 2097*
C.P.C. *art 686*

J1JJ *Comentario*

Juan Espinoza Espinoza

1. Definición del daño

El daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso (G.B. FERRI): el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero "autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza" (G.B. FERRI). Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (aliado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un *daño-evento* (lesión del interés tutelado) y de un *daño resarcible* (VISINTINI) (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles (VISINTINI).

2. Clasificación del daño

La doctrina es unánime al clasificar el daño en dos rubros, a saber:

2.1. Daño patrimonial: Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica,

que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en:

2.1.1. Daño emergente: Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" (C.M. BIANCA) del dañado.

/17:

--~

- 2.1.2. Lucro cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es "la ganancia patrimonial neta dejada de percibir" (C.M. BIANCA) por el dañado.
- 2.2. Daño extrapatrimonial: "Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Dentro de este se encuentra el daño moral, definido por la Corte Constitucional italiana como "el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc." padecidos por la víctima, que tienen el carácter de "efímeros y no duraderos".

Una autorizada doctrina (FERNÁNDEZ SESSAREGO) ha resistematizado la voz del denominado daño a la persona, partiendo de la clasificación de los daños desde dos puntos de vista: el primero, por la naturaleza del ente afectado, dentro del cual encontramos el daño subjetivo (daño de los sujetos de derechos), que comprende al daño psicosomático (daño biológico y daño a la salud) y al daño a la libertad (daño al proyecto de vida), en contraposición al cual se encuentra el daño objetivo (daño a los objetos de derecho). El segundo criterio clasificatorio está en función de las consecuencias del hecho dañoso, configurándose así el daño personal o extrapatrimonial y el daño extrapersonal o patrimonial. En mi opinión, el daño a la persona debe ser entendido como aquel que lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas.

Si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto su contenido extrapatrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie (FERNÁNDEZ SESSAREGO). A propósito de la denominación "daño a la persona", se opina que "... resulta más propio referirse al 'daño subjetivo', esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución a las expresiones 'daño a la persona' o 'daño personal', que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse. Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo. De este modo se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue al daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio"(CÁRDENAS QUIRÓS).

En efecto, el término más adecuado para referirse a este tipo de daño es el de "daño subjetivo", por cuanto, también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, los cuales, técnicamente, no son personas. Me aúna a la posición que ubica al hombre como eje y centro del Derecho, sin embargo, la expresión más feliz para el daño patrimonial, debería ser la del "daño objetivo", por cuanto, al ocasionar mema, justamente, a los objetos de derecho, éste se puede determinar exactamente.

3. Procedencia de la reparación por haber ocasionado un daño a la persona

En la doctrina nacional se ha afirmado que: "Un daño extrapatrimonial no puede ser reparado patrimonialmente mediante una indemnización porque, por definición, es inapreciable en dinero" (DE TRAZEGNIOS GRANDA). Esta posición ha sido fuer

temente contestada de la siguiente manera: "Ningún ser pensante, que considera a la persona como un valor en sí misma, como un fin supremo a cuyo servicio se encuentran la sociedad y el Estado, puede oponerse a la justa reparación del daño no patrimonial a la persona pretextando la imposibilidad de encontrar su equivalente pecuniario" (FERNANDEZ SESSAREGO). Es mi opinión que mucho más injusto es el hecho de dejar sin reparación el daño causado a la persona en cuanto a lo más

valioso que ella tiene: &I1 proyecto existencial de vida.

La doctrina antes citada prefiere usar el término "reparación" en vez de "resarcimiento", para referirse a la indemnización por el daño causado al sujeto de derecho, por cuanto el primero no encierra una connotación exclusivamente económica, como sí lo hace el segundo (FERNANDEZ SESSAREGO).

La reparación del daño al sujeto de derecho cumple una serie de funciones, a saber:

- a) Opera como una forma de satisfacción a la víctima para que, de una u otra manera, distraiga o replantea su proyecto vital de existencia.
- b) Constituye una forma económica al agresor, en cuanto represión del daño injusto.
- c) Actúa como elemento disuasivo, previniendo a través de la norma estos actos.
- d) Frente a estas funciones, que podrían ser llamadas tradicionales, también puede hablarse de una nueva función, cual es la "de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos" (CALABRESI). Así, se distingue los costes primarios (reducción del número y gravedad de los accidentes), los costes secundarios (denominados también costos sociales) y los costes terciarios (costos a nivel de administración de justicia).

4. Crítica al artículo 17 del Código Civil

Este numeral adolece de los siguientes defectos:

- a) Está ubicado asistemáticamente, debido a que debió colocarse después de todos los derechos de la persona, incluso del autor. Por consiguiente, el actual artículo 17 debió ser el 18 y viceversa.
- b) Solo se refiere a "la cesación de los actos lesivos". Es obvio que la reparación del daño subjetivo no se agota en la eventual posibilidad de entregar una suma de dinero, porque si subsiste la conducta que daña los intereses de la víctima, es necesario que se regule la llamada "acción inhibitoria", por medio de la cual se suspenden los hechos susceptibles de producir un futuro daño, que amenaza a la integridad de los sujetos.

Se debe hacer mención que la omisión del numeral que se comenta queda salvada por el Texto Constitucional que en su Título V, de las Garantías Constitucionales, artículo 200.2, establece que la (denominada) Acción de Amparo "procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución". Frente a la (denominada) acción de Habeas Corpus, que tiene como objeto la

defensa de la libertad individual, emerge la acción de amparo que cautela, además, como se interpreta del tenor del artículo, los bienes e intereses de la persona en cuanto un valor en sí misma, sin restringirnos al articulado de la Constitución, sino también a aquellos derechos, como expresa su numeral 4, "...de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre".

También sirve para salvar la omisión del artículo 17 del Código Civil, la aplicación de las medidas innovativas *ex* artículo 686 del Código Procesal Civil, que son medidas cautelares que tutelan a la intimidad, a la imagen ya la voz. El artículo 629 del Código adjetivo, regula a la medida cautelar genérica, de carácter residual para asegurar "de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva".

Con esta última disposición, que tiene un carácter general, se permite proteger a la persona en su total e inescindible unidad psicosomática.

- c) El último apartado de este numeral expresa que: "La responsabilidad es solidaria". Es obvio que se trata de una hipótesis en la cual hay pluralidad de agentes agresores, de otra manera, no se explicaría la existencia de esta disposición, por cuanto la solidaridad se presenta cuando existen varias personas. Dicho artículo debería ser más explícito. Comparto que: "El inexplicable escueto segundo párrafo del artículo 17 contempla solo una de las hipótesis posibles frente al hecho de la violación de un derecho de la persona. De la redacción del citado segundo apartado debe inferirse que el texto se refiere solo al caso de violación de un derecho de la persona por más de un agente, ya que de otro modo no podría comprenderse la alusión a la 'responsabilidad solidaria' que se hace en dicho apartado. El texto no menciona el caso de la lesión a los derechos de la persona producida por un solo agente" (FERNÁNDEZ SESSAREGO), pero del mismo se desprende que es un derecho exigir la cesación de los actos lesivos, independientemente de cuántos sean los agresores. El último apartado establece, de manera muy incompleta, un criterio, en caso de que sean varios los agentes protagonistas de los actos lesivos.
- d) En algunos casos no solo basta la reparación del daño subjetivo, es necesario un desagravio público. Es más, si dicho daño se hubiera inferido a través de diversos medios de comunicación, proporcionando informaciones falsas y lesivas, es a través de estos mismos que se debe informar la sentencia del juez que confirme la falsedad de aquellas imputaciones.
- e) No se contempla la posibilidad de que el sujeto, que ha sido dañado como valor en sí mismo, no deseé la indemnización correspondiente. En este caso, coincidiendo con lo prescrito por el Código Civil etíope, la víctima puede nombrar una institución de beneficencia con el objeto que a ésta se le aplique la pena pecuniaria fijada al agresor.

5. Cuantificación del daño a la persona

En materia de reparación del daño subjetivo, dentro del cual están el daño a la persona y del daño moral, no existe la fórmula única e ideal para establecer el quantum del mismo. El aporte del método genovés y del pisano, que se basan en medidas tabulares, debe ser tomado como punto de partida (ESPINOZA ESPINOZA). En efecto, entendida la personalidad como un valor y al hombre como una categoría ontológica, la pérdida de alguna parte del cuerpo o la disminución de alguna función del mismo, debe ser "valorizada" de manera igual para todos: en otras palabras, es aquí donde deberían elaborarse tablas que cuantifiquen económicamente el valor de la pérdida de una mano, una pierna, o de alguna función, como la vista, la capacidad psicomotora, entre otros casos. Para confeccionar dichas tablas, no debe tenerse en cuenta única y exclusivamente, la capacidad productiva que pudiera contener cada parte o función del cuerpo sino también auxiliarse de los criterios que nos puedan suministrar la medicina y la psicología para establecer una "valorización" lo más aproximativa posible.

Si bien es cierto que todos los hombres son iguales, no son idénticos entre sí. Cada uno es idéntico a sí mismo, cada uno tiene su propia biografía, su propia proyección social de personalidad, su propio proyecto existencial. Así como se tiene un patrimonio genético único e irrepetible también se posee una historia personal en las mismas condiciones. Y es aquí donde debe intervenir el criterio equitativo, es decir, el operador jurídico, interpretando cada caso en particular y teniendo inicialmente como punto de partida obligatorio una tabla de referencia mínima, asignará un *plus* en atención a la particular circunstancia de cada sujeto dañado. Es así que no se debe reparar el daño a la persona cuando un deportista pierde una extremidad de la misma manera que cuando pierde la misma extremidad una persona cuya actividad profesional no depende sustancialmente de ella; pero, al mismo tiempo, se debe evitar que se reparen de manera desigual dos lesiones idénticas proferidas a dos personas cuya actividad vital no difiera sustancialmente.

DOCTRINA

- G.B. FERRI. *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale* en *Le pene priva te, a cura de BUSNELLI y SCALFI*. Giuffre. Milano, 1985; VISINTINI. *Il danno ingiusto*, en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*. CEDAM. Padova, 1991; C.M.-BIANCA, *Diritto Civile 5, La Responsabilità*. Giuffre. Milano, 1994;
- .. Corte Constitucional Italiana, con resolución del 14.07.86, NQ 184, en *Giurisprudenza di Diritto Privato*, anotada por ALPA. Vol. 1. Giappichelli. Torino, 1991, 5); FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en *Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones de la Facultad de Derecho y CC.PP. de la UNMSM. Lima, 1994 y *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Cultural Cuzco. Lima, 1985; CÁRDENAS QUIRÓS, *Apuntes sobre el denominado Daño a la Persona en el Código Civil del Perú de 1984*, en *Aequitas, Revista de Derecho y Ciencia Política*. Año 1. NQ 1. Lima, 1989; DE TRAZEGNIES GRANDA, *Por una lectura creativa de la Responsabilidad Extracontractual en el Nuevo Código Civil*, en: *Para leer el Código Civil*. Cuarta edición. PUCP. 1985; CALABRESI, El

I]

coste de los accidentes, traducido por BISBAL. Arie!. Barcelona, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño subjetivo*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLIV. N2 1. Normas Legales, Trujillo, abril 1992 - diciembre 1994.

DERECHOS DEL AUTOR Y DEL INVENTOR

Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia.

CONCORDANCIAS:

<i>C.</i>	<i>arto 2 jne. 8)</i>
<i>C.C.</i>	<i>arts. 302 jne. 5), 886 jne. 6), 2093</i>
<i>O.LEG. 822</i>	<i>arto 1 y ss.</i>
<i>O.LEG. 823</i>	<i>arto 1 y ss.</i>
<i>OEC. 351</i>	<i>arto 1 y ss.</i>
<i>OEC. 486</i>	<i>arto 1 y ss.</i>

JJJJ *Comentario*

Carlos Cornejo Guerrero

Estamos ante una norma genérica, que como tal revela una problemática que se traduce en dos aspectos fundamentales.

El primero de ellos está referido a la necesidad de sancionar estos derechos en el Libro I del Código Civil: Derecho de las Personas, aun cuando las instituciones comprendidas en él, por su complejidad, deban estar reguladas en forma específica.

El segundo consiste en dilucidar si la norma alude únicamente a las dos instituciones consignadas expresamente en ella: los derechos del autor y los derechos del inventor, o si también comprende una serie de instituciones afines como los modelos de utilidad, los diseños industriales, e inclusive las marcas, nombres y lemas comerciales, entre otros.

En cuanto al primer problema mencionado, a través de la sanción de estos derechos en el Libro de Personas del Código Civil, se ha querido resaltar su dimensión personal por sobre la patrimonial. No obstante, la norma no hace distinción entre el lado personal y el patrimonial, y en consecuencia, debe entenderse que ambos están protegidos.

Los derechos del autor y del inventor son derechos especialísimos que tÚÜi terminado de diseñarse en la modernidad y cuya naturaleza jurídica aun ahora despierta polémica.

Entre las teorías sobre la naturaleza jurídica de las creaciones intelectuales, tenemos:

1. Teoría que asimila estos derechos a los derechos de propiedad

Puede hacerse una división entre los seguidores de esta teoría. Por un lado, en la línea positivista están aquellos que sostienen que la marca y el desarrollo sobre ella, era una creación de la Ley, cuyo respeto era exigido por la moral. Por otro lado, estaban aquellos que pensaban que el derecho de marcas tenía su fundamento en el derecho natural; no era una creación de las leyes especiales ni del derecho civil, las leyes no hacían otra cosa que reconocer y reglamentar estos derechos.

En síntesis, desde sus propias perspectivas, ambas corrientes coincidían en que el derecho de marcas era un derecho de propiedad.

2. Teoría que considera que estos derechos son derechos de la personalidad

Se considera a la marca como una extensión de la personalidad, de ahí la especial relación entre ella y su titular, de la que nace un derecho de naturaleza personal. La protección se dispensa directamente a la persona.

3. Teoría de los bienes inmateriales de Joseph Kohler

Pese a que Kohler no consideró a las marcas como un bien inmaterial, sus ideas sirvieron para el posterior encuadramiento de este bien, dentro de dicha categoría.

A Kohler se le atribuye el gran mérito *de* haber sido el primero en concebir a los derechos sobre bienes inmateriales como una categoría independiente, distinta o no comprendida en la clasificación clásica.

4. Teoría de los derechos intelectuales de Edmond Picquard

Casi al mismo tiempo que Kohler, Picquard ideó una nueva categoría de derechos que agrupaba tanto a los derechos de autor y del inventor, como a los derechos sobre las marcas de fábrica, denominándolos derechos intelectuales. Según Picquard, el objeto de los derechos podían ser tanto las cosas del mundo material, en cuyo caso estaríamos ante los derechos reales; las acciones positivas o negativas de otras personas, supuestos que caerían en el ámbito de las obligaciones o de los derechos personales; y "esos productos de la inteligencia del hombre o esos valores emergentes de los signos distintivos, que no son cosas ni dependen de la acción o inacción de las personas, pero que, sin embargo, tienen un valor patrimonial evidente", que serían el objeto de la nueva categoría de los derechos intelectuales.

5. Teoría que considera a estos derechos como derechos sui géneris

En la actualidad, la doctrina se inclina a considerar que estos derechos son derechos sui géneris, de mucha complejidad y sofisticación, de modo que no tendría sentido el esfuerzo de asimilarlos a una de las categorías conocidas.

Si bien cada uno de estos derechos deben considerarse como un todo único indivisible, por razones pragmáticas, se ha separado su lado personal del económico, distinguiéndose los derechos morales de los derechos patrimoniales.

Por ejemplo, el derecho moral de autor, se traduce básicamente en cuatro aspectos:

5.1. Derecho de paternidad de la obra

En virtud de este derecho ningún usuario o persona, puede omitir el nombre del autor cuando se presenta o exhibe la obra al público.

5.2. Derecho a la integridad de la obra

Conforme a este derecho, no se puede alterar o modificar una obra sin autorización del titular.

5.3. Derecho a lo inédito

El autor puede mantener su obra sin publicación, e inclusive puede disponer que luego de su muerte, su obra no sea publicada en un determinado lapso.

5.4. Derecho a la rectificación o arrepentimiento

El autor tiene la facultad de retirar de circulación su obra o prohibir su presentación en público, si ellas son incompatibles con su actual condición intelectual o moral, siempre que pague previamente a quien corresponda, una indemnización por los daños causados.

Con relación al segundo problema, es decir, si la norma alude únicamente a los derechos de autor ya los derechos del inventor, o sí también comprende a las demás instituciones afines, en nuestra opinión, del carácter genérico de la norma se desprende que están incluidas todas las instituciones jurídicas ligadas a la creación intelectual; las cuales están organizadas dentro de la denominada Propiedad Intelectual.

Es sabido que la denominada Propiedad Intelectual, comprende tanto a la Propiedad Industrial como los Derechos de Autor. La Propiedad Industrial se divide en dos grandes rubros: los signos distintivos y las creaciones industriales.

Dentro de los signos distintivos, tenemos las marcas, lemas comerciales, nombres comerciales y denominaciones de origen. Las creaciones industriales comprenden a las invenciones, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales.

El panorama de la Propiedad Intelectual, no queda completo, si además no mencionamos a una serie de derechos que recién han obtenido sanción a finales del siglo XX: los derechos que corresponden a los obtentores de variedades vegetales, el de los creadores de diseños de circuitos integrados y el de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

Tenemos pues, en consecuencia, que el artículo bajo comentario comprendería a todas estas formas de creación y no únicamente a los derechos del autor y del inventor. De cualquier modo, si no se comparte este criterio, se llegaría a un resultado similar, integrando jurídicamente la norma a través de una aplicación analógica.

'...,". .

e5. DOCTRINA

BREUER MORENO. *Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio*. Librería y Casa Editora de Jesús Méndez. Buenos Aires, 1937; LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago, *Tratado sobre la Propiedad Industrial*. Tomo 1. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile, 1995; LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago. *Tratado sobre la Propiedad Industrial*. Tomo 11. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile, 1998; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*. Parte 3. Tomo IV. Talleres de Artes Gráficas de la "Industria Avanzada". Lima; CORNEJO GUERRERO, Carlos. *Las transformaciones del derecho de marcas y sus relaciones con el derecho de propiedad*. Cultural Cuzco Editores. Lima, 2000.

NOMBRE: ¿DERECHO Y DEBER?

Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 2, inc. 1)
C.P.C.	arts. 826, 827
LEY 26497	arts. 26, 27, 30, 31, 32
D.LEG 837	art. 1 y ss.

iÓJ Comentario

Juan Espinoza Espinoza

1. Definición

El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto de derecho, sea éste persona natural, persona jurídica u organización de persona no inscritas. En el caso de las personas jurídicas se prefiere hablar de denominación (para las personas no lucrativas) o razón social (para las sociedades y demás personas jurídicas lucrativas). Sin embargo, todas estas voces pertenecen a la categoría jurídica genérica del nombre.

2. Naturaleza jurídica--!tel nombre de las personas individuales

Son muchas las teorías que pretenden definir la naturaleza jurídica del nombre de las personas individuales, las cuales podemos dividir en dos grupos, a saber:

2.1. Teorías jus-publicistas, en las que se sostiene que el nombre es una institución propia del Derecho Público, por cuanto su presencia es de interés general, negán

dole a éste la categoría de derecho subjetivo de las personas de derecho privado.

Así tenemos quienes consideran que: "El nombre, es en esencia, el signo que la ley impone a las personas para distinguirlas entre sí. Su misión fundamental es individualizar a la persona. Es, por consiguiente, una institución de policía civil al mismo tiempo que un elemento esencial de la personalidad, pues esta supone la individualidad propia" (VIAL DEL RÍO Y LYON PUELMA).

2.2. Teorías jus-privatistas, común denominador de esta corriente es el de admitir que el nombre es objeto de un derecho subjetivo de los particulares. Sin embargo, dentro de quienes sostienen esta idea, existen discrepancias respecto de la naturaleza jurídica del derecho al nombre:

- a) Hay quienes sostienen que el nombre es objeto de un derecho de propiedad, lo cual es del todo inadmisible, por cuanto, no es transferible, ni prescriptible, ni puede ser sujeto a ninguna relación patrimonial, salvo esta última en el caso de publicidad comercial, en donde se permite el uso por terceros.
- b) Otros consideran al nombre como una manifestación del derecho a la identidad. Así: "El sujeto tiene, además, un preciso interés (y también derecho) en afirmarse, no solamente como persona, sino como 'esta' persona, con 'este' estatus y no otro, para distinguirse de cualquiera otra, puesto que la persona tiene el derecho a no ser confundida con las demás (derecho subjetivo a la identidad), independientemente de la eventual circunstancia de que el homónimo no goce de buena reputación, sea imputado de delitos, se aproveche del equívoco determinado por la homonimia y similares; es éste el primer problema jurídico, relativo a la identidad personal. De aquí, la relevancia del conjunto de las particularidades o datos que sirven para establecer la identidad de un sujeto determinado como tal, ya que de ellos depende su personalidad en concreto y el estatus correspondiente" (MESSINEO).

3. El nombre como una manifestación del derecho a la identidad personal

El derecho a la identidad personal tutela el respeto de la "verdad histórica" del individuo. Sin embargo, sobre el ser humano incide tanto una verdad objetiva como una verdad subjetiva. ¿Qué tipo de verdad tutela el derecho? Se responde que "es sin embargo evidente que la tutela, en términos jurídicos, de la identidad personal no puede extenderse hasta comprender la tutela de la verdad subjetiva, y que por consiguiente la verdad de la cual se puede exigir respeto es una verdad 'media', constituida por la media de las representaciones subjetivas de una determinada sociedad de una determinada persona, cuales resultantes de hechos, situaciones y comporta-

mientos a ella referibles. La verdad tutelable no puede ser, por consiguiente, más que aquella resultante de un juicio de especie, caso por caso" (DE MARTINI). No debemos olvidar que la objetividad es la subjetividad compartida.

Este "derecho a ser uno mismo" (DOGLIOTTI), presenta no pocos problemas, porque, dado su carácter de naturaleza variable, resulta discutible "a cuál identidad de Danacer rerereida:-sl,por eJemplo,-a:la tdenlldéidlemy o aquella de ayer; si a la identidad 'consolidada' resultante de antiguas militancias o a aquella que nace de

una reciente evolución, con la cual el 'desenvolvimiento' de la personalidad se haya dirigido hacia una nueva conciencia y una nueva 'imagen' del sujeto, realizando, en definitiva, un derecho a no ser siempre lo que se ha sido y a perseguir la novedad de la propia persona" (ZATTI).

El derecho a la identidad, ha sido definido por nuestra doctrina nacional como "el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'. Este plexo de rasgos de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, ~ cierta persona, en su 'mismidad', en lo que ella es en cuanto ser humano" (FERNANDEZ SESSAREGO). En este mismo sentido, se ha dicho que "este derecho protege el interés de la persona a ser representada, en la vida de relación, a través de su verdad personal, tal como ella es conocida o podría serio -por medio del criterio de la normal diligencia y buena fe- en la realidad social. El respeto impone, por ello, el guardar fidelidad con el patrimonio intelectual, político, religioso, ideológico, profesional, etc., de la persona, conocido en el ambiente, cuando se la describa" (VEGA MERÉ).

El derecho a la identidad se desdobra en dos manifestaciones, a saber, la identidad estática, la cual está conformada por lo que llamamos las generales de ley (tal es el caso de nombre, filiación, fecha de nacimiento, entre otros datos que identifican a la persona), y la identidad dinámica, la cual está constituida por el patrimonio cultural, espiritual, político, religioso y de cualquier otra índole, de cada uno de nosotros. El hombre en su dimensión de coexistencialidad tiene el derecho a que no se deforme, distorsione o desnaturalice su propia personalidad. Es, dentro de este contexto, que debemos ubicar el derecho al nombre (TOMMASINI).

4. Diferencias del nombre con otras instituciones afines

El seudónimo, es "la palabra o conjunto de palabras que adopta lícitamente una persona para designarse, sustituyendo el nombre civil" (AGUILAR GORRONDONA).

El nombre individualiza a la persona frente a toda colectividad, el seudónimo, en cambio, cumple la misma función; pero frente a un círculo más reducido, sea cultural, artístico, entre otros.

El nombre no admite ninguna modificación o renuncia, en cambio, el seudónimo sí.

El sobrenombre, "es un agregado que integra al nombre, aunque a veces se lo puede usar separadamente como si fuera un nombre de pila" (AGUILAR GORRON- DONA).

El sobrenombre se distingue del nombre debido a que el primero, tiene un ámbito muy estrecho, el cual se da a nivel familiar.

El sobrenombre se difiere~del seudónimo porque el primero es impuesto, por lo general, por terceros, en cambio, el seudónimo es elegido por la propia persona.

5. iEs el nombre un derecho y un deber al mismo tiempo?

Autorizada doctrina nacional, a partir del concepto de situación jurídica subjetiva, ha replanteado el concepto de derecho subjetivo (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Así, se ha llegado a afirmar que "el rico y moderno concepto de 'situación jurídica subjetiva' no niega, como no podía ser de otra manera, la existencia del derecho subjetivo sino que, como está dicho, amplía sus lindes conceptuales para que, en concordancia con la estructura tanto del ser humano como del derecho -que es su reflejo- se considere que el derecho subjetivo no es un absoluto -como lo pretendía el individualismo exacerbado- en cuanto aliado de una facultad se halla siempre presente, en alguna medida un deber a cargo del titular de tal derecho subjetivo" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Es por ello que se habla de derechos-deberes, como es el caso del derecho al nombre. Esta posición ha sido ásperamente criticada por quien, en opinión que comparto, sostiene que "parte de la confusión que significa considerar como deberes a los límites del derecho subjetivo" (...) "pues es imposible que, sobre un único objeto, se tenga al mismo tiempo (*acultas y la necesitas de actuar*" (ESCOBAR ROZAS). En efecto, podemos encontrarnos frente a situaciones jurídicas de poder (como el derecho subjetivo) o de deber (como el deber jurídico); pero, no se pueden dar ambas simultáneamente. Existe un derecho al nombre y (aparte) un deber al nombre, vale decir, una situación jurídica activa de ventaja frente a una situación jurídica activa de desventaja; pero resulta imposible que ambas se fusionen en una sola. No se debe confundir los límites del derecho subjetivo con los deberes.

DOCTRINA

VIAL DEL RIO y L YON - PUELMA. *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 1985; MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Doctrinas Generales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1972; DE MARTINI. *Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale*, en *L'informazione e i diritti della persona*, , a cura de ALPA, BESSONE, BONESCHI y CAIAZZA. Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Jovene. Napoli, 1983; DOGLIOTTI. *Diritto all'identità e tutela della persona*, en *L'informazione e i diritti della persona*. cit.; ZATTI. *Note sul diritto all'identità personale*, en *L'informazione e i diritti della persona*. cit.; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *El derecho a la identidad personal*, en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y del Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco. Lima, 1990; *Abuso de derecho*. Astrea. Buenos Aires, 1992 y *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en *Diez Años. Código Civil peruano*. Tomo 1. Universidad de Lima. 1995; VEGA ME RE. *Derecho Privado*. Tomo 1. Grijley. Lima, 1996; AGUILAR GORRONDONA. *Derecho Civil I. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1963; ESCOBAR ROZAS. *El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. en *Ius et Veritas*. Año IX. NQ 16. Lima, 1998.

JURISPRUDENCIA

"El signo que distingue a las personas en sus relaciones jurídicas y sociales es el nombre civil, el que está compuesto por el nombre individual o de pila y por el apellido o nombre de familia, nombre que va unido a la personalidad de todo individuo como designación permanente de ésta, consiguientemente toda persona tiene derecho a un nombre. Que, el derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad, implica el derecho que tenemos de poder conocer nuestro origen y quiénes son nuestros progenitores, por lo que mal se puede afirmar que se está protegiendo el derecho a la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, de que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad"

(Cas. N!! 750-97 Junín, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 8/01/99, p. 2435)

"Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre y éste incluye a los apellidos"

(Exp. N!! 780-95-Cajamarca, Diálogo con la Jurisprudencia W 6, p. 241)

"El nombre es atributo de la personalidad del que no se puede ser despojado sin causar grave daño ya que la institución civil del nombre pertenece al orden público y con él se identifica a la persona en todos los actos públicos y privados"

(Exp. N!! 170-95-Ucayali, Gaceta Jurídica N° 48, p. 10-A)

"Las personas jurídicas son independientes de las personas naturales que la integran y/o representan. La persona natural, cuando actúa como tal, tiene la obligación de usar su nombre, lo que no ocurre con las personas jurídicas, a las cuales basta con indicar el nombre social adoptado para cumplir con la obligación de identificarse".

(Exp. N!! 3868-99 del 24/11/99. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica S.A.).

APELLIDOS DEL HIJO MATRIMONIAL .-

ART[C'ULO 2.0]¹

Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.

CONCORDANCIAS: *C.C.*
D.S.015-98-PCM arts. 361,362,375,373,2083 arts. 35,
37

Comentario

Juan Carlos Esquivel Oviedo

1. Origen de los apellidos

En las sociedades primitivas, en las ciudades de escasa población, las personas solamente tenían un nombre de pila. Fue recién con el crecimiento de la población que se agregó al nombre de pila un sobrenombre con la finalidad de distinguir a las personas de otras homónimas. De tal modo se solía identificar a las personas adicionándole a su nombre de pila la palabra "hijo de", así por ejemplo: Hugo hijo de Manuel; luego tal expresión fue reemplazada por la terminación "ez". Así, Fernández, Diéguez, González, significaban hijo de Fernando, de Diego, de Gonzalo. Otras veces el sobrenombre se tomaba de su oficio: Labrador, Herrero, Escribano, Tejedor; o de una característica o defecto físico: Blanco, Rojo, Cano, Cojo, Calvo. Los señores feudales tomaban el nombre de sus tierras, anteponiendo las partículas "de". Con el transcurso del tiempo, estos sobrenombres o apodos se fueron haciendo hereditarios y se transformaron en lo que hoy se denomina apellido (BORDA).

2. Legislación comparada

En la legislación extranjera los Códigos Civiles que, entre otros, autorizan u ordenan llevar a los hijos matrimoniales los apellidos del padre y la madre tenemos el Código Civil español (artículo 114 y el artículo 53 de la Ley de Registro Civil), Código portugués (artículo 1877) Código boliviano (artículo 10), Código portorriqueño (artículo 118), Código japonés (artículo 790), Código paraguayo de 1985 (artículo 50) (PLINER).

3. Comentario

La doctrina define al apellido como el nombre de familia, debido a que la adquisición de éste se encuentra supeditado a la clase de filiación que corresponda a la persona. En tal sentido es que nuestro Código Civil regula sobre el apellido del hijo matrimonial, extramatrimonial, así como de los adoptados.

Para efecto del presente comentario solo nos interesa lo relativo a los apellidos que habrán de llevar los hijos matrimoniales, debiéndose establecer previamente

qué personas tienen tal calidad. Al respecto nuestro Código Civil establece en su artículo 361 que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene como padre al marido. En consecuencia, serán matrimoniales los hijos nacidos durante el matrimonio, aunque hubieran sido concebidos antes de éste, así como los nacidos después de la disolución del casamiento pero que hubieran sido concebidos durante su vigencia (CORNEJO CHÁ VEZ).

Ahora bien, en cuanto a lo que establece el artículo 20 de Código acotado, se puede decir que éste regula la cantidad y calidad de los apellidos del hijo matrimonial. En tal sentido, es que se establece que éste solo debe llevar dos apellidos, el primero del padre y el primero de la madre.

Al respecto, se considera que este dispositivo elimina la posibilidad de los apellidos llamados "compuestos", en la medida que éstos no cumplen a cabalidad la función individualizadora que es propia del nombre (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Sobre el particular consideramos que cuando el artículo en comentario dispone que el apellido que le corresponde al hijo matrimonial es el primero de ambos padres, está impidiendo que el hijo tenga más de dos apellidos, evitando que se genere un apellido compuesto. Sin embargo, si el primer apellido del padre o la madre es compuesto, tal apellido se transmitirá a su hijo, sin que ello signifique una contravención al artículo en comentario.

Ahora bien, tal prohibición de tener más de un apellido, salvo el caso de los apellidos compuestos, no constituye ningún inconveniente para que una persona por uso o por costumbre yuxtaponga a sus apellidos los segundos o ulteriores de la línea paterna o materna, ya que en cierto modo puede considerarse que pertenecen a cada persona todos los apellidos de sus descendientes conocidos (LUCES GIL).

Por otra parte, si bien es cierto que por costumbre el apellido paterno suele preceder al materno, sin embargo consideramos que dicho orden puede ser invertido en el sentido que el apellido de la madre preceda al del padre, puesto que el artículo en comentario solo se limita a establecer cuántos y cuáles patronímicos debe tener el hijo matrimonial, pero no señala de manera taxativa el orden en qué se deben asignar. Además, si tenemos en cuenta que no se, puede distinguir en donde la ley no distingue creemos que se podría asignar a un menor como primer apellido el de la madre y como segundo el del padre; eliminando de esta forma la prioridad del apellido del padre ~que en cierta forma discrimina- y al de la madre (DE CICO, citada por ESPINOZA ESPINOZA).

4. La 'inscripción del nombre

El Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil aprobado por Decreto NQ 015-98-PCM, en relación a la inscripción del nacimiento de los hijos matrimoniales establece en su artículo 35 que la inscripción del nacimiento hecha por uno o ambos padres, con la presentación del certificado de matrimonio de éstos, prueba la filiación del inscrito; quedando a salvo el derecho de impugnación establecido en el Código Civil. .

De igual forma, el artículo 38 del referido reglamento señala que, cuando la inscripción la efectúe la madre, el registrador quedará obligado a inscribir la paternidad del cónyuge con la presentación del acta de matrimonio de los padres. Asimismo, el registrador tendrá dicha obligación si el hijo hubiera nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial.

Tal disposición concuerda con lo establecido en el artículo 361 del Código Civil, puesto que el registrador con la sola presentación del acta matrimonial o la copia certificada de la partida de matrimonio, estará en la obligación de inscribir al recién nacido como hijo matrimonial, y por ende se le asignará a éste el primer apellido de ambos padres.

Ahora bien, para poder aplicar correctamente la norma que obliga al registrador a inscribir como hijo matrimonial al nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, será necesario determinar si tal plazo deberá ser computado por el registrador desde la fecha de la sentencia de divorcio o de la inscripción del mismo en el Registro Civil.

Ello es importante puesto que si el hijo ha nacido a partir del día trescientos uno de disuelto el matrimonio, tal hijo ya no será matrimonial sino extramatrimonial, por ende el registrador no deberá consignar como padre del menor el apellido del ex cónyuge de la madre, pues así lo dispone el artículo 37 del Reglamento de las Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. De llegar a mencionarse el apellido del supuesto padre, se estaría configurando la usurpación del nombre.

Sobre el particular somos de la opinión que el registrador deberá tener en cuenta, para efectos de determinar si el hijo es matrimonial o no, la fecha en que el órgano jurisdiccional aprobó el divorcio la misma que debe consignarse en la anotación marginal que se efectúa en la partida de matrimonio. En tal sentido si la inscripción del recién nacido se realiza dentro de los trescientos días de emitida la sentencia que aprobó el divorcio, el registrador deberá inscribir al menor como hijo del ex cónyuge de la madre y por ende tendrá que asignarle el primer apellido de ambos padres, quedando a salvo el derecho del padre a impugnar la paternidad imputada.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Perrot. Buenos Aires, 1986; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo 11. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001 ; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Librería Studium Editores. Lima, 1987; LUCES GIL, Francisco. *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*. Bosch, Casa editorial. S.A. Barcelona, 1978; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Jurídica Europea - América. Buenos Aires, 1979; PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1989. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Primera parte. Parte general, sujeto y objeto de derecho*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1979; VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Volumen 1. Depalma. Buenos Aires, 1946.

APELLIDOS DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

.~ ART]Clit(i"21

Al hijo extramatrimonialle corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.

Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial.

CONCORDANCIAS:

C.
C.C.

artº 6
arts. 386, 387, 388, 392, 2084

JJJJ Comentario

Ximena Benavides Reverditto

La regulación del nombre del hijo extramatrimonial puede considerarse una opción normativa distintiva del Código Civil peruano de 1984 frente a otras regulaciones.

El tratamiento del derecho al nombre en nuestro ordenamiento no estuvo siempre presente. El Código Civil de 1852 siguió la tradición establecida por el Código Napoleónico de no tratar el tema del nombre de manera expresa en el articulado del Código Civil. El Código Civil de 1936 apenas dedicó seis artículos en el Título 111 de la Sección Primera del Libro Primero "Del Derecho de las Personas" a "la protección del nombre" sin mencionar dentro de este apartado la regulación del nombre del hijo extramatrimonial. El nombre del hijo "ilegítimo" está contemplado en el artículo 361 correspondiente al Título V de la Sección Cuarta del Libro Segundo "Del Derecho de la Familia" que establece que "el hijo ilegítimo llevará el apellido del padre o de la madre, según quien lo hubiera reconocido o el del padre si fue reconocido por ambos". Aunque el concepto de "hijo ilegítimo" difiere del de "hijo extramatrimonial" que adopta el Código Civil vigente, como veremos más adelante; es importante resaltar la iniciativa del legislador del Código Civil de 1936.

El *hijo extramatrimonial* es un concepto definido por primera vez en nuestro ordenamiento por el Código Civil de 1984. El artículo 386 al respecto señala "son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio". Deben darse ambas condiciones, la concepción y el nacimiento fuera del matrimonio, para ser considerado hijo extramatrimonial. Bajo esta definición, el hijo concebido y nacido bajo la existencia de una unión de hecho, debe ser considerado hijo extramatrimonial. El concepto de hijo extramatrimonial que adopta el Código Civil de 1984 es consecuencia de los inconvenientes que trajo la regulación adoptada por el Código Civil de 1936. Dicho Código, en su artículo 348, se refería al hijo ilegítimo como "(...) los nacidos fuera del matrimonio". Esta fórmula era inexacta o por lo menos equívoca,

pues pueden haber hijos legítimos nacidos fuera del matrimonio, como es el caso del póstumo (concebido dentro del matrimonio, pero cuyo nacimiento ocurre cuando el padre o la madre ha fallecido y por tanto el vínculo matrimonial se ha extinguido). Se podía inferir entonces que el hecho fundamental que debía ocurrir fuera del matrimonio para que la filiación sea extramatrimonial era la concepción y no el nacimiento. Mas también esta afirmación es inexacta, desde que el hijo concebido antes del matrimonio pero nacido dentro de aquel era considerado matrimonial (CORNEJO CHÁ VEZ). Por tanto, para que el hijo sea extramatrimonial es preciso que tanto la concepción como el nacimiento se produzcan fuera del matrimonio. Esto es lo que justamente establece el Código Civil de 1984.

Tradicionalmente el Derecho ha distinguido entre hijo "legítimo" e "ilegítimo". Esta tendencia que proviene desde el Derecho en Roma predominó por mucho tiempo y existe aún en el Derecho. El *Code* y las legislaciones que en él se inspiraron durante el siglo XIX, privaron de protección a los hijos en función a su condición de legítimos o ilegítimos. Las más radicales tendencias clasificaron a los ilegítimos en naturales y espurios; a estos últimos en fornezinos, sacrílegos y mánceres; y a estos últimos en adulterinos e incestuosos (TERRY GAMARRA). Este criterio ha sido sustituido por el principio de igualdad de derechos sobre todo a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hoy en día, todos los hijos gozan de los mismos derechos; el ejercicio de un derecho, *como* lo es el de llevar un nombre (prenombre y apellidos) no puede estar gobernado ni limitado por criterios desiguales. Los términos "legítimo" e "ilegítimo" son, a nuestro parecer, denominaciones que hoy constituyen solo rezagos de desigualdad.

El artículo 21 bajo análisis establece que si el reconocimiento del hijo extramatrimonial se lleva a cabo por uno solo de sus progenitores (el padre o la madre), entonces llevará como apellidos los que correspondan al progenitor que lo reconoció. En cambio, si fuera reconocido por ambos progenitores (el padre y la madre), entonces llevará el primer apellido de cada uno de ellos. Esto último es una innovación del Código Civil de 1984. Como hemos mencionado, el artículo 361 del Código Civil de 1936 establecía "el hijo ilegítimo llevará el apellido (oo.) del padre si fue reconocido por ambos". De esta forma se podía determinar cuándo un hijo tenía la condición de matrimonial o extramatrimonial. Si era hijo extramatrimonial (hijo ilegítimo, según el Código de 1936) estaba condenado a llevar el apellido de su padre o de su madre, según corresponda, durante toda su vida. Según Gerardo ETO CRUZ "esta diferencia resultó en la práctica poco significativa, ya que, por la vía del desuso, los hijos ilegítimos reconocidos por ambos padres han llevado, en la práctica, ambos apellidos" (TERRY GAMARRA).

La regulación del nombre del hijo extramatrimonial en el artículo 21 del Código Civil vigente no solo modifica el artículo 361 del Código Civil de 1936, sino que lo hace con el propósito de que el apellido no refleje la condición de extramatrimonial y asemeje la situación de todos los hijos (CORNEJO CHÁ VEZ). El Código Civil vigente es el reflejo de la igualdad de los hijos sin distinción posible por su origen que por primera vez en nuestro ordenamiento establece la Constitución de 1979. El párrafo final del artículo 6 de la Constitución de 1979 señalaba que "todos los hijos tienen

iguales derechos (...) está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad". La Constitución de 1993 establece lo mismo en el último párrafo del artículo 6.

Fundamentando el texto del artículo 21 en la igualdad de los hijos, el Proyecto de Exposición de Motivos relativo al nombre elaborado por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, indicó que:

"(...) no solo habían razones constitucionales que sustentaban su propuesta, sino de hondo contenido humano, ya que no podía sancionarse de por vida a un hijo a llevar un solo apellido o a costosos gastos judiciales para obtener la adición de un segundo apellido, en aplicación del precepto constitucional".

SIGIO CHREM, quien propuso el texto actual del artículo 21, sostuvo que:

"(...) la solución que proponía podía dar lugar a una eventual confusión acerca del

parentesco entre progenitor e hijo, que podrían ser considerados como hermanos y no como integrantes de una relación paterno-filial, pero que tal peligro se salvaba con la lectura de la propia partida de nacimiento del hijo, en el que aparecía que su progenitor es realmente su padre o su madre, y no su hermano".

A parte de la variante de orden sistemático que significa que en el Código de 1984 se regule el nombre del hijo extramatrimonial en el Libro I de "Derecho de las Personas" a diferencia del Código de 1936 que lo hace en el Libro 11 de "Del Derecho de Familia"; y del cambio de conceptos de "hijo ilegítimo" a "hijo extramatrimonial"; el Código de 1984 no solo se refiere al otorgamiento de los apellidos derivados del reconocimiento de la filiación por acto voluntario de los padres, sino que a diferencia del Código de 1936, considera también dicho reconocimiento cuando fluye de una declaración judicial.

Ahora bien, la aplicación del artículo 21 no presenta dificultades cuando el reconocimiento del hijo extramatrimonial se produce por ambos progenitores y de forma simultánea, es decir, en un solo acto; o cuando el reconocimiento se hace por uno solo de sus progenitores y no existe el reconocimiento (voluntario o judicial) posterior del segundo progenitor. En cambio, cuando sea reconocido sucesivamente por ambos progenitores a parte final del primer párrafo del artículo 21 ha establecido que deberá llevar el apellido de ambos. En este caso, deberá efectuarse una rectificación judicial de la partida de nacimiento correspondiente en mérito de la cual el

"

registrador civil deberá efectuar el cambio en los apellidos. Debemos tener en cuenta

que el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) establece, en concordancia con el Código Civil, en su artículo 37, que cuando el reconocimiento de un hijo extramatrimonial hiciera el padre o la madre por separado, éste no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. El Registrador está temporalmente de inscribir cualquier indicación al respecto bajo responsabilidad.

El caso del hijo extramatrimonial tenido por mujer casada, esto es, el adulterino, resultaría de acuerdo a nuestro análisis, los artículos 361 y 362 del Código Civil vigente se puede inferir que el hijo adulterino se reputa hijo del marido, de donde resultaría

que el reconocimiento del "hijo extramatrimonial" practicado por la mujer casada sería más bien un otorgamiento, a favor de ese hijo, de la condición de hijo matrimonial de dicha mujer y su marido, quedando legitimado el marido a solicitar el divorcio por adulterio, la impugnación de paternidad correspondiente, la desheredación, etc. Es decir, el conflicto en este caso es que el reconocimiento de la madre atribuiría la paternidad legítima al marido y no al padre. Esta misma incertidumbre se desprende de los artículos 299 y 300 del Código Civil de 1936, sin una clara solución.

El artículo 396 del Código Civil vigente corrige la situación confusa del Código Civil de 1936 al establecer que "el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable". El verdadero padre del hijo adulterino no podrá reconocerlo sino después de que el marido lo hubiera negado y obtenido sentencia favorable, lo cual guarda coherente relación con lo establecido en el artículo 404, según el cual "si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción (entiéndase, la de declaración judicial de paternidad extramatrimonial) en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

En conclusión, el hijo adulterino llevará como apellidos el del marido y el de su madre, hasta que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable. Una vez que ello ocurra, el padre del hijo adulterino podrá reconocerlo como hijo extramatrimonial y otorgarle su apellido. Mientras no se lleve a cabo este reconocimiento (y la impugnación de paternidad del marido haya sido consentida), resulta de aplicación el primer párrafo del artículo 21 del Código Civil., es decir, el hijo adulterino

llevaría los dos apellidos de la madre.'

DOCTRINA

CORNEJO CHÁVEZ. *Derecho Familiar peruano*. Décima edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999; TERRY GAMARRA. *Un nombre acorde con nuestra realidad*, en: *Homenaje a José León Barandiarán*. Tomo 111. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2000.

JURISPRUDENCIA

"Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido; por otro lado, la inclusión del nombre del padre o de la madre que no ha reconocido al hijo extramatrimonial en su partida de nacimiento, se tiene por no puesta. Sin embargo, debe entenderse que la exclusión del nombre del acto no importa la privación del apellido con que se le conoce a la menor, pues el nombre es atributo de la personalidad del que no puede ser despojado sin causarle grave daño, ya que la institución civil del nombre pertenece al orden público y con él se identifica a la persona en todos los actos públicos y privados"

(*Exp. NI! 168-95-Ucayall, Normas Legales, tomo 250, p. A-34*)

"El artículo 21 del Código Civil establece que al hijo extramatrimonialle corresponde los apellidos del progenitor que lo haya reconocido y como en este caso el demandante no ha reconocido a los menores, ni puede hacerlo de acuerdo con el artículo 396 del Código Civil antes citado, los menores no pueden llevar su apellido"

(Cas. NI! 1868-97-Chincha, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 4/01/99, p. 2349)

"En cuanto al uso de los apellidos, nuestra legislación de manera expresa señala las distintas situaciones en base al origen de la filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. En el caso del apellido de los hijos extramatrimoniales, se debe observar la modalidad del establecimiento de su filiación, ya sea por reconocimiento o por declaración judicial"

(Exp. NI! 780-95-Cajamarca, Diálogo con la Jurisprudencia N°6, p. 241)

"El artículo 21 del Código Civil, si bien es verdad que la norma acotada dispone que al hijo extramatrimonialle corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido, también lo es que debe velarse por el interés del menor, debiéndose proteger sus derechos de identidad y al nombre, razón por la que no resulta amparable el pedido de excluir el apellido paterno del nombre de la menor, máxime cuando el citado apellido no es un tributo particular del actor porque pueden coexistir apellidos homónimos".

(Cas. NI! 3802-00 de 05/11/2001) (Diálogo con la Jurisprudencia NI!38. Noviembre 2001. Pág. 286)

"La acción de exclusión de nombre es procedente solo si se trata del caso previsto en el artículo 392 del Código Civil. No procede cuando el propio actor inscribió el nacimiento dándole su nombre en la partida de nacimiento y maiaría accederse a su exclusión, si previamente y por mandato judicial no se declara nulo dicho reconocimiento (...) no existe acción solicitando la invalidez del referido reconocimiento".

(Cas. NI! 2592-99 del 11/02/2000. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"En caso de incluirse indebidamente el nombre del padre, cuando el reconocimiento en el registro lo hace la madre, la indicación se tiene por no puesta. No se requiere ejercitarse acción alguna, sin embargo, ello no es obstáculo al derecho del supuesto padre para solicitar la exclusión de su nombre que inconsulta e indebidamente figura en la partida de nacimiento cuestionada".

(Exp. NI! N-194-97 del 30/07/97. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"No habiendo intervenido ni autorizado la inclusión de su apellido en la partida de nacimiento del menor, debe excluirse el nombre del accionante de la misma sin que el/o signifique privar del apellido al menor, pues el nombre es atributo de la personalidad del que no puede ser despojado sin causarle grave daño".

(Exp. NI! 170-95 de/14/09195. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

APELLIDOS DEL ADOPTADO

El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes.

CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 377, 379
C.P.C.	arto 781
C.N.A.	arto 115

\$JJ Comentario

Julio Durand Carrión

Este artículo tiene una explicación lógica por cuanto el adoptado es por lo general un expósito o un menor abandonado moral y materialmente que se incorpora a nueva familia, que lo acoge como si fuera de él, por ello la filiación original del adoptado pierde su efecto jurídico y es sustituida por el apellido del adoptante o los adoptantes.

El hijo adoptivo adquiere una familia no solamente desde el punto de vista espiritual y afectivo, sino también desde el punto de vista jurídico, lo que implica una integración total de adoptante y adoptado, lo que guarda plena relación con lo dispuesto en el artículo 377 del Código Civil que establece que el adoptado asume la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

La adopción es una figura jurídica de raigambre social y como tal es un acto muy solidario y muy humano, por ello se trata de un acto con mucho contenido de amor. En este sentido todas las normas que regulan la adopción deben ser simples para facilitar y promover esta alternativa de paternidad, ello implica la sanción de normas jurídicas acordes a la realidad para no mediatizar los legítimos deseos de quienes quieren adoptar. Hay una serie de disposiciones administrativas al respecto, pero es importante este artículo porque releva el apellido de la familia natural para ser sustituido por el de la familia adoptante, lo cual es a su vez muy positivo porque tiene un gran efecto psicológico y social que le permitirá al adoptado un proceso de integración familiar seguro y armonioso con toda la familia que lo recibe con amor.

Elaborar un asiento registral para dar fe de una adopción no es un acto simple, sino que debe revestir ciertas formalidades porque se está dando lugar a una partida de nacimiento de una persona y como talla partida será su documento que la acredite como persona identificada con los apellidos de sus padres adoptantes, por ello se debe tener mucho cuidado con este tipo de registros, más aún si tenemos en cuenta que la futura vida de relación y el proceso de socialización natural del adoptado se hará a partir de los apellidos que tenga en su condición de adoptado

Por lo expuesto es pertinente comentar los aspectos legales más importantes relacionados con el procedimiento de adopción. Así por ejemplo cuando se sancionó

la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley NQ 26662 Y su modificatoria a través de la Ley NQ 26809, se han establecido una serie de pautas legales para viabilizar la adopción de mayores de edad, disponiendo la extensión de una nueva partida de nacimiento por ejemplo.

El 2 de abril del 2001 se publicó la Ley NQ 27442, por medio de la cual se modifica el artículo 379 del Código Civil.

La norma ha modificado aspectos procedimentales de la adopción en la parte ejecutora, esto es, cuando se materializa registralmente.

Las inscripciones de adopción anteriores a la Ley NQ 27442 se han venido efectuando por los registradores de Estado Civil de la República, teniendo en cuenta las precisiones siguientes:

- La inscripción registral de la adopción es un acto que emana de un mandato administrativo o judicial. En consecuencia, es una inscripción de oficio.
- En los actos administrativos de oficio solo interviene el funcionario público autorizado y debe consignar obligatoriamente la decisión judicial o administrativa que sustenta el asiento.
 - La intervención de un declarante en una inscripción de oficio implica dos actos (constitutivo y declarativo) que se contraponen.

Dada la condición de registro jurídico de los Registros de Estado Civil, las formalidades que conforman el acto registral deben mantener un estricto ceñimiento normativo, por lo que en atención al carácter imperativo de la norma modificada por Ley N° 27442, deberá tenerse en consideración una serie de pautas procedimentales, que con mucho acierto el Jefe del RENIEC ha dispuesto para todos los registradores civiles a través del Oficio Circular NQ 001-2001-JEF/RENIEC del 4 de abril del 2001.

Dichas pautas son las siguientes:

- 1) De acuerdo a la norma la resolución administrativa, judicial o escritura pública que aprueba la adopción deberá ser comunicada a la Oficina de Registro de Estado Civil donde se registró el nacimiento del adoptado, para que proceda conforme dispone el artículo modificado.
- 2) El Registrador de Estado Civil deberá anotar en la parte marginal o en "Anotaciones Textuales" de la partida de nacimiento original, el acta siguiente: "Por la resolución administrativa (o judicial o por escritura pública) el titular de la presente partida ha sido adoptado porxxxxxpor lo que se dispone el archivamiento de la presente partida, manteniendo su vigencia únicamente para los efectos de los impedimentos matrimoniales".
- 3) Simultáneamente, se deberá extender la nueva partida de nacimiento del adoptado en el Libro de Nacimientos Ordinario de la Oficina de Registro de Estado Civil, en la que se consignará como declarante a el o los padres adoptantes, quienes participarán del acto registral firmando la partida por tratarse de un acto declarativo, personal y directo.

- 4) Encontrándose prohibida toda mención respecto de la adopción, no podrá consignarse en la nueva partida de nacimiento la resolución administrativa, judicial o escritura pública que dispone la adopción

En mérito de la disposición precedente, para los efectos de dar cumplimiento a la expedición de certificaciones de la partida original obligatoria para la inscripción en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales, así como para los efectos de establecer los impedimentos consanguíneos en la declaración matrimonial, conforme dispone el último párrafo del artículo 379 del Código Civil y para el cese de la adopción que establece el artículo 385 del Código Civil, deberá consignarse en la parte de anotación textual de la nueva partida el número y año de la partida original.

La expedición de certificaciones de la nueva partida de nacimiento se limitará al cuerpo principal de la misma.

Estas disposiciones del RENIEC nos parecen muy acertadas porque no hacen sino rescatar la función evaluadora que tienen los registradores civiles, porque ellos no pueden ser meros agentes receptores de un documento, ni mucho menos pueden inscribir mecánicamente un acto registral, sino que su rol va mucho más allá, ellos deben estudiar, analizar la documentación que reciben y tomar todas las medidas de seguridad jurídica para garantizar no solo la idoneidad de una inscripción sino también su validez, para que puedan surtir efectos jurídicos.

Entendemos que se quiera promover las adopciones como una alternativa para que muchos niños abandonados tengan una familia que los acoja y les proporcione los cuidados que su familia natural no ha podido dárseles, pero también es importante que para efectos de la inscripción de estas adopciones se tengan en consideración los principios registrales y las normas que sustentan el registro civil, para seguridad jurídica de los propios titulares de las partidas.

e5 DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001; ALTERINI. *Derecho Privado*. Segunda edición actualizada. Primera reimpresión. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1977; ABELENDIA. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1980; ACUÑA ANZORENA. *Consideraciones sobre el nombre de las personas*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961; CIOCCO y SÁNCHEZ URITE. *El nombre de las personas naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970; VIAL DEL RÍO y L. YON PUELMA. *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago; MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomos 11 y 111. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979; AGUILAR GORRONDONA. *Derecho Civil. Personas*. UI11Versidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1963; RUBIO CO RREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995.

NOMBRE DEL RECIÉN NACIDO DE PROGENITORES DESCONOCIDOS

El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil.

CONCORDANCIAS:

C.	arto 2 inc. 1 J,
4 C.C. LEY26497	arts. 19,70,72 arto 48

JJJJ Comentario

Ximena Benavides Reverditto

La regulación del nombre del expósito, en relación con el Código Civil de 1936, es un aporte del Código Civil de 1984. Este dispositivo guarda relación con el Principio Tercero de la Declaración de los Derechos del Niño que establece que "el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad" y con los artículos 2 numeral 1 y 8 de la Constitución de 1979 y el artículo 4 de la Constitución Política de 1993, referidos todos ellos a la protección constitucional del niño. Este precepto "se justifica plenamente por la necesidad jurídica, fundada en el interés social, de otorgar un nombre a cada persona" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el expósito es aquel recién nacido que fue abandonado o expuesto, o confiado a un establecimiento benéfico. El artículo 23 del Código Civil de 1984 agrega a dicha definición la condición de que los progenitores del recién nacido sean desconocidos. En ese caso, la norma confiere al registrador civil la atribución de asignar un nombre *adecuado* al recién nacido.

El Código Civil no precisa las pautas para que el registrador civil cumpla esta atribución. Ante la falta de precisión, debemos inferir que al menos debe otorgarse al expósito un prenombre y dos apellidos. Tampoco el Código Civil, en el artículo 23 o en algún otro, establece qué se debe entender por "nombre adecuado". La sutil mención de que el registrador debe elegir un nombre adecuado implica que no pueda emplear indiscriminadamente el nombre de conocidos o famosos, nacionales o extranjeros, con los problemas que traería ello.

En opinión de la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil, "no es el Código Civil el lugar para establecer en detalle pautas para determinar lo que debe entenderse por nombre adecuado; dicha precisión debería hacerse vía reglamentaria". En nuestra opinión, el artículo 19 del Código Civil de 1984 pudo haberse referido al concepto de "nombre adecuado" al definir al nombre como un derecho y un deber de

toda persona. El artículo 33 del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación Y Estado Civil (RENIEC) al respecto señalaba que no podían ponerse prenombres que en sí mismos o en combinación con los apellidos resulten extravagantes, ridículos, irreverentes, contrarios a la dignidad o al honor de la persona, así como al orden público o a las buenas costumbres, que expresen o signifiquen tendencias ideológicas, políticas o filosóficas, que susciten equívocos respecto del sexo, o que utilice apellidos como prenombres. Lamentablemente, el único artículo que de forma expresa podía ayudarnos a determinar el contenido del concepto de "nombre adecuado" fue derogado.

El artículo 48 de la Ley de Creación del Registro Nacional de Identificación y Esta do Civil (RENIEC) contempla la inscripción de expósitos de la siguiente manera:

"En caso de orfandad paterna o materna, desconocimiento de sus padres, ausencia de familiares o abandono, la inscripción de nacimiento la podrán solicitar los ascendientes del menor, sus hermanos mayores de edad, los hermanos mayores de edad del padre o de la madre, los directores de centros de protección, los directores de centros educativos, el representante del Ministerio Público, el representante de la Defensoría del Niño a que alude el Capítulo 111 del Libro Segundo del Código de los Niños y Adolescentes o el juez especializado, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo precedente. El procedimiento es gratuito".

La regulación del nombre del expósito del artículo 23 guarda relación con el derecho comparado. Así, el artículo 51 del Código Civil paraguayo establece "el expósito, o hijo de padres desconocidos, llevará el nombre y el apellido con que haya sido inscrito en el Registro de Estado Civil". Respecto a los criterios que debemos tener en cuenta para determinar que un nombre es adecuado, el ordenamiento jurídico chileno en el artículo 6 de la Ley NQ 17334 del 22 de setiembre de 1970 señala que "no podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje". Del mismo modo, en Argentina, la Ley NQ 18248 del 1 O de junio de 1969 establece que "los nombres no deberían ser ridículos, extravagantes, contrario a las buenas costumbres ni deberían suscitar dudas sobre el sexo de las personas".

~ DOCTRINA

- FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986;
- ESPINOSA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001; ALTERINI. *Derecho Privado*. Segunda edición actualizada. Primera reimpresión.~AbeledoPerrot. Buenos Aires, 19~7; ABELENDA. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo 11. As~a. Buenos Aires, 1980; ACUNA ANZORENA. *Consideraciones sobre el nombre de las personas*. Abeledo-Perrot. Buenos-Aires, 1961; CIOCCO y SÁNCHEZ URITE. *El nombre de las personas naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970; VIAL DEL RÍO y L YON PUELMA. *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago; MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomos 11 y 111. Ediciones Jurídicas Europa América. Boenos Aires, 1979; AGUILAR GORRONDONA. *Derecho Civil. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1963; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995.

DERECHO DE LA MUJER DE LLEVAR EL APELLIDO DEL MARIDO

La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

CONCORDANCIA:

C.C.

arts. 29, 274 Yss., 332 yss., 348 yss.

tlJJ Comentario

Moraima Perradas Reyes

El cambio de estado civil conlleva, en nuestro ordenamiento jurídico nacional, el derecho de la mujer a adicionar a su apellido aquel del marido. Cabe precisar que hasta antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 lo que actualmente constituye un derecho, resultaba una obligación para la mujer que cambiaba de estado civil.

En este sentido, vemos que, como señala FLORES NANO, en el caso de la mujer casada el apellido puede ser, además del reflejo de un vínculo filial (de una relación de pertenencia a una determinada familia), la manifestación del estado civil, aunque este último punto no es pacífico en la doctrina.

Sobre este particular tenemos la postura de PLANIOL, quien sostiene que el apellido constituye indicador de filiación y no de estado civil y que permitir que el matrimonio conlleve a una modificación del nombre de la persona implica que la identificación de la persona se vea disminuida (FLORES NANO). Por otro lado, sobre el mismo tema tenemos la opinión de Messineo quien consideraba que la adición del apellido del marido por parte de la mujer no tiene los caracteres de una modificación del nombre en sus funciones de individualización de la persona, y que en realidad, la mujer casada sigue manteniendo su apellido original (PLINER).

Ahora, es preciso mencionar que a nivel de la legislación comparada la regulación relativa al apellido de la mujer casada ha sido sumamente variada, por lo que una sistematización precisa de los diferentes tipos de sistemas resulta por demás imposible. Ello no obstante, en un importante intento de clasificación, PLINER divide las diferentes legislaciones en los seis grupos que a continuación presentamos, y que nos permiten dar una idea de las diferentes tendencias de la legislación foránea.

- a) Primer grupo: países cuyas leyes disponen que la mujer tome o asuma el apellido del marido
- b) Segundo grupo: países en los que la mujer conserva su propio apellido y agrega el de su marido
- c) Tercer grupo: países cuyo derecho otorga a los cónyuges la posibilidad de elegir el apellido que adoptarán
- d) Cuarto grupo: países que no legislan expresamente sobre el apellido de la mujer casada pero que tienen normas para el caso de divorcio.
- e) Quinto grupo: países en los cuales el matrimonio no opera cambio alguno en el apellido de la mujer.
- f) Sexto grupo: países en los que no ha sido legislada esta materia y que se rigen por tradiciones sociales y por la costumbre establecida.

Como vemos, la opción adoptada por el legislador peruano pertenece a lo que PLINER considera el segundo grupo.

Por otro lado, debemos resaltar que el artículo bajo comentario no hace mención alguna en relación a la posibilidad de la mujer de hacer uso simultáneo de dos apellidos (el suyo y el del marido) dependiendo del ámbito en el cual se esté desenvolviendo. Ello no obstante, si bien el tema no es unánime a nivel doctrinario en tanto hay quienes se han manifestado a favor del uso simultáneo de ambos apellidos y quienes, preocupados por permitir la adecuada identificación de las personas a través del nombre se han manifestado en contra, creemos que en la práctica, el uso simultáneo de ambos apellidos viene ocurriendo en nuestra realidad (FLORES NANO).

Ahora bien, en cuanto a la cesación del derecho de la mujer de llevar el apellido del marido, el artículo bajo comentario es claro al señalar que dicho derecho cesa en caso de divorcio o de nulidad del matrimonio. Sobre este particular, puede afirmarse que en la totalidad de las legislaciones donde es admitida la disolución del matrimonio por divorcio, la mujer pierde el derecho al uso, o cesa su obligación de llevar el apellido del marido (PLINER).

Sin embargo, coincidimos con ESPINOZA ESPINOZA en el sentido que cabe hacerse una interpretación restrictiva de este artículo en el caso de la mujer divorciada que se hizo famosa o notoria con su apellido de casada, caso en el cual el derecho familiar del apellido del marido sucumbe ante el derecho a la identidad de la mujer.

Cabe resaltar que un sentido similar se han pronunciado las legislaciones francesa y "argentinas", las mismas que señalan que la mujer divorciada podrá conservar el uso del apellido del marido "*si el/a justifica que un interés particular lo requiere para el/a o para los hijos*" (artículo 264 C.C. francés) o "*si por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese-cororcida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades*" (artículo 9 de la Ley 18.248).

No obstante lo anteriormente dicho, como PLINER consideramos que para la aplicación de esta interpretación restrictiva del artículo 24 del Código Civil, la autorización para el uso del apellido del ex marido deberá ser impartida por el juez, no bastan

do un simple acuerdo de las partes por la naturaleza misma del nombre. Asimismo, creemos que en estos casos el juez deberá dejar claramente especificada la forma, el modo y el tiempo en que la mujer quedará autorizada a emplear el apellido de su ex marido, circunscribiéndolo severamente al ámbito preciso para el cual ese uso excepcional le fue solicitado (PLINER).

Finalmente, debemos señalar que nos queda claro el caso de separación de cuerpos en tanto, mientras el vínculo entre marido y mujer persista, si bien con menor intensidad y con algunos deberes y derechos suspendidos, parece justo que la mujer mantenga su derecho a llevar el apellido del marido.

~ DOCTRINA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Huallaga. 3¹ edición. Lima, 2001; BATTLE, Manuel. *El Derecho al Nombre*. Reus. Madrid, 1931; PLINER, Adolfo. *El Nombre de las Personas*. 2¹ edición. Astrea. Buenos Aires, 1989; FLORES NANO Y CAMPOS RAMOS. *El Nombre de la Mujer Casada*, en: *Los Derechos de la Mujer*. Tomo 11. Comentarios Jurídicos. DEMUS. Lima, 1998.

PRUEBA DEL NOMBRE

:JJL

La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil.

CONCORDANCIAS:

LEY26497 art. 26, 40, 41, 44, inc. a), 52, 58
D.LEG. 837 ardo 3

JJJJ Comentario

Nélida Palacios León

Lo dispuesto en este artículo, que constituye una novedad en relación con el Código Civil de 1936, tiene como fundamento la obligatoriedad de la inscripción del nacimiento y, consecuentemente, del nombre, en el Registro del Estado Civil. En efecto, de conformidad con el artículo 41 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, el registro del estado civil de las personas es obligatorio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del mismo cuerpo normativo, los nacimientos se inscriben en el Registro de Estado Civil.

Como el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del Registro de Estado Civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que va a ser inscrita queda registrado en el Registro mencionado, resulta razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho Registro, máxime cuando cualquier variación en torno del mismo, así como los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona también se inscriben en el citado Registro; así, se inscriben en éste, los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Asimismo, en tanto el Registro del Estado Civil tiene carácter público, cualquier interesado puede solicitar la expedición de las constancias de inscripción respectivas, las que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la citada Ley Orgánica, son considerados instrumentos públicos y constituyen prueba fehaciente de los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad. En este sentido, la información relativa al nombre obrante en el Registro del Estado Civil, acredita en forma Veraz el nombre de una persona determinada.

No obstante lo señalado precedentemente, cabe precisar que si bien la inscripción del nacimiento de una persona en el Registro de Estado Civil, prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona, ello no significa en modo alguno que dicha inscripción constituye también medio de prueba de la filiación de dicha persona. Incluso cuando al momento de inscribir el nacimiento y subsecuente nombre también

se haya efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en tal caso, en pureza, será este último acto el que acredite la filiación y no la inscripción del nacimiento. Al respecto, el artículo 52 de la Ley Orgánica antes citada contiene una disposición expresa en el sentido señalado.

Asimismo, resulta necesario precisar que el hecho de la falta del registro del nacimiento y nombre de una persona, no impide el ejercicio de los derechos humanos fundamentales de ésta. En efecto, si bien el incumplimiento de la obligación de registrar el nacimiento y subsecuente nombre de una persona impide la obtención del Documento Nacional de Identidad (DNI) y la expedición de alguna constancia por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y, consecuentemente, el ejercicio de los derechos para los que se requiere la previa obtención del DNI o la previa identificación de la persona, la falta de inscripción del nacimiento de una persona en el citado Registro, no autoriza en modo alguno a que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponden como ser humano, que son inherentes a su condición humana, como son, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la legítima defensa, etc.

Así, una cosa es la posibilidad de ser identificado, la que se realiza como se ha señalado *ya*, con el nombre, cuya prueba se remite a la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil, y otra cosa muy distinta el derecho de gozar o no de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, los que le corresponden por el simple hecho de tener vida. En este sentido, la imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale de ninguna manera a privarlo de sus derechos como ser humano (RUBIO CORREA).

~ DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga, 2001; ALTERINI. *Derecho Privado*. Segunda edición actualizada. Primera reimpresión. AbeledoPerrot. Buenos Aires, 1977; ABELENDIA. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1980; ACUÑA ANZORENA. *Consideraciones sobre el nombre de las personas*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961; CIOCCO y SÁNCHEZ URITE. *El nombre de las personas naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970; VIAL DEL RÍO y L VON PUELMA. *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago; MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomos 11 y 111. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979; AGUILAR GORRONDONA. *Derecho Civil. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1963; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995.

M JURISPRUDENCIA

"No es procedente la rectificación de nombre en mérito a escritura pública, toda vez que la identidad personal no se encuentra sujeta a lo manifestado por las

partes, sino que ésta se determina conforme a los datos contenidos en los correspondientes documentos de identidad, de conformidad con el artículo 25 del Código Civil que establece que la prueba del nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil, los cuales deberán ser comparados con la información que obre en el Registro".

(Res. N!! 019-2002-ORLCnR del 17/01/2002. Diálogo con la Jurisprudencia N!! 42. Gaceta Jurídica S.A Lima, 2002. Pág. 245)

"Es improcedente el pedido del actor para que se declare judicialmente su verdadero nombre e identidad, si en el propio recaudo que apareja la acción está acreditado su verdadero nombre".

(Exp. N!! 15048-98 del 30/12/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

- ----

CONTESTACIÓN DEL NOMBRE

*Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre.
Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho
violatorio y la indemnización que corresponda.*

CONCORDANCIAS:

C. *arto 2 ,inc. 1)*
C.C. *arts. 19,31, 1969*

JJJJ Comentario

Elvira Gonzales Barbadillo

El nombre individualiza a la persona, representando por ello, un derecho cuya protección es exigible judicialmente. La importancia de su protección, además radica, en que es una manifestación del derecho a la identidad (ESPINOZA ESPINOZA).

La negación o contestación del nombre de una persona por otra puede ser cesada a través de la Acción de Reclamación o Reconocimiento, por la cual el titular del atributo dirige contra aquel que le niega al portador la pertenencia o la legitimidad del nombre que lleva y tiene por objeto obtener la declaración y reconocimiento de su derecho (PLINER), esto implica que la persona exija judicialmente que se le designe por su nombre, sea en forma completa o en alguno de sus elementos (prenombre y apellido) (CIFUENTES).

Existen diversas formas en que un tercero le niegue o conteste el nombre a una persona, como puede ser el caso que en publicaciones periodísticas, en actuaciones judiciales o en manifestaciones verbales, pero públicas, una persona le niega a otra el derecho al nombre que lleva; o si el funcionario público del Registro Civil rehusa la inscripción de su nombre en las partidas correspondientes (BORDA), que una empresa que presta el servicio de telefonía se niegue a poner el nombre del abonado en la guía, o que alguien le niegue su derecho a participar con ese nombre en un club o en una sociedad (CIFUENTES) o de la negativa de un funcionario a recibir una declaración o de atender un trámite del interesado bajo el nombre que invoca so pretexto que ése no es el suyo (PLINER).

Esta Acción cuenta con dos elementos esenciales: 1) que el demandante sea el portador legítimo del nombre cuestionado; 2) que el demandado lo haya desconocido o impugnado (PLINER).

El presupuesto de la norma **a** efectos de su procedencia implica que el "acto trasgresor del derecho haya sido público o haya trascendido, así como que permanezca

en el tiempo, es decir, que el acto lesivo continúe hasta cuando la persona agravada requiera judicialmente la cesación del hecho violatorio.

En caso que la trasgresión haya sido por una sola vez, o haya culminado el acto lesivo, la acción contenida en el artículo bajo comentario devendrá en improcedente, puesto que no existe cesación alguna que demandar, siendo factible que en caso se haya producido un daño, éste pueda ser reclamado mediante una acción de responsabilidad civil (RUBIO CORREA).

La acción dirigida a la cesación del hecho violatorio constituye una acción personal, la que prescribe a los 10 años, conforme lo establece el inciso 1) del artículo 2001 del Código Civil, en tal sentido, es factible que vencido el plazo señalado, la víctima no pueda accionar, a pesar que permanezca el acto lesivo.

Aclarada la factibilidad de prescripción de la acción de reclamación o reconocimiento, surge la duda, desde cuándo se inicia el cómputo del plazo prescriptorio. Coincidimos con RUBIO CORREA, cuando señala que el cómputo del plazo se inicia desde que el acto lesivo se hace público.

Esta acción se tramita como proceso abreviado, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso

1) de la Cuarta Disposición Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

El mismo párrafo bajo comentario, posibilita una segunda acción, que es la indemnización por el daño ocasionado por la trasgresión del derecho al nombre de una persona, contenida en la responsabilidad extracontractual que se presenta.

La trascendencia pública del desconocimiento del nombre de una persona puede conllevar a perjuicios económicos y morales, tales como la pérdida del crédito comercial o profesional, frustración de sus actividades económicas por la retracción de quienes tienen habituales relaciones de negocios con el interesado, paralización de cuentas bancarias, etc., sin que se cuente las lesiones al honor, el desmoronamiento de un prestigio ganado a fuerza de trabajo, el aislamiento social, y las mil consecuencias que debe sufrir una personalidad atacada en el símbolo esencial que la individualiza (PLINER).

En ese sentido, la acción de responsabilidad extracontractual contenida en el artículo bajo análisis, posibilita que la víctima del acto violatorio exija la indemnización correspondiente al autor del acto lesivo. Para que proceda esta acción basta que exista un perjuicio económico o moral (LEÓN BARANDIARÁN).

La indemnización se produce como consecuencia del daño causado, encontrándose regulada en el artículo 1985 del Código Civil. El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos económicamente dañinos (DE TRAZEGNIES). En tal sentido, la indemnización comprenderá todas las situaciones dañinas que surgen con el desconocimiento del nombre de una persona.

Al constituir esta acción una de responsabilidad extracontractual, prescribe a los 2. años, conforme lo establece el inciso 4) del artículo 2001 del Código Civil, la que debe ser computada desde que se hizo público el acto lesivo.

e::J DOCTRINA

ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001; CIFUENTES. *Elementos de derecho civil. Parte general*. 4^a edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1995; PLINER. *El nombre de las personas*. Astrea. 2^a edición. Buenos Aires, 1989; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1991; DE TRAZEGNIOS GRANDA. *La responsabilidad extra contractual*. Vol. IV. Tomo 11. PUCP. Lima, 1988.

~~

CONVENIO RELATIVO AL NOMBRE

Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley.

CONCORDANCIAS:

C.	arts. 2 incs. 1), 7), 14); 62
C.C.	arts. V, 5, 32, 219, incs. 4), 7), 1354, 1355, 1356
C.N.A.	arto 6

JIJJ Comentario

Tal(Ismael Cordero Gorriti

La inclusión de esta disposición es una novedad del texto legal vigente, toda vez que ni el Código Civil de 1936 ni el Código Civil de 1852 recogieron precepto de contenido similar. Cabe aclarar, empero, que el derecho al nombre propio fue recogido expresamente por la Constitución de 1979, en el artículo 2, inciso 1.

1. Definición

El artículo bajo estudio, que se encuentra ubicado dentro del Libro I (Derecho de las Personas), Sección Primera (Personas Naturales), Título 111 (Nombre) del Código Civil de 1984, es uno de los casos en que la ley castiga una conducta determinada con una nulidad. En este caso, la nulidad opera cuando una persona acuerda un régimen especial de derechos y obligaciones que tengan por objeto su nombre; siempre que tal acuerdo no esté referido a fines publicitarios, tenga un interés social o, para aquellas situaciones en que la ley así lo permita.

Es nuestro parecer que, para estudiar adecuadamente el presente artículo, debemos realizar dos aproximaciones previas al tema que trata: en primer lugar, analizar las disposiciones constitucionales (referidas a los derechos fundamentales de las personas) relacionada con el tema que nos ocupa; y, en segundo lugar, debemos agregar un análisis que esté centrado en el aspecto de la contratación entre privados y sus limitaciones. Una vez cumplidos estos pasos previos, nos encontraremos en condición de adecuadamente abordar el precepto motivo del presente estudio.

2. Los derechos personales. El punto de vista constitucional

Siguiendo el mismo espíritu de la Carta Fundamental de 1979, la Constitución Política de 1993 recoge una serie de derechos y libertades en su artículo 2. Dentro de esos derechos y libertades, en un segundo plano frente al derecho primigenio a la vida, es conveniente rescatar a uno del resto: nos referimos al derecho a la identidad.

Para ESPINOZA ESPINOZA, el derecho a la identidad se desdobra en dos aspectos los conceptos "estático" y "dinámico":

"...la identidad se desdobra en dos manifestaciones, a saber, la identidad estática, la cual está conformada por lo que llamamos las generales de ley (tal es el caso de nombre, filiación, fecha de nacimiento, entre otros datos que identifican a la persona), y la identidad dinámica, la cual está constituida por el patrimonio cultural, espiritual, político, religioso y de cualquier otra índole, de cada uno de nosotros".

En cambio, sostiene BERNALES BALLESTEROS que este derecho personal a la identidad comprende los tres aspectos que se precisan a continuación: en primer lugar, la identificación de las personas, que comprende principalmente al nombre y al seudónimo (en caso de existir este); y define la distinción de cada individuo del resto de sus congéneres dentro de una sociedad. En segundo lugar, se encontraría el factor familiar; que determina la identidad del individuo en relación al núcleo básico

i social. Finalmente queda el aspecto psicológico de la identidad o la posibilidad de percibirse a uno mismo en relación con los demás a través de la identidad (el mismo que es reconocido por los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú forma parte: la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos de la ONU y la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica) donde se manifiesta el término general "nombre" -con sus componentes: el prenombre, nombre bautismal o de pila, el apellido paterno y el apellido materno-, por lo que queda claro que éste es un aspecto parcial dentro del derecho más amplio a la identidad.

Se comprende así que la norma constitucional protege al derecho a la identidad (y que subsume dentro de ella al derecho a tener un nombre) pero que, a la vez, aquella concepción de la identidad como un devenir que toma forma de acuerdo al progreso logrado ya la experiencia ganada por cada persona de acuerdo al transcurso del tiempo puede desbordar un referente estático como lo sería la palabra o el conjunto de palabras por medio de las que una persona se reconoce a sí misma. Es menester pues, examinar el segundo aspecto previo que hemos propuesto.

3. La normas sobre la contratación privada

A fin de continuar con nuestro estudio del artículo 27, enunciaremos tres normas fundamentales que delimitan el ámbito de la contratación privada. En primer lugar, debemos considerar el llamado "Principio de la Libertad Contractual", que está contenido por el artículo 1354 del Código Civil de 1984. Dicha norma dispone que salvo por disposición expresa de la ley, las partes gozan de libertad para decidir cómo y sobre qué se obligan. El legislador ha limitado de esta forma la vigencia absoluta de la teoría clásica de la "autonomía de la libertad", en tanto se considera modernamente que los contratos cumplen una función económica que no puede estar alejada del bien común (de la sociedad). Sobre este tema, ARIAS-SCHREIBER PEZET explica que:

"Resulta así que si bien la voluntad concordada sigue siendo la piedra angular de la construcción contractual, han entrado nuevos elementos que le dan una particular fisonomía y que el entendimiento del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas, ha quedado modificado, pues a la oposición de intereses le sustituye su yuxtaposición. Acontece, en suma, que tales intereses ya no están contrapuestos sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en una voluntad de servir a la comunidad. El contrato es, por lo tanto un medio de satisfacción económica y, como todas las instituciones fundamentales, queda articulado a la sociedad en función del bien común".

No creemos posible, en consecuencia, que se pueda pactar sobre todos los derechos de los que una persona es titular, sino que existen excepciones indisponibles.

En segundo lugar, nos encontramos frente al llamado "Principio de Dirigismo Contractual o Intervención Estatal", contenido por el artículo 1355 del mismo Código. Este precepto no es sino la confirmación por parte del legislador que la libertad contractual ha dejado de ser absoluta. Así, el individualismo manifestado en la contratación privada encuentra una vía clara de encausamiento que, si bien permite la libre asociación de las personas con fines económicos, también sanciona aquellos acuerdos contrarios al orden público y las buenas costumbres con la nulidad (según estádispuesto por el artículo V, del Título Preliminar del Código Civil de 1984).

Finalmente, debemos tener presente el "Principio de Supletoriedad de las Normas sobre Contratación", contenido por el artículo 1356 del Código Civil, que ha dispuesto que las normas sobre contratación tienen carácter supletorio; es decir, ocupan un segundo lugar frente a aquello que las partes consideren pertinente estipular. Consecuentemente, a menos que exista un mandato imperativo por parte de la ley que sea de aplicación para el caso particular, las partes pueden libremente acordar el contenido de sus contratos.

Dice ARIAS-SCHREIBER PEZET:

"El precepto bajo comentario (el artículo 1356) se encuentra referido a las normas denominadas facultativas, interpretativas o supletorias de la voluntad. Ello no determina, empero, que tales normas dejen de tener aplicación o que puedan quedar derogadas por la simple voluntad de las partes, puesto que en esa hipótesis se estaría vulnerando el principio recogido en el artículo I del Título Preliminar (del Código Civil de 1984). Al hablar de normas facultativas queremos decir, simplemente, que son aquellas que admiten ser sustituidas por las partes. Naturalmente, si las partes no las reemplazan por regulaciones específicas, su aplicación será ineludible".

En conclusión, a través de la aplicación conjunta de estos tres preceptos relativos

a la contratación, podemos afirmar que los contratos entre sujetos privados únicamente son vinculantes (por ende, con prestaciones de cumplimiento exigible), cuando las provisiones acordadas entre ellas no estén sometidas al mandato imperativo de las normas pertinentes; siendo que las previsiones particulares de dicho contrato pueden ser limitadas por razones de interés social (el mismo que tiene preponderancia sobre la libertad individual) y -en segundo lugar; que la voluntad de las partes

pueda o no ser igual las normas de carácter dispositivo reservadas a la o las figuras jurídicas aplicables a cada contrato- en mérito a la posibilidad de pactar distinto a lo estipulado por las normas que no son imperativas.

4. Interpretación de la norma

En virtud de lo expuesto en las dos secciones precedentes, podemos plantear el siguiente camino de interpretación acerca de la nulidad general de los contratos o convenios cuyo objeto sea el nombre de una persona: el derecho al nombre, está comprendido dentro del derecho a la identidad; el mismo que pertenece a los derechos personales, que son "esencialmente privativos del individuo, intransmisibles y por tanto intrínsecos a él" (BERNALES BALLESTEROS). En consecuencia, el nombre de una persona no es susceptible de ser negociado, ni puede someterse al albedrío contractual de las partes. De esta forma, la ley ha sido clara cuando prescribe que ninguno de los atributos de la propiedad -es decir el uso, usufructo, gravamen o disposición de un derecho- es transferible a un tercero, cuando del derecho a la identidad (en este caso, específicamente en cuanto al nombre), se trata.

Pero en tal caso, ¿cómo entender que el Código Civil permita convenios sobre el nombre en materia de publicidad, fines sociales o cuando la ley lo permita? Nos parece relevante la opinión de PLINER sobre el particular:

"Se presentan en la experiencia casos que parecen negociaciones que tienen por objeto el nombre, las que inducen a error sobre el contenido de la convención. Tal es el muy corriente de los artistas que, mediante una compensación en dinero, autorizan a comerciantes o a industriales la utilización de su nombre para fines de publicidad. Ahí no es el signo denominativo de la persona el objeto del negocio, puesto que no lo ha cedido, ni siquiera temporalmente, ni ha limitado en forma alguna la plenitud de la función individualizadora propia que ese nombre cumple, ni lo ha transferido a nadie a ese título, de modo que no hubo un desplazamiento jurídico de la supuesta "cosa" cedida. El negocio se reduce a una promesa bilateral y onerosa de tolerarán hecho al que el interesado podría oponerse y poner en movimiento las acciones legales en protección de su nombre, o de su personalidad; ha renunciado, en forma condicionada y temporaria, al ejercicio de un derecho potestativo como es el de accionar contra quien le ocasiona una lesión jurídica. No ha comprometido su nombre, sino que contrajo una obligación de no hacer" (subrayados nuestros).

Si bien creemos que esta postura se encamina hacia lo correcto, que es la indisponibilidad del nombre, en tanto pertenece a los derechos inalienables de las personas, somos de la opinión que tratar de definir un concepto a través de sus aspectos negativos no configuraría la figura jurídica en su dimensión más clara. Por lo tanto, no se puede definir un convenio sobre el nombre (sea por publicidad, fines altruistas u otros permitidos) como una obligación de "no hacer" o de "tolerar un daño", dado que -en un comienzo- el daño no existe y sí más bien una reciprocidad de prestaciones.

En cambio, somos de la opinión que el nombre puede ser materia de convenio en los supuestos bajo estudio, en tanto éste solamente sirva como "continente" o "envoltura" de aquello que una persona representa. En otras palabras, nos parece que,

para promocionar un bien o a otra persona, sí se puede recurrir a alguien (debidamente identificada por medio de su nombre y sus demás generales de ley); con la salvedad de que el contenido del contrato o convenio de publicidad se hará en atención a la prestación de un servicio que está determinado por las características individuales de la persona que responde al nombre que supuestamente "es materia" del convenio.

En puridad, creemos que no se debe hablar de "la utilización del nombre" de una persona por parte de un tercero, sino de la prestación de un servicio por parte de ella, para cuyo caso, el nombre será el elemento que sirve para "representar" la prestación de dicho servicio. Lo que sucede entonces es que el prestigio, las habilidades o la capacidad de la persona son el verdadero objeto del convenio bajo estudio y constituyen aquello que verdaderamente se traslada o utiliza. Así pues, si incluimos el nombre de una persona famosa en unas zapatillas, por ejemplo, se entenderá que se presta un servicio personal consistente en la traslación del buen gusto de dicha persona, su afinidad por lo sofisticado y su "garantía personal" en pro de la calidad del producto que se está patrocinando.

En relación a este tema, han opinado los juristas argentinos GARRIDO y ZAGA:

"El ser humano resulta ser dueño de sus bienes, de su persona y de sus facultades, atributos y potencias físicas e intelectuales que se ejercitan y traducen en actividad, en trabajo; en consecuencia, el hombre puede disponer de ellas, cediéndolas tempranamente a otras personas, ya sea en forma gratuita u onerosa, y

en este último supuesto mediante la contraprestación que puede consistir en una cosa, un servicio o una suma de dinero. Ahora bien, cuando la contraprestación de aquella actividad física o intelectual desarrollada en favor de otro consiste en una suma de dinero, la relación jurídica que se establece es calificada como locación de servicios o de 'obra'".

De esta forma, al utilizar el nombre de esta forma dadas las calificaciones -profesionales o de otra índole- y la experiencia y prestigio social de que goza la persona sobre cuyo nombre opera el contrato, sí se puede obtener o prestar un servicio personal y/o profesional que convierte al nombre en un elemento identificador valioso para la consecución de un fin económico. Hablamos pues, del interés que tendrá un tercero en que una persona le "preste" su nombre, en base a las cualidades personales de ésta, por lo que el apoyo o la recomendación que haga de algo o alguien contribuirá directamente a la creación de riqueza en la moderna sociedad de consumo.

Sobre este punto último -el de la sociedad de consumo- deseamos citar la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, que entendemos presta apoyo a nuestras

anteriores apreciaciones (FERNÁNDEZ SESSAREGO):

"El hecho de convenir en el uso del nombre para fines de propaganda comercial no puede significar ni la renuncia ni la cesión del derecho del nombre ni tampoco una limitación en su ejercicio (subrayado nuestro). Se trata solo de la posibilidad de permitir el uso temporal del nombre de una persona notoria y popular para, a través del prestigio y la simpatía que inspira la persona que lo detenta, promover la venta de un producto en una sociedad de consumo".

Por otra parte, cuando la ley habla de cuestiones de interés social, creemos que opera en el otro extremo del espectro; en tanto, si el convenio sobre el nombre que está relacionado a cuestiones publicitarias tiene un carácter patrimonial (económico), aquél relacionado a fines sociales tiene un fondo altruista, moral y solidario. En consecuencia, si el Código Civil, en el artículo V del Título Preliminar dispone la nulidad de aquellos actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; "contrario sensu", aquellos actos jurídicos que no contravienen esta norma no pueden sino ser permitidos.

Finalmente, aun cuando el legislador no ha explicado la razón por la que se puede pactar cuando lo permite la ley (se entiende, expresamente), creemos que éste se ha puesto en el caso en que, como consecuencia de la permanente evolución de la sociedad, se configuren supuestos diferentes a los ya contemplados por la norma mediante los cuales en la práctica opere esta situación, por lo que bastaría una norma especial para permitirlos y regularlos, de ser el caso.

5. Conclusiones

Efectuado nuestro análisis, deseamos resaltar los siguientes aspectos relacionados con el artículo 27 del Código Civil de 1984: a) El derecho al nombre es una de las facetas del derecho personal a la identidad.

- Dicho derecho, en tanto es personalísimo, se encuentra fuera del ámbito patrimonial de las personas y, no es disponible.
- b) La ley sanciona con la nulidad a aquellos actos que transgredan el orden fundamental del sistema jurídico.
 - c) No obstante, por medio del artículo comentado, la ley permite que se establezcan acuerdos sobre la utilización del nombre de una persona por terceros.
 - d) Las causas permitidas para que dichos acuerdos se lleven a cabo son tres: fines publicitarios, fines de interés social y, cuando la ley expresamente lo autorice así.
 - e) En tales casos creemos que la utilización del nombre se da en el ámbito de calidades intrínsecas y adquiridas que hacen posible prever que la relación que la ley permite (entre la persona que permite el uso de su nombre y el bien o la persona con quien se la relacionará) causará un efecto positivo en la comunidad; efecto -cabe remarcar- que puede ser cuantificado en términos monetarios. Creemos pues, que existe, no una utilización o disposición de un derecho personalísimo y tampoco una prestación de no hacer, en lo referido al no ejercicio de las acciones de defensa del nombre; sino más bien, la prestación de un servicio personalísimo.

e::::J. DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*.22 edición. Gaceta Jurídica SA Lima, 2000; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Técnica Contractual y sus Modelos Contractuales*. 22 edición. Gace

ta Jurídica. Lima, 2001. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. 2@ edición. ICS Editores. Lima, 1996; CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 3@ edición. Huallaga. 2001; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5@ edición. Civitas. Madrid, 1996; GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. *Contratos Civiles y Mercantiles. Parte especial*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1991; Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 8@ edición. Porrúa S.A. - U.N.A.M. México, 1995; PÍNER, Adolfo. *El Nombre de las Personas. Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Derecho Comparado*. 2@ edición. Astrea. Buenos Aires, 1989; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Biblioteca Para leer el Código Civil*. Pontifícia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial. Lima, 1991; Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22@ edición. Espasa. Madrid, 2001; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El Contrato de Locación de Servicios*. 2@ edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2000; O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2@ edición. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989; Varios autores. *Encyclopedia Jurídica Omeba*. Driskill. Buenos Aires, 1985.

USURPACIÓN DE NOMBRE

8ºAorícul.g,1g,S.

Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.

CONCORDANCIA: C.C.
D.S.015-98-PCM

arto 1969 Y ss.
arto 37

JJJJ Comentario

Juan Espinoza Espinoza

Para autorizada doctrina argentina, la usurpación se da "contra quien usa ilegítimamente un nombre ajeno, y tiene por objeto obtener una sentencia judicial que prohíba al demandado la continuación del uso ilícito de la denominación". Sin embargo, en opinión que comparto, otro sector de la doctrina incluye como contenido del *petitum*, además, el resarcimiento de daños (RIVERA). En cambio, este supuesto debería distinguirse del de uso ilícito "impropio" del nombre cuando "el signo individualizador es utilizado para designar un animal, una cosa, un establecimiento, como marca o enseña comercial o a un personaje de ficción" (PLINER). La diferencia estribaría en que en este último caso "no puede hablarse propiamente de usurpación, desde que el nombre deja de servir para mentar a una persona física, en función de su específico destino jurídico, sino que se hace de él un uso impropio, indebido, que puede ser también ilícito y perjudicial para el titular. La lesión que en este caso se ocasiona al legítimo portador del nombre no incide ya sobre el valor individualizador de su persona, y no importa, en rigor disputar al titular su derecho a ese signo, sino que se resuelve generalmente en el menoscabo de otro bien personal, de aquellos que constituyen cualidades o valores que integran la personalidad moral del individuo humano: el honor, la dignidad, el decoro, la esfera de su intimidad, etcétera. Objetiva y formalmente la lesión recae sobre el nombre, utilizado en forma abusiva, pero el efecto del hecho es un agravio a la persona que lo porta" (PLINER).

Entre los precedentes que se han presentado en la jurisprudencia argentina, merece destacarse el caso "Senilloso", a raíz que en una obra cinematográfica cuyo título era "Carnaval", se presenta un personaje de nombre Raúl Senilloso, como un tipo de vida desarreglada y de malos hábitos. En la vida real, Ricardo Senilloso de

mandó a la empresa productora, por sentirse afectado, debido a que el apellido desciende de un prócer y las iniciales coincidían. Para colmo de males, el señor Senilloso, en alguna época de su vida, no tenía buenos hábitos y, por ello, en algunos aspectos, se sentía aludido directamente. La Cámara Civil argentina, con .81 fallo de 128.11.45,

amarcó la pretensión principal; pero no la indemnización. Otro caso es el de un personaje de fantasía denominado "dragoncito Chipy", que generó la demanda de una persona con ese apellido (Cámara Nacional Civil, Sala S, 27.10.80) (RIVERA).

En mi opinión, en materia del derecho al nombre, la usurpación no debe ser entendida bajo una perspectiva "propietarista", vale decir, que se "despoje" del nombre a una persona, sino que se hace del mismo un uso indebido. Los casos que emplea la doctrina argentina que vengo citando, dentro del *nomen* "uso ilícito 'impropio' del nombre" son, en verdad, supuestos de lesión de otros derechos de la persona (daño a la persona), a través del uso indebido del nombre. Por consiguiente, en el caso que se individualice a un animal (v.g. un perro o un burro) con el nombre de un conocido personaje público, en verdad, se está lesionando su reputación (honor objetivo), a través del uso indebido del nombre, en cuyo caso, deberá invocar (si se trata de una persona natural-dañante), el artículo 1969 del Código Civil (responsabilidad subjetiva), artículo 17 (pretensión cesatoria, si se trata de un daño continuado), artículo 5 (que regula el derecho al honor) y artículo 1985 (para determinar los daños y el nexo causal) y no el artículo 28 del Código Civil.

Como ya se señaló, la usurpación del nombre es entendida como el uso indebido del mismo, el cual puede realizarse de manera directa o indirecta. En efecto, la jurisprudencia nacional está comprendiendo dentro de la *usurpación del nombre* (artículo 28 del Código Civil) también al hecho de consignar el nombre de una persona (sin su autorización) en una partida de nacimiento, en calidad de padre. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema, con fecha 11.08.97 (Caso NQ 853-95), ha precisado que:

"El artículo 28 del Código Civil no solo prohíbe la usurpación del nombre de la persona afectada sino también su uso sin su autorización, por lo que la utilización del nombre del demandante en una partida de nacimiento constituye un uso indebido que debe cesar, sin que esto implique un pronunciamiento sobre derechos de filiación".

En este mismo sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema, con fecha 04.12.98 (Cas. NQ 750-97), expresa que:

"El artículo veintiocho del Código Civil regula la institución de la usurpación del nombre, siendo el concepto de usurpación aquí utilizado de naturaleza civil y no penal, es decir no debe entenderse como despojo con violencia, sino que existirá usurpación de nombre cuando éste sea utilizado ilegítimamente por una persona que no es titular del mismo, uso que puede ser directo cuando existe un apoderamiento del nombre, es decir que una persona se identifique con el nombre de otra, y también puede ser indirecto, cuando se use el nombre ajeno no para identificarse sino para consignarlo en documentos o citarlo para atribuirle una manifestación de voluntad o una situación jurídica inexistente o aún no determinada; concediéndole al usurpado la facultad de accionar para conseguir el cese de tal mal uso".

Sigue esta orientación lej. Resolución de Casación NQ 2747-98, de fecha 05.05.99.

Resulta forzoso interpretar- coordinadamente este numeral con los artículos 392 del Código Civil {en el que se establece que si uno- de los progenitores realiza el recono

ci-ento por \$éparado, no puede revelar el nombre de la personas con quien hubiera

-_o ____ .- OJ" ~o ",""0""""'0

tenido el hijo) y 37 del D.S. NQ 015-98-PCM, de fecha 23.04.98, que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), que prescribe lo siguiente:

"Cuando el reconocimiento del hijo extramatrimonial hiciera el padre o madre por separado, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. El Registrador queda impedido de inscribir cualquier indicación al respecto, bajo responsabilidad.

De incumplirse esta disposición, la información consignada se tendrá por no puesta y será suprimida a pedido de parte".

Ello permite concluir que el registrador no debe inscribir el nombre del otro progenitor (sin su consentimiento), bajo responsabilidad. Caso contrario, igualmente, se tendrá como no puesto. En este tipo de casos, solo cabe solicitar judicialmente una exclusión de nombre.

DOCTRINA

PLINER. *El nombre de las personas. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Derecho comparado.* 2~ edición actualizada. Astrea. Buenos Aires, 1989; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil. Parte general, I.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas.* 3~ edición. Huallaga. 2001.

JURISPRUDENCIA
"El artículo 28 del Código Civil regula la institución de la usurpación de nombre, siendo el concepto de usurpación aquí utilizado de naturaleza civil y no penal, es decir no debe entenderse como despojo con violencia, sino que existirá usurpación de nombre cuando éste sea utilizado ilegítimamente por una persona que no es titular del mismo, uso que puede ser directo cuando existe un apoderamiento de nombre, es decir que una persona se identifique con el nombre de otra, y también puede ser indirecto, cuando se use el nombre ajeno no para identificarse sino para consignarlo en documentos o citarlo para atribuirle una manifestación de voluntad o una situación jurídica inexistente o aún no determinada; concediéndole al usurpado la facultad de accionar para conseguir el cese de tal mal uso"

(Cas. NI! 75D-97-Junín, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 8/01199, p. 2435)

"Constituye usurpación de nombre el acto por el cual se le asigna a un hijo extramatrimonial el nombre de un supuesto padre sin que este último lo haya reconocido o sin que se haya establecido la filiación judicialmente".

(Cas. NI! 1061-98 del 17/11/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"El hecho de asignarle al menor un apellido que no le corresponde llevar, califica la usurpación de nombre. Al tenerse por no puesta la indicación de la persona con quien se hubiere tenido a la menor, debe excluirse del acta de nacimiento el nombre y los apellidos del demandante, así como el apellido erróneamente asignado a la menor".

(Exp. N!! 1978-98 del 30/07/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

"La institución de la usurpación de nombre es de naturaleza civil y no penal, es decir no es un despojo con violencia, sino que existe usurpación de nombre cuando éste sea utilizado ilegítimamente por persona que no es el titular del mismo, ya sea en forma directa o indirecta".

(Cas. N!! 750-97 del 04/11/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

CAMBIO O ADICIÓN DEL NOMBRE

BtfcUiQii1

Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge ya los hijos menores de edad.

CONCORDANCIAS:

c.p.c arts. 749 (inc. 9), 826, 827, 828, 829
LEY 26497 art. 44 (inc. m), 56
D.S.015-98-PCM art. 3 (inc. v)

JJJJ Comentario

Ximena Benavides Reverditto

El artículo 29 consagra el carácter de inmutabilidad del nombre. Esta norma de carácter imperativo señala que "nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones (...)" . Ésta es la regla general, pero caben ciertas excepciones: los "motivos justificados" .

Este artículo se justifica en la propia naturaleza jurídica del nombre, es decir, en su función individualizadora (FERNÁNDEZ SESSAREGO). De ahí que la regla general sea no cambiar el nombre de la persona ni hacerle adiciones o sustituciones, ya que de lo contrario se desvirtuaría dicha función.

Toda referencia al "nombre" debe ser entendida como "prenombre y apellidos". El artículo 15 del Código Civil de 1936, precedente del referido artículo 29, al respecto señalaba que "nadie puede cambiar de nombre o apellido". Por cambio o adición se entiende todo caso vinculado con la sustitución, total o parcial del nombre, su adición, la supresión parcial, o la corrección, adecuación o enmienda del mismo (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

En los casos en que se permitan los cambios y, o, adiciones deberán concurrir un motivo justificado y la calificación y pronunciación favorable del juez.

¡Cuándo estamos frente a un "ITIoti.yo jLlstifiq~do"!

No se mencionan en el artículo 29 las reglas para determinar cuándo un motivo es o no justificado. El Código Civil, nuevamente, deja a criterio del juez la determinación del concepto de "motivo justificado". FERNÁNDEZ SESSAREGO al respecto señala:

- 2 "Se ha preferido no enumerar las situaciones concretas y de excepción que pueden motivar, fundamentalmente, la alteración del nombre, por considerarse que

ello es inconveniente -por lo menos a nivel de un Código- en razón de la diversidad de casos que se presentan o pueden presentarse en la vida real, lo que hace muy difícil la tarea de inventariarlos en su totalidad.t..a taxativa indicación de dichos casos correría, por tanto, el grave riesgo de omitir alguna circunstancia que, justificadamente, generaría una acción tendiente al cambio del nombre".

Por su parte, LEÓN BARANDIARÁN menciona que, "si el apellido representa una palabra de significación grosera, inmoral o ridícula, se justifica el cambio del nombre". Algunos ejemplos de motivos justificados han sido ~que la persona tiene como homónimo a un delincuente; o que su nombre tiene o puede llegar a tener un significado deshonroso o sarcástico en el idioma; o que esa persona ha sufrido una situación particular de vida en la que se ha hecho notoria con su nombre para mal y quiere cambiarlo (...)" (RUBIO CORREA); o "cuando el nombre (...) no cumple o ha dejado de cumplir su inherente función individualizadora, sea contrario al orden público, a las buenas costumbres o a la dignidad de la persona; (...) o sea 'ofensivo al sentimiento cívico, religioso o moral de la comunidad'" (FERNÁNDEI SESSAREGO). Podríamos agregar cuando simplemente existen errores materiales en la inscripción del nombre y se desea corregir dichos errores, o tal vez traducir el nombre -cuando se trate de uno en lengua extranjera- a la lengua nacional pues de lo contrario se dificultaría la pronunciación o escritura del mismo. Cuando sea necesario hacer rectificaciones por errores materiales, el registrador podrá proceder de oficio.

¿Es posible sostener que constituye motivo justificado para el cambio de nombre el pertenecer al sexo opuesto, sea por inclinaciones psicológicas o por haberse sometido a intervención quirúrgica destinada a la modificación de caracteres sexuales? En diciembre de 1993, un joven peruano de 25 años que se había sometido a una intervención quirúrgica de adecuación de genitales externos, solicitó al Poder Judicial el cambio registral de sus nombres y sexo, declarándose fundada su demanda en primera instancia fundamentalmente en aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y por aplicación analógica del artículo 29. ESPINOIA ESPINOIA comenta dicha sentencia señalando que "el operador jurídico ha forzado una interpretación analógica del artículo 29 llegando a incluir el cambio de sexo a una hipótesis que tiene un ámbito bien determinado (cambio de nombre)". En Argentina el juez también ha permitido el cambio del nombre por cambio de sexo, basado en consideraciones sociales (la inserción social del individuo cuyos órganos genitales han sido quirúrgicamente modificados) antes que jurídicas.

Así como el juez deberá determinar cuándo se encuentra frente a un motivo justificado, deberá evaluar también si el cambio o adición producirá efectos adversos. A dicho efecto, deberá tener en cuenta los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que pudieran generarse en agravio de la persona. Por ejemplo, el cambio de nombre podría ocasionar un supuesto de homonimia que resultaría inconveniente o hasta intolerable para las personas involucradas. Si el juez considerara que el cambio o adición del nombre resultaría antes que beneficioso lesivo para la persona que lo solicita, ¿puede el criterio gel juez primar al interés de la persona?

Como hemos dicho, para que se lleve a cabo el cambio o adición al nombre, será

necesaria la decisión judicial favorable. Es finalmente el criterio del juez el que decidirá si procede o no el cambio o adición. La resolución judicial que se expida deberá ser publicada e inscrita en el Registro Civil correspondiente, y registrada como anotación marginal de la partida de nacimiento. El Código Civil de 1936, que dedicaba cuatro de los seis artículos del Título 111 "De la Protección del Nombre" a la regulación del cambio o sustitución del nombre, señalaba que, para tal efecto, debían seguirse los "trámites prescritos en el Código de Procedimientos Civiles". Dichos "trámites" consistían en un procedimiento no contencioso ante el juez competente que publicitaba el pedido de cambio o adición del nombre para que eventuales terceros interesados en que dicho cambio o adición no se otorgue se opongan, convirtiendo de este modo el procedimiento en uno contencioso donde tanto el interesado y solicitante del cambio o adición, y quien o quienes se hubieran opuesto al mismo, litigarán hasta obtener fallo judicial que constituya cosa juzgada.

El Código Procesal Civil de 1992, que derogó el Código de Procedimientos Civiles, regula en concordancia con el artículo 56 de la Ley del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), la rectificación de partidas por modificación de nombre como un proceso no contencioso, dentro de los artículos 826 y 829. En ellos se señala que la rectificación puede solicitarla la persona cuya partida de nacimiento se trata de rectificar y, si hubiera fallecido, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La solicitud de rectificación se publica en el diario oficial *El Peruano* y en un diario de los de mayor circulación por tres días hábiles.

La modificación del nombre no es, por tanto, un acto voluntario; requiere necesariamente de la decisión judicial. Es el juez quien finalmente decidirá si existen motivos justificados que razonablemente expliquen la solicitud de cambio o adición en el nombre.

La publicidad de la resolución judicial que ordene el cambio o adición del nombre se justifica en la necesidad de que el cambio o adición en el nombre no se realicen y consagren en forma confidencial o subrepticia, sino que de ello haya constancia pública (LEÓN BARANDIARÁN). La publicación es necesaria, asimismo, para la impugnación a que se refiere el artículo 31 del Código Civil.

En estos casos, los cambios o adiciones de nombre se inscriben en el Registro Civil, en mérito de las resoluciones judiciales que se encuentren ejecutoriadas, salvo disposición legal en contrario. Para dichos efectos, los jueces dispondrán, bajo responsabilidad, se pasen los respectivos partes al registro para su inscripción, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución.

El párrafo final del artículo 29 del Código Civil se refiere a las consecuencias que pudieran sobrevenir al cambio o adición del nombre respecto de su cónyuge e hijos, según corresponda. A diferencia del Código Civil de 1984, el artículo 17 del derogado Código de 1936 solo establecía las consecuencias de la modificación del nombre para la persona que la obtiene.

El artículo Q.49 q~1 C9<figo Civil, al hablar del "cónyuge", piensa en la mujer casada que opta por añadir el apellido de su marido al suyo. El cambio o adición del nomBRE

solo afecta al cónyuge cuando ha operado en el marido. Al hablar de "hijos" se tienen en cuenta tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales que sean menores de edad y que lleven el primer apellido del padre o de la madre que haya obtenido el cambio o adición en el nombre. Se ha tomado el criterio de hijos "menores de edad" porque éstos aún están bajo la patria potestad del padre. Los hijos que han alcanzado la mayoría de edad tienen una vida organizada con su nombre original y cambiarlo podría traerles más de una dificultad (RUBIO CORREA). ¿Podría sin embargo el hijo mayor de edad, cuyo padre o madre haya obtenido la modificación del nombre, solicitar que a él también le alcance dicha modificación? Creemos que ello dependerá finalmente del juez, quien evaluará si ello califica como un motivo justificado para conceder la modificación del nombre.

e::J DOCTRINA

FERNÁNDEI SESSAREGO. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1991; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995; ESPINOIA ESPINOIA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001.

.m JURISPRUDENCIA

"*El cambio de apellido importa el cambio de nombre, razón por el cual debe ser objeto de un proceso especial, y no es viable en vía cautelar*".

(*Exp. N° 98-1087. Diálogo con la Jurisprudencia N° 27. Gaceta Jurídica S.A. Lima, Diciembre 2000. Pág. 132*)

LÍMITE A LOS EFECTOS DEL CAMBIO O ADICIÓN DEL NOMBRE

El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación.

CONCORDANCIA: C.C.
D.S.015-98-PCM arts. 375, 387
 arto 52

JJJJ Comentario

Ximena Benavides Reverditto

El artículo 17 del Código Civil de 1936 y el artículo 30 del Código Civil de 1984 son idénticos. De ellos se confirma que, como consecuencia del cambio o adición del nombre, no se altera el estatus o condición de la persona. Así, por el cambio de nombre no se modifican las relaciones de parentesco; ni situaciones como las de propietario, acreedor, deudor, fundador, beneficiario; ni el estado civil de la persona.

I Si una persona hubiera iniciado un proceso de reconocimiento de paternidad, y cambiara de apellido durante dicho proceso, no por eso perderá el derecho a reclamar la declaración de filiación. Ello porque el cambio de apellido no genera el cambio de condición civil, esto es de demandante y de hijo extramatrimonial. Del mismo modo, una persona que se obliga frente a otra a cumplir determinado servicio, y luego cambia de apellido, no podría alegar que ya no se encuentra más vinculada a cumplir con la prestación de dicho servicio en virtud del cambio de nombre. Su estatus de deudor persistiría, independientemente de la modificación del nombre.

"Es la misma persona (oo.), solo que ha asumido un nuevo nombre, total o parcialmente distinto del que tenía antes" (RUBIO CORREA). La situación jurídica de la persona se mantiene inalterable (FERNÁNDEZ SESSAREGO). El nombre es un atributo adherido a la personalidad del sujeto, pero no se confunde con ésta (LEÓN BARANDIARÁN).

Podrían sin embargo presentarse situaciones contrarias, en las que el cambio de nombre sea consecuencia de la alteración de la condición civil. Nos referimos al cambio de nombre por cambio de sexo o de identidad sexual. Como hemos mencionado al analizar el artículo 29 del Código Civil, nuestro ordenamiento ya contempla dicha posibilidad a nivel jurisprudencial. Del mismo modo, existen países en los cuales inclusive existe legislación al respecto. En ellos, el cambio de nombre es efecto del cambio de identidad sexual. Entre dichos países podemos mencionar a Suecia, República Federal de Alemania, Italia, algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, determinadas provincias de Canadá y Sud África.

~

Respecto a la filiación, el artículo bajo análisis señala que el cambio o adición del nombre no constituye prueba de filiación. En efecto, nuestro Código Civil establece como medios para establecer la filiación el reconocimiento voluntario o judicial. Si alguien obtiene como consecuencia del cambio de nombre mi apellido, no puede sostener que tiene alguna relación de filiación conmigo y posiblemente reclamar derechos hereditarios. Solo si se establece filiación (por ejemplo, del hijo respecto de su

padre), el hijo podrá agregar a su nombre el primer apellido de su padre; pero no al

revés, es decir, no por llevar igual apellido se atribuirá filiación. Al respecto, el artículo 52 del Reglamento del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) señala:

"Las inscripciones reguladas en los artículos 48, 49, 50 Y 51 de la presente ley probarán únicamente el nacimiento y el nombre de la persona. No surten efectos en cuanto a filiación, salvo que se hayan cumplido las exigencias y normas del Código Civil sobre la materia".

Legislaciones de países como Chile y Paraguay adoptan el mismo criterio del artículo 30 del Código Civil.

DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1991; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001.

IMPUGNACIÓN JUDICIAL POR CAMBIO O ADICIÓN DE NOMBRE

La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts.29, 30
LEY26497 artº 44 (inc. q)

fJJ Comentario

Elvira Gonzales Barbadillo

El derecho de una persona a cambiar de nombre, no solo encuentra como limitación que éste sea por razones justificadas, sino que, adicionalmente, se requiere de la previa publicación del mismo para que se le autorice a tal cambio. Estas precauciones se deben a que la mutación del nombre puede trasgredir el derecho de otra persona.

En efecto, el cambio o variación, puede acarrear que el nuevo nombre sea igual a otro, creándose con ese cambio una homonimia inconveniente para este último (LEÓN BARANDIARÁN).

En este sentido, la impugnación a una conversión del nombre faculta para que el titular de este derecho que pretende ser asumido por un tercero, mediante el procedimiento de cambio o adición cuente con la facultad de oponerse en defensa de su propia denominación legal (PLINER).

Del texto se desprende que el derecho de reclamar no supone la asunción exacta del nombre de otra persona con el cambio o adición, sino la adopción de un nombre que estorbe la individualización de ambas; es decir, la diferencia entre los dos. La apreciación de las circunstancias corresponderá al juez (RUBIO CORREA).

Para la interposición de esta impugnación se requiere que la variación del nombre perjudique al impugnante, así se puede citar como ejemplo que un profesional reconocido en su medio, advierta que otra persona con la misma profesión pretende modificar su nombre, de tal forma que el cambio produzca una homonimia con el prestigioso profesional.

Con la finalidad de verificar el perjuicio ocasionado, esta acción requiere que el impugnante acredite su interés a que la persona no cambie o modifique su nombre como se advierte en el contenido de la publicación que debe realizarse.

La acción contenida en este artículo es de carácter personal, por lo que prescribi

rá a los 10 años conforme lo establece el inciso 1) del artículo 2001 del Código Civil, el inicio del cómputo del plazo será a partir que se haga público el cambio o adición del nombre, es decir, desde que se publique la autorización de tal cambio, conforme lo señala el artículo 29 del Código Civil.

La homonimia inconveniente y hasta intolerante que puede surgir con esa variación del nombre puede generar un daño, ya sea con significación económica o que altere el equilibrio psicológico o atente contra el honor de la persona titular del nombre (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

En esa línea de razonamiento, aunque la norma no señala expresamente la factibilidad de acudir judicialmente a accionar por indemnización, el daño ocasionado sería uno por responsabilidad extracontractual, por tanto, el plazo para accionar es de dos años, conforme lo establece el inciso 4) del artículo 2001 del Código Civil, el que debe ser computado desde la publicación de la autorización de la mutación del nombre.

La indemnización se produce como consecuencia del daño causado, encontrándose regulada en el artículo 1985 del Código Civil.

~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1991; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PUCP. Lima, 1995; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001; PLINER. *El nombre de las personas*. Asrea. 29 edición. Buenos Aires, 1989.

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SEUDÓNIMO

El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste.

CONCORDANCIAS:

C. C.	arts. 19 y ss.
C.P. art. 218	
D.LEG. 822	arto 24

JIJJ *Comentario*

Federico Mesinas Montero

Son muchos los artistas, literatos, hombres de ciencia y otros, que son reconocidos más por su seudónimo que por su nombre verdadero. Incluso si se les menciona solo por su nombre se vuelven personajes prácticamente desconocidos. Es el caso por ejemplo de Gabriela Mistral cuyo nombre verdadero era Lucila Godoy Alcayaga, o Tirso de Molina que en realidad se llamaba Fray Gabriel Téllez. Otros seudónimos famosos son los de Moliere, Voltaire, Mark Twain, Azorín, Rubén Darío, Greta Garbo, entre otros.

El seudónimo cumple una función similar a la del nombre en la medida que permite la individualización e identificación de una persona. Por ello se justifica que en determinados casos sea objeto de la misma tutela jurídica que recibe el nombre, línea seguida por el artículo 32 del Código Civil.

Pero, ante todo ¿qué es un seudónimo? Etimológicamente significa "falso nombre"; también es conocido como "nombre de arte" o "nombre de guerra" (posiblemente porque en tiempos pasados era de uso frecuente entre la gente de guerra). Jurídicamente "es una palabra o conjunto de palabras que adopta lícitamente una persona

para designarse, sustituyendo al nombre civil" (AGUILAR GORRONDONA). "Es la denominación ficticia elegida por la persona para identificar con ella cierta actividad que desea dejar al margen de las relaciones ordinarias ligadas a su propio nombre y personalidad" (LLAMSÍAS).

Como seudónimo puede adoptarse casi cualquier denominación, a voluntad de la persona. Es decir, puede ser una o varias palabras que hagan alusión a una cosa, lugar, hecho, personaje, etc., o puede tratarse de una denominación totalmente inventada.

Sin embargo, se ha dicho que el seudónimo debe ser una denominación utilizable como nombre. Ello porque el seudónimo suple la función del nombre y, por ende, deberían excluirse "aquellas denominaciones que pueden servir para señalar a una

~

persona determinada, pen? que no puedan alcanzar la importancia y plenitud de un verdadero nombre" (SEMON) en nuestra opinión, el criterio récien expresado no es correcto pues dada la libertad que existe para adoptar un seudónimo, se suelen emplear denominaciones que a priori no pueden utilizarse como nombres y que, sin embargo, no dejan de ser seudónimos pues individualizan a la persona, mereciendo entonces protección jurídica. Debe tenerse en cuenta que aun cuando el seudónimo cumple una función similar a la del nombre, no es tal y por tanto no necesariamente deben existir las mismas limitaciones para ambas figuras (por ejemplo, no se puede pensar que "Azorín" sea una denominación utilizable como nombre y sin embargo es un seudónimo protegible).

En la generalidad de los casos, no obstante, el seudónimo consiste en una suerte de nombre que puede estar conformado solo de prenombres (Don Francisco, Rubén Daría), o de prenombres y apellidos (Ringo Starr, George Sand). Asimismo, el seudónimo puede ser totalmente ficticio o solo en parte (como en el caso de Freddie Mercury, quien solo se cambió el apellido -Bursala-).

1. Función del seudónimo

Al igual que el nombre, el seudónimo individualiza a una persona frente a toda la colectividad, pero en un círculo más reducido, sea cultural, artístico, etc. (ESPINOZA ESPINOZA). En efecto, el seudónimo tiene un ámbito de acción vinculado a la actividad para la cual es empleado. De allí que, por regla general, sea un sustituto del nombre solo para determinados actos, existiendo casos excepcionales en los que el marco de actuación del seudónimo se vuelve más amplio, como veremos líneas adelante.

Son muchas las razones por las cuales se crea un seudónimo. A veces es solo el mero deseo del autor de adoptar un nombre agradable, sea porque se refiere a un hecho o cosa que le gusta, o porque tiene que ver con algún personaje admirado, o simplemente porque no le gusta su propio nombre.

La finalidad también puede ser ocultar la propia personalidad. Es decir, el autor busca que no se le identifique con la obra realizada. En épocas pasadas esto era de vital importancia dada la falta de tolerancia, evitándose así persecuciones políticas o religiosas motivadas por las ideas expresadas en la obra. El ocultamiento de la personalidad también puede responder al deseo del autor de que su nombre verdadero no se vea comprometido por comentarios o críticas desfavorables. O sea, se prevé una mala acogida de la obra, sobre todo en el caso de escritores o poetas noveles que no quieren que un mal comienzo condicione su carrera futura.

Hoy en día, sin embargo, lejos de un propósito de ocultamiento, el seudónimo tiene como principal finalidad facilitar la notoriedad del autor (BORDA). Lo más frecuente, entonces, es que se utilice para realzar al autor, para darle más fama. Se busca un seudónimo atractivo, que pueda ser bien acogido por la colectividad. Esto es particularmente necesario cuando el nombre verdadero no es fonéticamente agradable o en caso se tenga un nombre ridículo.

2. Fundamento de su protección

Es indispensable la protección del seudónimo en razón de que éste permite individualizar a una persona tal como si fuera su nombre. Ese es el motivo por el cual el Código Civil protege jurídicamente al seudónimo, esto es, en tanto tal figura "cumple, en determinadas circunstancias, la función individualizadora e identificadora propia del nombre" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El seudónimo no es el nombre, pero cuando adquiere la misma importancia de éste individualiza mejor a la persona. Esta última se vuelve mejor conocida por su seudónimo y por ello tiene interés en que otro no le discuta su uso, o no le usurpe el seudónimo, o no asuma uno que sea confundible con el propio (MESSINEO).

La razón de fondo para la protección del seudónimo, al igual que en el caso del nombre, es el derecho fundamental a la identidad personal. Con este derecho se cautela la individualidad de la persona en sociedad, "aquel que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). El seudónimo es un elemento que permite tal individualización.

3. Requisito especial para su protección

Como puede apreciarse del texto del artículo 32 del Código Civil, se protege el seudónimo cuando éste adquiere la importancia del nombre, fórmula idéntica a la del Código Civil italiano. Es decir, que no todo seudónimo adoptado por una persona merece tutela legal, sino solo aquel que cumpla una función equiparable al nombre civil de una persona.

Pero ¿qué quiere decir que un seudónimo alcance la importancia del nombre? El Código no lo precisa, lo cual nos parece inadecuado. El criterio de la importancia es criticable por genérico, en la medida que "quedará aún por resolver la cuestión de cuándo ha adquirido el seudónimo tal importancia y qué condiciones debe llenar para ello" (SEMÓN). Es necesario, entonces, fijar los alcances del dispositivo citado.

No creemos que para su protección el seudónimo necesariamente requiera de un uso prolongado. Tampoco de un valor artístico o literario permanente, como así lo exige VON THUR. Es decir, el seudónimo no está supeditado a su gran reconocimiento social, pues no solo en estos casos adquiere la relevancia del nombre.

El nombre es importante porque individualiza a una persona. El seudónimo, entonces, debe ser protegido en caso desempeñe dicha función individualizadora, aun cuando carezca de gran prestigio o se utilice poco. Esto en razón de que el seudónimo, que reemplaza en una actividad específica al nombre, se identifica con la persona en la obra o actividad de que se trata (CIFUENTES).

Pues bien, para que se pueda hablar de una verdadera individualización, el seudónimo debe ser notorio. En efecto, es la notoriedad lo que vuelve al seudónimo un elemento de identificación y con lo cual se cumple el requisito exigido por el artículo 32 del Código Civil.

La notoriedad supone una cierta difusión del seudónimo. Es decir, no basta con exteriorizar la voluntad de valerse del seudónimo sino que es indispensable que el

seudónimo alcance algún grado mínimo de trascendencia social, para lo cual tiene que propagarse, hacerse conocido.

No interesa si la reputación o fama alcanzada no es grande. No se exige una gran notoriedad respecto del seudónimo, pues "el poseedor de un mérito, aun escaso, tiene el derecho de conservarlo para sí" (BUSSO). Lo importante es que el seudónimo desempeñe su función de individualización, "no exigiéndose que se trate de una fama notable, por lo cual basta que sea modesta" (ALTERINI).

Solo en la medida en que el seudónimo obtenga cierta notoriedad y permita la individualización del titular, puede ser objeto de tutela jurídica. Se entiende, pues, que "si el seudónimo llena en cierto orden de actividades una función similar a la del nombre, no se concibe la protección de aquél allí donde falte por completo la personalidad literaria o artística que se identifica con la autoría del seudónimo" (LLAMBÍAS).

Como cuestión adicional, cabe precisar que para adquirir un seudónimo no es requisito indispensable contar con capacidad de ejercicio, bastando solo que se tenga discernimiento (artículo 455 C.C.). Por ello es objeto de tutela jurídica el seudónimo adoptado por un incapaz con discernimiento, en la medida que tal denominación adquiera notoriedad y que, por tanto, individualice a dicha persona.

4. Alcances

Dado que el seudónimo reemplaza al nombre, interesa saber en qué casos puede hacerlo. Debe determinarse, pues, cuáles son los límites de la función individualizadora del seudónimo.

Es claro que el seudónimo identificará a la persona en la actividad para la cual es creado. Así el actor de teatro utilizará su seudónimo en la obra en la que actúe, o el escritor lo incorporará en su libro. Pero además el seudónimo podrá ser usado válidamente en los actos conexos a estas actividades artísticas, literarias, etc. Por ejemplo, en el contrato celebrado para la edición del libro el autor estará plenamente individualizado mediante su seudónimo, e igual sucederá con el actor que firme por una temporada teatral. En fin, para todo aquello que tenga relación con la actividad desempeñada, al titular le basta identificarse con su seudónimo, sustituyéndose por completo al nombre.

Ahora, también hay quienes afirman que el seudónimo puede ser empleado para otras actividades, no necesariamente vinculadas a la profesión del titular. Sobre este tema es clásico el pronunciamiento de ENNECCERUS y NIPPERDEY quienes señalan que "para la validez de un negocio jurídico y para la admisión de una demanda no es obstáculo que una de las partes esté designada únicamente con el seudónimo".

Debe notarse que en algunos países se admite sin reservas el uso del seudónimo. En Estados Unidos, por ejemplo, la jurisprudencia le ha reconocido al seudónimo una capacidad de individualización amplia, casi idéntica a la del nombre. Puede utilizarse un seudónimo casi para cualquier acto, con la sola limitación de los usos dolosos, cuando se trate de violar la ley o defraudar a terceros mediante engaño, induciéndose a error sobre la identidad (SEMÓN).

Creemos que no hay inconveniente para que un seudónimo pueda individualizar al titular respecto de actos distintos de la actividad artística o cultural, pero ello dependerá de su grado de notoriedad. Si un seudónimo identifica plenamente a una persona, sea por su gran difusión, fama, prestigio, etc., no vemos problema para que se utilice en casi todo tipo de actos, en la medida que no deja dudas sobre la identidad del titular. Un ejemplo clásico es el de Azorín, que fue un seudónimo con tanta notoriedad que fue utilizado por el autor prácticamente en todos los aspectos de su vida, al punto que su misma esposa se hacía llamar la señora de Azorín (CIFUENTES).

Sin embargo, hay un límite para todo esto. El uso del seudónimo no puede extenderse a todas las actividades de la persona, pues no puede sustituir al nombre en determinados actos públicos: documentos de identidad, relaciones judiciales, presentaciones a la administración pública, entre otros (CIFUENTES). Es decir, que hay actos que por estar en estrecha vinculación con el orden público, exigen el empleo del nombre civil. Puede decirse así que "los límites del derecho al seudónimo y de su protección están el derecho público y en las necesidades del ordenamiento de la vida colectiva" (SEMÓN).

5. Figuras similares

Uno de los problemas respecto del uso del seudónimo es que éste se confunde a veces con otras figuras. Conviene por ello hacer una breve diferenciación.

Se ha dicho ya que el seudónimo no debe confundirse con el nombre. El seudónimo cumple la misma función individualizadora del nombre pero en un ámbito determinado, artístico, cultural, deportivo. Incluso si el seudónimo alcanza una gran difusión siempre habrán actos para los cuales solo cabe identificarse mediante el nombre, como se ha visto en el punto anterior.

Otra diferencia entre el nombre y el seudónimo está en el origen. El nombre lo pone un tercero (padres, tutor, registrador) mientras que el seudónimo es adoptado por la propia persona. Además, nombre hay uno solo (que incluye prenombres y apellidos); en cambio, una persona puede tener varios seudónimos, los que recibirán protección jurídica en la medida de su notoriedad.

Finalmente, a diferencia del nombre, que solo puede ser modificado por motivos justificados y previa autorización judicial, el seudónimo puede ser abandonado, cambiado, modificado y cedido por la libre voluntad de su titular, en tanto no es un atributo de la persona y su tutela carece de la connotación de orden público inherente al nombre (FERNÁNDEZ SESSAREGO). La única limitación para estos actos es que no deben perjudicar el derecho de terceros, en caso se quiera generar un perjuicio mediante engaño o confusión.

Por otro lado, el seudónimo tampoco debe ser confundido con el sobrenombre. Este último es una denominación con la que se designa a una persona pero dentro de su ámbito familiar o en su círculo de amigos. Debido a su empleo, consta de, el sobrenombre. Se integra fácticamente al nombre de una persona determinada y en ocasiones obtiene gran difusión. Es el caso, por ejemplo, de José Luis "El Puma" Carranza o de Miguel "El Chato" Barraza.

A diferencia del seudónimo, el sobrenombre no suele sustituir al nombre sino que se agrega al mismo. Es decir, no sirve para eliminar el patronímico sino para integrarlo (MESSINEO). Sin embargo, a veces un sobrenombre puede llegar a reemplazar totalmente e identificar plenamente una persona, como en el caso de "Pelé", que es tal vez el sobrenombre más famoso del mundo.

Lo común es que el sobrenombre sea creado por un tercero, lo cual también lo diferencia del seudónimo. Incluso a veces el sobrenombre tiene un sentido peyorativo o de burla, caso en el cual se le conoce como "apodo", "mote" o "chapa". En los ámbitos judicial y policial se denomina "alias" al sobrenombre que reciben algunos delincuentes, como "La Gringa" o "El Loco" Perochena.

Ahora bien, como regla general el sobrenombre no recibe la misma tutela que la ley concede al seudónimo. Se trata de un denominación que no tiene vocación de sustituir al nombre, por lo cual en principio no cumple la misma función individualizadora. Sin embargo, hay casos excepcionales en los cuales un sobrenombre alcanza tal grado de notoriedad que por sí solo permite la plena identificación de una persona. El ex jugador de fútbol, Pelé, es muy buen ejemplo. "Pelé" es el sobrenombre que se le puso en su barrio a Edson Arantes do Nascimento, apelativo con el que se hizo famoso a nivel mundial. Es claro que dicho sobrenombre cumple la misma función individualizadora del nombre, pues con solo decir "Pelé" uno identifica a la persona de quién se está hablando.

Somos de la opinión que sobrenombres como éstos, es decir, que por su notoriedad se asimilen a un seudónimo o al nombre mismo, también se encuentran bajo' el amparo del artículo 32 del Código Civil. Tal como lo precisa ESPINOZA ESPINOIA, este artículo debe ser interpretado de forma amplia, por lo cual se entiende que abarca a cualquier denominación individual que adquiera la importancia del nombre. Principalmente serán los seudónimos pero en casos excepcionales también podrá ser un

sobrenombre (siempre que no tenga connotaciones delictivas, como en el caso de los alias).'
"

Siguiendo nuevamente a ESPINOZA ESPINOIA, creemos que dentro de los alcances del artículo 32 también está el caso de la mujer que alcanza notoriedad empleando el apellido del marido y que luego se divorcia. Conforme al artículo 24 del Código Civil, una vez producido el divorcio (o la nulidad del matrimonio) cesa el derecho de la mujer para seguir utilizando dicho apellido. Sin embargo, nos parece que si la mujer es identificada y reconocida con el apellido del ex esposo y no con el suyo propio, tendrá derecho a seguir usándolo en aplicación del artículo 32. "Aquí el derecho familiar del apellido del marido sucumbe frente al derecho a la identidad de la mujer" (ESPINOZA ESPINOZA). La utilización del apellido del ex marido permite así la mejor individualización de la mujer, por lo cual tal denominación adquiere para ella la misma importancia del nombre, teniendo derecho a conservarla.

--finalmente hay dos figuras <tu~no pueden seL conf!.milldas con _el~ud_QJILm.Q-
Y que tampoco cumplen una función similar a la del nombre: son el incógnito y el anónimo.

El incógnito es la denominación de viaje, utilizada por diversos personajes públicos a efectos de ocultar su identidad. Tal denominación no puede obtener la protección del artículo 32 pues carece de notoriedad, por más que su uso sea prolongado.

El anónimo tampoco debe ser asimilado al seudónimo pues se trata, más bien, de la carencia de un nombre o denominación cualquiera. El seudónimo es un hecho o activo positivo, mientras que el anonimato significa una mera omisión, la supresión del nombre que corresponde (SEMÓN). No cabe entonces identificación entre ambas figuras.

6. Efectos de la protección

El artículo 32 del Código Civil otorga al seudónimo la misma protección jurídica del nombre. ¿Qué significa esto? Primero, que está prohibida la usurpación o el uso del seudónimo por parte de personas que no estén autorizadas para ello. Esta es la misma protección que se otorga al nombre conforme al artículo 28 del Código Civil, por tanto frente al acto de usurpación o de uso indebido cabrá entonces una acción cesatoria o indemnizatoria, si fuera el caso.

En segundo lugar, la protección jurídica del seudónimo supone que el titular pue-

de exigir que se le llame por su seudónimo (del mismo modo en que se puede reclamar por la contestación del nombre, conforme al artículo 26 del Código Civil). Se prohíbe así que un tercero emplee otra denominación para referirse al titular del seudónimo y aun cuando se llame a éste por su verdadero nombre. Es claro que si se adopta un seudónimo la persona pretende que se le identifique con tal denominación en la actividad artística, literaria, etc. que realiza, por tanto jurídicamente podría exigir que en todo lo relacionado con dicha actividad no se le llame de otro modo, ni siquiera por su nombre.

De otro lado, en nuestra opinión la tutela del artículo 32 alcanza también los casos en los que una persona utilice un seudónimo parecido a otro ya existente y notorio, con lo cual se genere confusión. El titular del primer seudónimo podrá exigir que se deje de usar dicha denominación similar e incluso pedir una indemnización por daños, si fuera el caso.

Finalmente, cabe acotar que conforme al artículo 218 del Código Penal es delito de atribución de falsa autoría y plagio el acto por el cual se reproduce, distribuye o comunica públicamente una obra (interpretación o ejecución artística, grabación audiovisual, etc.) alterando o suprimiendo el nombre o el seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.

~ DOCTRINA

AGUILAR GORRONDONA. *Derecho Civil I. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1963; ALTERINI, Alilio Aníbal. *Derecho Privado. Parte general*. Abeledo-Perrol. Buenos Aires, 1989; BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Perrol. Buenos Aires, 1986; CARBONNIER. *Derecho civil*. Tomo 1. Vol. 1. Bosch; CIFUENTES, Sanlos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. Aslrea. Buenos Aires, 1991; ESPI NOZA

ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo 1. Perrot. Buenos Aires, 1991; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ed. Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1979; PILNER, Adolfo. *El nombre de las personas*. Astrea. Buenos Aires, 1989; SEMÓN, Juan M. *El derecho al seudónimo*. Tea. Buenos Aires, 1946; VON THUR, Andreas. *Derecho Civil*. Vol. 1.2. Depalma. Buenos Aires, 1946.

CONSTITUCIÓN DEL DOMICILIO

El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

CONCORDANCIAS:

C.	art. 2 (nes. 9) y 11)
C.C.	arts. 34, 35, 36, 38, 82 (ne. 2), 101, 112
C.P.C.	arts. 14, 16, 19, 22, 24, 424 (ne. 2), 431, 820, 837
C.T.	arts. 11, 12, 13, 14, 15
LEY 26887	arts. 20, 21, 54 (ne. 1)

, 0.5. 022-99-PCM art. 2

JIJJ Comentario

Juan Espinoza Espinoza

1. Definición del domicilio

Acertadamente se afirma que "muchas normas jurídicas requieren relacionar cada persona con un lugar determinado. En efecto, la ley de algún lugar será la que se le aplique; a los jueces de algún lugar deberá eventualmente someterse; en algún sitio deberá cumplir de ordinario las obligaciones que contraiga, etc. Por eso la ciencia jurídica ha sistematizado las relaciones posibles de la persona con el lugar donde se encuentra, configurando un concepto para cada tipo de esas relaciones y dándole un nombre. Basta luego de cualquier norma que mencione ese nombre, para que se dé por sentado todo el contenido del concepto que previamente se ha establecido" (ARAUZ CASTEX).

El domicilio es otro derecho de la persona, el cual tiene por finalidad determinar su ubicación en el espacio, para los efectos de ejercitar los derechos o de cumplir obli

gaciones que se le imputan. Como se señala, "el domicilio, por sus efectos, se identifica con la vida jurídica de la persona y la personaliza dándole condición de presencia, puesto que legalmente responde a un aspecto de su modo de ser en el derecho en función de la relación jurídica" (CIFUENTES). Cabe añadir que la persona jurídica también es titular de este derecho (ello se puede desprender de la interpretación de los artículos 82 inc. 2, 101 Y 112 del Código Civil; y del artículo 20 de la Ley General de Sociedades; entre otros), así como las organizaciones de personas no inscritas (para las cuales se aplican las normas citadas del Código Civil).

La doctrina nacional apunta que: "El domicilio es el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el territorio donde se le encuentra para imputarle posiciones jurídicas, para atribuirle derechos o deberes" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). En efecto, si el sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y de deberes, dicho centro de imputación debe tener una ubicación en el espacio: ésta es la noción de domicilio. Sin embargo, este concepto está tendiendo a *desmaterializarse*, prueba de ello son las direcciones electrónicas. Ello reviste particular importancia en lo que a notificaciones judiciales se refiere.

Me gustaría incidir en la importancia práctica que tiene determinar el domicilio de las personas, creo que ello se evidencia principalmente en la ley aplicable, en las notificaciones judiciales y en la competencia.

Se debe distinguir el domicilio formal (dato técnico proporcionado por ley) del domicilio material (residencia habitual de la persona). Ello es importante, por cuanto si se hace referencia a la protección de la intimidad del domicilio, éste debe ser entendido en su aspecto material y no formal. Dentro de este contexto ya es posible comprender, con mayor exactitud, que "el domicilio ha sido el ámbito por excelencia de la intimidad. Al protegerse históricamente el domicilio, indirectamente se protegía a la vida privada de las personas. Posteriormente, cuando la vida privada cobra desarrollo jurídico autónomo, el domicilio es considerado como uno de los recintos donde el ser humano desarrolla su vida privada. No es el único, aun cuando el domicilio goza de protección autónoma. Por otro lado, la vida privada rebasa las paredes de la residencia o domicilio en general" (MORALES GODO).

En materia de ley aplicable, propia del Derecho Internacional Privado, el artículo 2068 del Código Civil establece que "el principio y fin de la persona se rige por la ley de su domicilio", el artículo 2069 que "la declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio del desaparecido", el artículo 2070 que "el estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio", el artículo 2071 que "la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio", el artículo 2084 que "la determinación de la filiación extramatrimonial, así como sus efectos e impugnación, se rigen por la ley de domicilio común de ambos progenitores", el artículo 2085 que "el reconocimiento del hijo se rige por la ley de su domicilio", entre otros.

Como se sabe, "el acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales" (artículo 155 C.P.C.) y, en caso que nos encontramos, dentro de un procedimiento, frente a personas inciertas o cuyo domicilio se ignore, cabe la notificación por edicto (artículo 165 C.P.C.).

Con la Ley Nº 27419 del 07.02.01, que ha modificado los artículos 163 y 164 del Código Procesal Civil, se admite la notificación por correo electrónico. La importancia de ubicar el domicilio de una persona, a estos efectos, es vital, porque de no cumplirse con este requisito, podría declararse nulo un proceso.

En materia de competencia, de acuerdo al artículo 14 (primer párrafo) del Código Procesal Civil, "cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario". De ello se deriva que, al fijar las partes un domicilio, determinarán con ello también la competencia.

He de hacer algunas aclaraciones con el fin de agilizar el comentario:

- a) La residencia es el lugar donde la persona vive con su familia normalmente. Se precisa que: "La residencia es el lugar en que vive una persona de modo estable y habitual" (CARBONNIER). Por ello, "la residencia puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio; tal será su carácter cuando la ley determina el domicilio (concepto jurídico) de la persona atendiendo a su residencia (concepto material)" (RIVERA).
- b) La habitación, también llamada morada, es el lugar donde se encuentra la persona accidentalmente. Es de carácter temporal.
- c) El domicilio es un dato técnico determinado por ley. No debe confundirse este concepto jurídico de domicilio con el de casa-habitación (espacio físico donde efectivamente vive la persona), ni mucho menos con el de dirección (que no es más que el nominativo o -si se quiere- el signo a través del cual se exterioriza el domicilio, la residencia o la habitación).
- d) El artículo 1374 del Código Civil (siguiendo en la traducción al artículo 1335 del C.C. italiano) hace mención a la "dirección" del destinatario (a efectos del perfeccionamiento de la oferta, su revocación, aceptación y cualquier otra declaración contractual). Sobre el particular, autorizada doctrina italiana ha precisado que "se trata de una figura de caracteres elásticos y genéricos, que, en concreto podrá identificarse, según el caso, con la residencia o la morada, con el domicilio general o con un domicilio especial, pero que también puede ser otro lugar, en donde, por ejemplo, el destinatario de una declaración que no había provisto a una verdadera elección de domicilio, solicita, aun verbalmente, que le sea comunicada la dicha declaración. En otros términos, la determinación de la dirección no se basa en criterios uniformes y objetivos, sino que se hace teniendo presentes las circunstancias que rodean, caso por caso, a la declaración que ha de enviarse, o bien las indicaciones, aun verbales del destinatario de la misma" (BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI). También el inc. 2 del artículo 424 del Código Procesal Civil establece como requisito de admisibilidad de la demanda fijar la "dirección domiciliaria del demandante". Insisto en que la dirección no es más que una exteriorización del lugar donde se encuentra la persona.

2. Clasificación del domicilio

Autorizada doctrina argentina (CIFUENTES) ha clasificado el ²⁴¹ domicilio de la siguiente manera:

a) Domicilio general, es para el ejercicio de todos los derechos en general, en contraposición al especial. Por ello se sostiene que "abarca la generalidad de los derechos y obligaciones; puede haber domicilios especiales que concurran, pero si el núcleo común indiferenciado de las obligaciones que no tengan un domicilio previsto para su cumplimiento en particular". Este tipo de domicilio tiene las siguientes características:

- a.1. Necesidad, no cabe la posibilidad jurídica de una persona sin domicilio general
- a.2. Unicidad, tampoco cabe la posibilidad de pluralidad de domicilios generales, se entiende, simultáneamente.
- a.3. Mutabilidad, dado que el domicilio es un derecho de la persona, ésta dentro de sus facultades puede cambiarlo.

El domicilio general, a su vez, puede ser de dos especies:

- Legal, es el que fija la ley en función de presunciones basadas en el estado civil de la persona, su condición, o en el cargo que desempeña. Es el caso del artículo 37 del Código Civil, el cual establece que "los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales", el del artículo 41 ("a la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre"), el del funcionario público (según el artículo 38, es "el lugar donde ejercen sus funciones") o el domicilio matrimonial, cuando en el artículo 36 *in fine* establece subsidiariamente que es "el último que compartieron" los cónyuges.
- Real, es el que tiene vigencia cuando no se presenta alguno de los casos donde opere la presunción legal. Es el que tenemos regulado en el artículo 33 ("residencia habitual de la persona en un lugar") o en la primera parte del artículo 36 cuando establece que "es aquél en el cual los cónyuges viven de A diferencia" de otros sistemas jurídicos (como el argentino, español o brasileño), dentro del sistema nacional, para que se constituya el domicilio real, solo basta el elemento objetivo de residir efectivamente en un lugar determinado y no se requiere del elemento subjetivo del *animus manendi*.

El domicilio real es el lugar donde se reside con el propósito de establecerse en éste, bien sea por una declaración expresa unida a la residencia habitual, o por la presunción de tal propósito cuando se reside por un tiempo determinado, establecido previamente por ley.

Se llama también de hecho, para distinguirlo del domicilio legal o de derecho. Se llama real para distinguirlo del convencional.

b) Domicilio especial, es el impuesto por los mismos particulares para ciertos casos. Por ello se sostiene que "como verdadero atributo de la persona, debe tenerse en cuenta el domicilio general. El especial, en cambio, no tiene sus alcances ni cumple una función identificada con la personalidad, pues tenerlo depende de la voluntad de aquélla". El domicilio especial no es único, ni necesario; pero sí mudable. Dentro del domicilio especial se encuentran:

b.1. El domicilio procesal o *ad item*, que equivocadamente se le identifica con el domicilio legal. Es el que fijan las partes en el proceso. Como se sostiene, "es el que toda persona está obligada a constituir al tomar intervención en un proceso judicial, y que debe hallarse dentro del radio del juzgado" (RIVERA). El inc. 2 del artículo 424 del Código Procesal Civil establece como requisito de admisibilidad de la demanda que se fije el "domicilio procesal del demandante".

b.2. El domicilio negocial, es el que se fija para la ejecución de los mismos. Éste es el caso del artículo 34 del Código Civil, el cual establece que:

'~Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto".

Es necesario mencionar que actualmente existe un grupo de Códigos que apuntan hacia la concepción de un domicilio único, como el caso de los Códigos frances, italiano, suizo y en nuestro ordenamiento jurídico desde el Código Civil de 1984; y otro grupo que admite la pluralidad de domicilios, como el BGB (Código Civil alemán), el cual, en su inc. 2 del artículo 7, admite, que "el domicilio puede existir simultáneamente en varios lugares", el artículo 32 del Código Civil brasileño, entre otros.

En cuanto a la fundamentación del domicilio único, se puede anotar que existe un sector de la doctrina que lo individualiza de acuerdo a la intención del sujeto. Así: "Una persona puede tener varias residencias de hecho, es decir, vivir diversas temporadas en diferentes lugares, pero solo tendrá un domicilio. La residencia habitual en la cual se tiene la intención de residir permanentemente" (MASCAREÑAS). Respecto de la pluralidad de domicilios, se afirma que "la práctica admite la *pluralidad de domicilios*, siempre que en cada uno concurren los requisitos que (...) se exigen por la ley para su existencia, y excluido en todo caso el propósito de fraude o de perjuicio para terceros. Si varios domicilios aumentan los derechos del titular, también llevan consigo un aumento de sus obligaciones derivadas de aquéllos" (SANTOS BRIZ).

3. Tratamiento del domicilio en el Código Civil peruano

En la doctrina se distinguen dos teorías que explican la esencia del domicilio.

-) Teoría objetiva.- La teoría objetiva se caracteriza por el hecho material de residir habitualmente en un determinado lugar; este elemento objetivo es susceptible de prueba directa.
- b) Teoría subjetiva.- La teoría subjetiva se caracteriza por la intención de permanecer (*animus manendi*), habitar, residir en un determinado lugar. Es decir, se llega a la definición del domicilio a través de la espiritualización del concepto, fundándose en la intención de residir (*animus commorandi*) obtenido, en un principio, a través de la fijeza de la morada. Dicho elemento subjetivo no lo podemos apreciar mediante pruebas, pero sí es posible acreditarlo a través de presunciones. Para quienes suscriben esta posición, el domicilio tiene dos elementos: uno objetivo (que es la residencia) y otro subjetivo (que es el ánimo definitivo) o como prefiere un sector de la doctrina argentina: *corpus* y *animus*.

El *ánimus*, entendido como la intención o deseo de realizar un fin, se clasifica en: -

Anímus real.- Cuando se manifiesta de un modo indubitable, claro y explícito. -

Animus presunto.- Cuando se deduce de ciertos hechos que lo hacen suponer.

Cierto sector de la doctrina argentina considera esencial el dato objetivo para la constitución del domicilio, escribiendo al respecto que: "Por nuestra parte, consideramos que la intención no constituye un elemento necesario del domicilio... La intención a que alude el Código (el argentino) es simplemente la conducta que permite inferir una voluntad de hacer de ese lugar el centro de su actividad. Un abogado cordobés que instalara su estudio en Buenos Aires, y trasladara aquí su familia, no puede pretender luego que tiene intención de conservar su domicilio en Córdoba" (BORDA).

Nuestro cuerpo de leyes asume la teoría objetiva del domicilio, en contraposición con la teoría subjetiva, dentro de la cual, es necesario, para la constitución del domicilio, aparte del hecho físico de residir en un lugar determinado, expresar la voluntad de ello. Dicha posición era asumida por el derogado Código Civil peruano de 1936. Confirma la teoría objetiva, seguida por el actual Código Civil, en el artículo 39, el cual establece que "el cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar".

Actualmente y en virtud del numeral 33 sarà basta residir real y habitualmente en un lugar determinado para que se constituya el domicilio. Si existe duda para que se configure la nota de habitualidad, se ha de aplicar el artículo 41, que a la letra dice:

"A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre".

Otra situación que debemos considerar, dentro del tratamiento legislativo del domicilio, es aquella relativa a la pluralidad, o no, de domicilios. En el antiguo Derecho Romano la pluralidad de domicilios estaba aceptada; pero en realidad se presentaba en casos muy raros. En oposición a la pluralidad de domicilios, también había personas que no tenían domicilio, presentándose los casos en que una persona abandona su domicilio, emprendiendo un viaje y estableciéndolo con posterioridad. Aquí, en el tiempo intermedio entre el abandono y la Constitución del otro, la persona no tenía

domicilio.

,Frente a esto, él Código Civil peruano adopta, en línea de principio, la teoría del domicilio Único, descartando la teoría del domicilio plural, dentro de la cual, se considera domiciliada a la persona en varios lugares, habitual y simultáneamente. Sin

embargo, el artículo 35 de este cuerpo de leyes establece lo siguiente:

"A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos".

Este artículo, que reproduce textualmente el artículo 32 del Código Civil brasileño (que se encuentra dentro del grupo de legislaciones que regula el domicilio plural), se aparta de la regla general establecida en el artículo 33 del Código Civil. Por otro lado, la primera parte del artículo 38 sanciona lo siguiente:

"Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33".

Curiosamente, este último no es un caso de domicilio plural, como el del numeral 35. En este artículo se acepta la existencia del domicilio único, aliado del cual puede haber uno o más domicilios especiales y no residencias. Esto se encuentra en plena concordancia con el artículo 33 del Código Civil peruano.

La segunda parte del numeral 38 expresa que:

"El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional".

Al aludir este artículo al factor temporalidad, nos indica la idea de brevedad en el tiempo, en lo referente a la permanencia del funcionario en el extranjero. Caso contrario, se configuraría la habitualidad y, con ella la constitución del domicilio en el extranjero y no en el "territorio nacional".

El artículo 36 establece que:

"El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron".

Este artículo tiene que ser interpretado sistemáticamente con el artº 40, el cual prescribe que:

"El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable".

Si los cónyuges se separan de hecho, no pueden perjudicar los derechos de terceros. En todo caso, deberán darles a conocer el cambio de domicilio. Caso contrario, asumirán los costos de su decisión.

Comparto plenamente la posición que el "principio de unidad puede llevar a consecuencias disvaliosas, (...). De allí que muchos autores modernos y algunas legislaciones -como la alemana y la brasileña- se han inclinado por el sistema de pluralidad, en tanto la vida diaria enseña que el asiento de las actividades comerciales y familiares se presenta en la práctica disociado o diversificado, de suerte que el sistema de unidad se encuentra reñido con la realidad social" (RIVERA). En efecto, nuestro Código Civil ha asumido una posición mixta que me parece la más saludable. Así, tenemos tres opciones para ubicar a los sujetos de derecho en el espacio:

- 1) Si tiene una residencia habitual, se le aplica el criterio del domicilio único (artículo 33 C.C.), que es el que continuaría siendo la regla general de nuestro sistema.
- 2) Si tiene varias residencias (u ocupaciones) habituales, se le aplica el criterio del domicilio plural (artículo 35 C.C.).
 - 3) Si no tiene residencia habitual, se le considera domiciliado en el lugar en que se le encuentre (artículo 41 C.C.).

Las exigencias sociales cambian y las instituciones jurídicas deben adecuarse a ello. Es absurdo insistir, con un dogmatismo miope, en la unicidad del domicilio, cuando

una persona se encuentra en el supuesto *sub 2*. Las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho se configuran en distintos puntos en el espacio, más aún si tenemos en cuenta la contratación electrónica: las partes tienen el derecho de fijar el domicilio (especial) que deseen. Si una persona tiene diversas residencias habituales y realiza determinados negocios jurídicos con terceros, ésta quedará obligada en el domicilio que fije (sea general o especial). Los derechos de los terceros están protegidos con ello.

Puede haber una persona con un domicilio general y varios domicilios especiales, así como otra (si sus actividades han dado lugar a ello) con varios domicilios (dentro de los cuales no hay relación género a especie). En ambos supuestos hay una pluralidad *real* de domicilios.

En verdad cuesta entender el prurito teórico de aferrarse al domicilio único. La realidad actual ha convertido en más práctico un modelo legislativo mixto como el que tenemos. Más allá de una reforma legislativa, creo que es importante interpretar nuestras normas a los requerimientos reales y concretos de los destinatarios del código.

4. Sobre la certificación domiciliaria

El D.S. NQ 015-98-PCM, del 25.04.98, que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), establece en su artículo 4, que cualquier persona puede solicitar certificaciones de las inscripciones efectuadas, de los títulos archivados que las sustentan, así como de los Archivos Personales, salvo el caso de la información reservada. Por el D.S. NQ 022-99-PCM, del 1.06.99, se excluye del ámbito de la información reservada al domicilio, estableciéndose los siguientes criterios:

- a) Todas las personas están en la obligación de registrar su "dirección domiciliaria", así como sus cambios en el RENIEC, mediante declaración jurada en la que aparezca su firma y huella dactilar, quedando ello acreditado en el nuevo documento de identidad (art. 2).
- b) La certificación del domicilio de las personas, expedida por el RENIEC, surte plenos efectos jurídicos, salvo el derecho del acreedor al cual no se le ha comunicado dicho cambio, de acuerdo al artículo 40 del Código Civil (art. 3).
- c) A efectos procesales, se considerarán bien notificados a los deudores demandados judicialmente cuando las notificaciones se entreguen en la dirección que figura en el certificado expedido por el RENIEC (art. 4).
- d) El plazo de vigencia de estos certificados para la finalidad señalada en el punto anterior es de 6 meses (art. 5).

-1::5 -DOCTRINA

ARAUZ CASTEX. *Derecho Civil, parte general*. Tomo prime~o. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1974; CIFUENTES. *Elementos de Derecho Civil. Parte*

general. 4~ edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1995; LIMONGI FRANCA, *Instituciones de Derecho civil*. Editorial Saraiva. Sao Paulo, 1988; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Librería Studium Editores. Lima; MORALES GODO, *Derecho a la inviolabilidad del domicilio y su incidencia en la problemática de la mujer*, en *Los derechos de la mujer*. Tomo 11. Comentarios Jurídicos. DEMUS. Lima, 1998; CHIPOCO. *Reflexiones sobre el derecho a la intimidad*, en *Los derechos de la mujer*. cit.; CARBONNIER, *Derecho Civil*. Tomo 1. Volumen 1. Disciplina General y Derecho de las Personas. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1960; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. Parte general. 1. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992; BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI, *Derecho Civil*. Tomo 1. Volumen 1. Traducido por HINESTROSA. *Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, 1992; MASCAREÑAS. *El domicilio en el Derecho Portorriqueño*. Revista de Derecho Portorriqueño. NQ 19. Enero-marzo. Ponce, 1966; SANTOS BRIZ. *Derecho civil. Teoría y práctica*. Tomo 1. Editorial de Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978; BORDA. *Manual de Derecho Civil*. Parte general. Decimotercera edición actualizada. Perrot. Buenos Aires, 1986; VEGA MERE. *Derecho Privado*. Tomo 1. Grijley. Lima, 1996.

m. JURISPRUDENCIA

"El domicilio civil es completamente independiente de la vecindad administrativa o inscripción en el padrón municipal; pero como prueba o principio de prueba de domicilio pueden los tribunales tener en cuenta los datos derivados del censo de población y padrón de habitantes"

(Sentencia del 6/05/11 y 30/11/20, Santos Briz, Jaime. Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia. p. 45)

"La apreciación de la residencia habitual como cuestión de hecho, compete al Tribunal de instancia"

(Sentencia del 1/06/09, Santos Briz, Jaime, Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia. p. 45)

*"Para determinar el domicilio real no basta la presencia física de una persona en lugar determinado, pues para juzgar de la habitualidad de la residencia, lógicamente se requiere de la voluntad de establecerse efectiva y permanentemente en él; es decir, que el hecho que por sí solo puede no ser trascendental, de permanecer en un lugar por un lapso de tiempo más o menos largo, no implica por sí voluntad cierta de permanecer en él (*animus manendi*) y propósito estimable de constituirlo en sede jurídica y legal de la propia personalidad"*

(Sentencia del 26/05/44 y 15/01/46, 21/04n2, Santos Briz, Jaime, Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia. p. 45)

---0-- - .-.
~~~~~

## **DOMICILIO ESPECIAL**

*Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto. (\*)*

CONCORDANCIAS:

|           |                          |
|-----------|--------------------------|
| C.        | art 63                   |
| C.C.      | arts. 2058 inc. 3), 2060 |
| C.P.C.    | arts. 14, 16, 2, 25      |
| C. T.     | arts. 11, 12, 13, 14, 15 |
| LEY 26887 | arts. 20, 21, 55 inc. 3) |

JJJJ Comentario

*Manuel Alberto Torres Cañizo*

### **1. Nociones generales**

A diferencia del domicilio general, que constituye el lugar de residencia de una persona y que, en palabras de Cifuentes, "abarca la generalidad de los derechos y obligaciones" (citado por ESPINOZA ESPINOZA), el domicilio especial es aquél que se fija, en la mayoría de ocasiones voluntariamente, para la ejecución de determinados actos jurídicos o para una finalidad específica.

En efecto, en las distintas actividades que una persona desarrolla a lo largo de su vida, inevitablemente necesitará de algún lugar en donde los demás con quienes se relaciona (los particulares o el Estado) puedan exigirle el cumplimiento de sus obligaciones o, por el contrario, dicha persona pueda ejercer sus derechos con respecto a éstos. Para estas diversas e innumerables finalidades es frecuente que el domicilio general (artículo 33 del Código Civil) no sea suficiente o, simplemente, el sujeto desee que el centro de determinadas relaciones jurídicas sea un lugar distinto a su domicilio general (residencia). Por ello, a lo largo de nuestras vidas fijamos -a veces sin tener real conciencia de ello- un buen número de domicilios especiales, lo que sucede por ejemplo cuando al suscribimos a una revista especializada indicamos que la publicación nos sea remitida a un lugar distinto a nuestro domicilio general o cuando, para efectos de obtener el R.U.C. de algún negocio, señalamos como domicilio tributario el local de nuestro establecimiento comerciale.

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto único ordenado fue autorizado por R.M. N° 01-093-JUS de 23-04-93.

'...

En ese sentido, y parafraseando a un connotado autor español, el domicilio especial desempeña el mismo papel que el domicilio real en la esfera para la que se le ha designado (DIEZ-PICAZO y GULLÓN), esto es, constituye la sede jurídica de la persona para efectos de un acto determinado o finalidad específica.

## 2. Clasificación del domicilio especial

Estos propósitos, como ya hemos dicho, pueden ser variados y disímiles, por lo que puede resultar difícil presentar un listado de domicilios especiales. Sin embargo, es frecuente encontrar algunos esfuerzos clasificadores en nuestra doctrina. Nosotros vamos a seguir la propuesta de Cifuentes (citado por ESPINOZA ESPINOZA), pues nos parece bastante completa y pertinente.

En dicha clasificación se subdivide al domicilio especial en tres categorías: procesal, matrimonial y negocial. A continuación daremos un ligero vistazo a las dos primeras -habida cuenta que el domicilio matrimonial será comentado en extenso en otro apartado (al analizarse el artículo 36 del Código Civil) y el domicilio procesal es más objeto de estudio desde un análisis procesal-, para luego centramos en el análisis del domicilio especial negocial.

Pues bien, el **domicilio matrimonial** es aquel en el cual los cónyuges viven de común acuerdo, es decir aquel en el que la pareja ha decidido establecerse como una familia. Este acuerdo puede ser: i) expreso, si es que oralmente o por escrito han manifestado dicha intención, o, ii) tácito, si de alguna manera dicha voluntad conjunta se infiere indubitablemente de una actitud o circunstancias de comportamiento que revelen su existencia, lo que se manifiesta cuando la pareja convive en un determinado lugar sin que ninguno de ellos haya declarado su discrepancia.

La norma supone que los cónyuges, ya sea expresa o tácitamente, se han puesto de acuerdo para fijar el lugar en donde residirán como una familia y, en caso de que no fuera posible determinar esto, establece que se reputará como domicilio matrimonial el último que compartieron. Sin embargo, a diferencia del Código Civil español que sí se ocupa del tema, no se ha contemplado qué hacer cuando la pareja no llega a un acuerdo y no han cohabitado en ningún lugar con anterioridad. La solución creemos que debe ser la misma que la prevista en la legislación española: recurrir al juez para que dirima la controversia.

Como una nota aparte, es peculiarmente llamativo el tratamiento que nuestro anterior Código de 1936 brindaba al domicilio matrimonial, el mismo que revela el pensamiento social de la época: "la mujer casada tiene por domicilio el de su marido" (artículo 24 del derogado Código Civil de 1936).

Por su parte, el **domicilio procesal** es aquel que es fijado para los sucesos de un proceso (artículo 424, inciso 2 del Código Procesal Civil). Constituye un requisito de procedibilidad de la demanda y es fijado libremente por el demandante con la principal finalidad de que todas las resoluciones recaídas en el proceso judicial sean notificadas en dicha dirección y, de esta manera, garantizar su legítimo derecho de defensa.

.....  
..

### 3. Domicilio ne(!ocial

Esta tercera modalidad de domicilio especial es aquella que se fija para la ejecución de determinado acto jurídico o para el cumplimiento de las obligaciones emanadas de algún contrato, por lo que es esta clase de domicilio especial la que está propiamente referida en el artículo 34 del Código Civil, objeto de comentario. Tiene por fuente directa el artículo 27 del derogado Código Civil de 1936, que establecía: "Se puede designar domicilio especial para la ejecución de los contratos. Esta designación solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente".

Se suele prever este tipo de domicilio especial cuando se celebra un contrato, a efectos de establecer el lugar preciso en donde debemos ejecutar nuestras obligaciones o podemos exigir el cumplimiento de los de nuestra contraparte, así como para precisar la dirección donde deberán remitírse nos las comunicaciones relacionadas con el negocio. En ese sentido, las partes pueden convenir (utilizando para tal efecto la consabida frase "y domiciliado en ... para efectos del presente contrato", si se ha redactado una minuta) que el cumplimiento de algunas o todas las prestaciones se efectuará en un lugar distinto al domicilio general de los contratantes, por razones tan disímiles como la comodidad del acreedor y/o deudor, por imposibilidad material del domicilio general del obligado, por una cuestión de conveniencia impositiva, etc.

En el domicilio negocial prima la voluntad del sujeto, pues la determinación de éste depende exclusivamente de su decisión; en ese sentido, por regla general a nadie se le debería imponer que señale en un contrato una dirección que no deseé designar como domicilio especial. Claro está que dicha característica no importa un alejamiento a la teoría objetiva sobre la cual reposa la designación del domicilio en nuestra legislación, pues si bien es cierto que es el sujeto quien en uso de su autonomía de la voluntad designa el domicilio especial, para determinar cuál es éste se requiere simplemente una constatación objetiva: verificar qué lugar ha sido señalado como tal en el contrato. Por ello, el hecho de que afirmemos que en la fijación del domicilio especial prima la voluntad del sujeto no puede llevamos a pensar que esto significa que nuestro Código Civil, pese a consagrarse la teoría objetiva en su artículo 33, ha establecido de contrabando un artículo que consagra la teoría subjetiva. Tal tesis resulta, a todas luces, equivocada.

Por otro lado, la segunda parte del referido artículo 33 establece que la designación del domicilio especial-negocial solo implica el sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto. Esto significa que si, en el momento de la ejecución del contrato, se presenta entre las partes alguna discrepancia que conlleve a una de ellas a recurrir a los tribunales de justicia, el juez competente para resolver la controversia será el que corresponda al espacio geográfico señalado por el demandado en el contrato como domicilio negocial. Lo anterior, creemos, constituye una excepción a la regla general prevista en el artículo 14 del Código Procesal Civil que establece que, cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio (léase domicilio general), salvo disposición legal en

~

contrario. Pese a dicha prescripción legal, hemos advertido que en la práctica se suele demandar al contratante que ha incumplido con sus obligaciones en el juzgado correspondiente a su domicilio general, pese a que éste ha señalado expresamente un domicilio especial-negocial distinto. Esto podría generar que el demandado presente con éxito una excepción de incompetencia; sin embargo, también hemos constatado que en la mayoría de ocasiones el contratante infiel contesta la demanda sin hacer reserva alguna o no presentando la excepción de incompetencia, con lo cual se produce la prórroga tácita de la competencia a que se refiere el artículo 26 del Código Procesal Civil.

No obstante la estipulación de un domicilio negocial, las partes pueden someterse a una competencia territorial distinta, haciendo uso de la denominada cláusula de competencia territorial, por la cual cualquier controversia que requiera una decisión judicial será tramitada ante el órgano jurisdiccional correspondiente al lugar señalado en dicha cláusula. Habiéndose pactado la cláusula de competencia territorial, el domicilio negocial limitará su ámbito de aplicación a ser el lugar de cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, por lo que sería inaplicable en estos casos lo previsto en la segunda frase del artículo 34 del Código Civil.

#### **4. iUn domicilio especial no voluntario**

Ahora bien, a estas tres clases de domicilio especial, nosotros podríamos agregar una cuarta clase: el domicilio especial-obligatorio, esto es, aquel que es fijado para una finalidad en particular por mandamiento expreso de un órgano de la administración pública, no cabiéndole al sujeto de derechos alguna participación en su determinación.

El ejemplo claro de este tipo de domicilio es el domicilio fiscal que es determinado por la administración tributaria, conforme a lo previsto en el artículo 11 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, O.S. NQ 135-99-EF. En efecto, pese a que inicialmente sea el contribuyente quien tenga la potestad de fijar su domicilio fiscal, la Administración Tributaria se encuentra facultada para requerirle que fije un nuevo domicilio fiscal cuando, a criterio de la administración, el domicilio establecido por el contribuyente dificulte el ejercicio de sus funciones de recaudación o fiscalización. Así, en caso que el deudor tributario no cumpla con efectuar el cambio requerido en el plazo otorgado por la Administración, esta última se encuentra facultada para considerar como domicilio fiscal cualesquiera de los lugares a que se hace mención en los artículos 12, 13, 14 Y 15 del referido Código Tributario, esto es, el de su residencia habitual, aquel donde desarrolla sus actividades civiles o comerciales o el lugar donde se encuentran los bienes relacionados con los hechos que generan las obligaciones tributarias (si se tratase de una persona natural); o aquel donde se encuentra su dirección o administración efectiva, aquel en donde se encuentra el centro principal de su actividad, aquel donde se encuentran los bienes relacionados con los hechos que generan las obligaciones tributarias, o el domicilio de su representante legal (de tratarse de personas jurídicas); o el de su representante, o alternativamente, a elección de la Administración Tributaria, el correspondiente a cualquiera de sus integrantes (cuando se trate de entidades que carezcan de personalidad jurídica).

Es más, se establece que dicho domicilio no podrá ser variado por el contribuyente sin autorización expresa de la Administración Tributaria.

Por ello, podemos afirmar que el principio general por el cual la designación del domicilio especial corresponde al sujeto de derechos, tiene al menos una excepción. En consecuencia, una lectura más rigurosa y exacta del artículo 34 del Código Civil nos conduce a pensar que es posible que un tercero pueda designar un domicilio especial a una persona. Es el caso del domicilio especial tributario, que ya hemos mencionado.

## 5. Pluralidad de domicilios especiales

Finalmente, nos queda referirnos a la posibilidad de que un mismo sujeto de derechos posea varios domicilios especiales. Esto es perfectamente posible, como cuando una persona posee alguno en especial para efectos impositivos (domicilio tributario), otro u otros para sus distintos procesos judiciales (domicilio procesal), otro u otros para el cumplimiento de las obligaciones emanadas de diferentes contratos (domicilio negocial), etc.

También podría suceder que se fijen dos o más domicilios para efectos del cumplimiento de un único contrato, lo que podría suceder cuando la complejidad de la relación obligatoria nacida de éste determine que se designen varios domicilios para el cumplimiento de diferentes prestaciones. Piénsese en los contratos de colaboración empresarial o asociativos, en los que el cumplimiento de prestaciones tan disímiles como el pago de las utilidades o la prestación de un servicio determinado pueden efectuarse en diferentes lugares. En fin, la pluralidad de domicilios especiales es una realidad evidente que se ajusta perfectamente a las necesidades de los seres humanos de establecer relaciones comerciales, sociales o de diversa índole que referimos al inicio de estas líneas.

## DOCTRINA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Ed. Hualtaya. 3~ edición. Lima, 2001; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos SA Octava edición. 3~ reimpresión. Madrid, 1995; JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo 1, Vol. 1. *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las Personas*. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo 1, Vol. 1. Primera parte - Sujeto y objeto del Derecho. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1979; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. Título Preliminar y Derecho de las Personas. WG Editor. Lima, 1991; PRADO, Juan José y GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. *Instituciones de Derecho Privado*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1987; VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán*. Vol. 1. Libro 11, Las Personas. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1946, pág. 316.

## JURISPRUDENCIA

*"Si se ha consignado en el título de ejecución el domicilio real del ejecutado, en donde no se le ha notificado, no puede validarse una notificación realizada a éste, en el domicilio de su representada".*

*(Exp. NI! 9476-98 de/19/12198. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).*

*"Es válida la notificación practicada en el domicilio señalado en la letra de cambio que se ejecuta".*

*(Cas. NI! 460-96 de/12108/96. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).*

*"La notificación a los coejecutados en un domicilio diferente al señalado en el contrato les impide ejercitar su derecho de defensa con arreglo a ley, por lo que se incurre en causal de nulidad al dictarse la sentencia".*

*(Exp. NI! 886-95 de/ 04/06/96. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).*

## **PLURALIDAD DE DOMICILIOS**

*A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.*

CONCORDANCIA:  
C.P.C. arts. 14, 16,22,589

*Comentario*

*Juan Carlos Esquivel Oviedo*

### **1. Introducción**

El texto del artículo en comentario es una reproducción literal del artículo 20 del Código Civil de 1936, el mismo que tiene como fuente al artículo 32 del Código Civil brasileño, el artículo 7 del Código alemán, así como el numeral 43 del Código portugués.

El artículo 33 del Código Civil establece: "El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar", lo cual significa que para la constitución del domicilio real solo se toma en consideración el hecho de que una persona viva en un determinado lugar de manera permanente, sin importar el deseo o no de la persona de residir en tal lugar.

El domicilio es el lugar estable en el cual la persona habita normalmente. El carácter permanente de la habitualidad de la persona en el lugar hace que se elimine la posibilidad de que una persona constituya dos domicilios reales, puesto que no se puede residir habitualmente en dos lugares de manera simultánea. Por tal motivo, se ha dicho por una parte que el artículo 35 del Código Sustantivo estaría en contradicción con el artículo 33 del mismo, pues como indica Fernández Sessarego, el artículo 35 permite la posibilidad de tener más de un domicilio general al establecer que se puede habitualmente vivir alternativamente en varios lugares (FERNÁNDEI SESSAREGO). Por su parte Juan Espinoza, al comentar el artículo 35, ha considerado que nuestro Código Civil ha adoptado una posición mixta (ESPIÑOIA ESPINOIA), es decir que adopta conjuntamente la tesis de unidad y pluralidad de domicilio.

A continuación trataremos de explicar el sentido del artículo 35, así como su aplicación práctica.

## 2. Conceptos sobre domicilio

Concepto.- El domicilio es un atributo que permite individualizar a una persona, pues es a través de éste que los terceros pueden localizar a las personas en algún lugar del globo terráqueo con la finalidad de imputarles derechos y/u obligaciones. Por ello se ha dicho que el domicilio es el asiento jurídico de la persona.

La residencia habitual como elemento esencial.- Residir en un lugar importa vivir en un lugar con cierta permanencia, es por ello que no toda residencia da lugar a un domicilio, pues para ser calificado como tal, la residencia ha de ser habitual, es decir que la permanencia de la persona en determinado espacio geográfico ha de ser continua de tal modo que permita objetivamente estimarse que en aquel concreto lugar la persona ejerce los derechos y cumple las obligaciones que le son connaturales conforme a su estado civil; es por ello que se ha dicho que el domicilio de cualquier persona es el lugar en el cual la persona vive con su familia de manera estable.

Sin embargo, no debe entenderse que el simple hecho de permanencia en un lugar haga presumir la constitución de domicilio, sino que es necesario que se presenten otros elementos externos que hagan presumir al tercero que la persona ha fijado su domicilio en tal lugar, lo cual no está condicionado a que transcurra un determinado tiempo. En ese sentido Puig Brutau expresa: para adquirir un domicilio en un lugar determinado no se requiere la permanencia en dicho lugar durante un período de tiempo más o menos largo. Por tanto, el recién llegado a una población adquirirá su domicilio en la misma, si objetivamente puede estimarse que allí ejerce los derechos y cumple las obligaciones civiles que le son connaturales. (PUIG BRUTAU).

Clases.- El domicilio puede ser general o especial.

a) El domicilio general sirve, como dice Puig Brutau, para localizar el lugar donde se ejercitan los derechos y cumplimiento de las obligaciones civiles que globalmente se afectan a la persona (PUIG BRUTAU); el mismo que puede ser voluntario, también llamado real, o legal.

El domicilio general puede ser real (voluntario) o legal. El domicilio real (voluntario) es el que una persona elige libremente fijando su residencia, con el ánimo de avecindarse (ESPINOZA ESPINOZA). El domicilio legal no lo elige voluntariamente la persona, sino es aquel que la ley fija, sin admitir prueba en contrario.

El domicilio general se caracteriza por ser necesario, puesto que es indispensable poder ubicar a las personas en el territorio, para poderles exigir el cumplimiento de sus obligaciones y deberes. Por ello, no hay persona alguna sin domicilio.

El domicilio general es único, en el sentido de que el sujeto de derechos no puede tener más de un domicilio general, pues en el caso del domicilio voluntario no cabría la posibilidad de que una persona pueda residir habitualmente en más de un lugar. Con respecto a la posibilidad de que una persona tenga más de un domicilio legal, ALBADAJO señala que tal hipótesis debe de ser excluida, en principio, porque cuando

en un sujeto concurren más de una de las causas que motivan el domicilio legal (por ejemplo ser empleado e hijo bajo patria potestad), parece lo más razonable pensar que, al menos como regla, preponderará una de ellas, a partir de la cual se fijará aquél (ALBADALEJO).

La existencia de un domicilio legal tiene como consecuencia la desaparición del domicilio voluntario o real, pues solamente cuando cesa la situación de hecho que lo coloca en alguna situación del domicilio legal, aparece el domicilio real (CIFUENTES).

**b)** El domicilio especial es acordado por las partes de una relación jurídica para efecto de la imputación de derechos y/u obligaciones.

### 3. Análisis del artículo 35

El artículo en comentario es concordante con la tesis del domicilio único que adopta nuestro Código Civil, como con el propósito de contar solo con el elemento objetivo para la constitución del domicilio de la persona. Ello debido a que el referido artículo requiere que se presente cualquiera de los siguientes supuestos: a) que la persona viva alternativamente en varios lugares (no residencia habitual); y/o b) tenga ocupaciones habituales en varios lugares.

En cuanto al sentido de la frase vivir alternativamente, consideramos que la ley se refiere a la residencia que no genera domicilio, es decir aquella en la cual el sujeto de derecho vive en un lugar con cierta duración, y no de manera habitual, pero capaz de hacer presumir a los terceros que en dicho lugar la persona ha establecido su centro de imputaciones jurídicas, vale decir, su domicilio.

Indudablemente, para los terceros es muy difícil distinguir cuándo la residencia de una persona es habitual y cuándo es simplemente una residencia ocasional, es por ello que nuestra legislación considera como presupuesto necesario para la constitución del domicilio solo el aspecto objetivo, es decir, solo es necesario que una persona ubique a otra en un lugar determinado del globo terráqueo, para que lo haga presumir que en dicho lugar el sujeto de derecho ha constituido su domicilio. Así por ejemplo supongamos que "A" vive con su familia en Lima, es decir, su domicilio real es en la capital, pero por razones laborales reside en Trujillo durante gran parte de la semana. Para los habitantes de Trujillo, el domicilio de "A" será en Trujillo, puesto que ahí ha fijado su residencia pero solo por razones laborales y no de manera voluntaria. Empero el domicilio real de "A" siempre seguirá siendo Lima, ya que en los momentos en los que "A" no trabaje siempre estará vinculado a su domicilio real, pues, cuando deje de ir a Trujillo por razones laborales regresará a Lima, para vivir con su familia.

Lo expresado en el párrafo anterior no debe entenderse en el sentido de que para determinar el domicilio de un sujeto de derecho es necesario avelriguar el ánimo de

éste de residir en un lugar determinado, puesto que a nuestro Código Civil le es irrelevante el aspecto subjetivo para la fijación del domicilio por terceros, pues permite a éstos determinar el domicilio de una persona teniendo solo en cuenta la residencia objetiva en un determinado lugar.

En cuanto al segundo supuesto regulado en el artículo en comentario, referente al hecho de que el sujeto tenga ocupaciones habituales en varios lugares, debemos entenderlo en el sentido de que una persona por razón de las labores se encuentre durante un período en un lugar y luego en otro, permitiendo ubicar a dicha persona en los diversos lugares en los cuales desempeña sus labores habituales, los mismos que no constituyen su domicilio real. Así por ejemplo, al médico que durante la mañana trabaja en una clínica y durante la tarde atiende en su consultorio privado, se le podrá notificar tanto en la clínica, en su consultorio o en su casa.

Por lo expuesto, podemos decir que el artículo en comentario no regula la pluralidad de domicilio, ya que de acuerdo a nuestro sistema civil, cada sujeto de derecho tiene solamente un domicilio real. Lo que regula el artículo 35 del Código Civil es un domicilio legal alternativo, cuya constitución no es potestad del propio sujeto de derecho, sino que la ley le otorga a los terceros la facultad de presumir que el domicilio de una persona es el lugar en donde ella reside ocasionalmente o el espacio geográfico en donde desempeña sus labores habituales. Por ello, podemos concluir que la determinación del domicilio no es fijada voluntariamente por la persona, salvo el especial, sino que es constituida por los terceros interesados en imputarle derechos y/u obligaciones a un determinado sujeto de derecho.

## DOCTRINA

ALBADAJO, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. Vol. 1. José María Bosch Editor SA Barcelona, 1995.; BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil*. Parte general. Editorial Perrot Ed. Buenos Aires, 1986; CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil*. Parte general. Astrea. Buenos Aires, 1995; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de las Personas*, Ed. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Librería Studium editores. Lima, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil Peruano*, Tomo 1. Walter Gutierrez C.; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Primera parte, parte general, sujeto y objeto de derecho*. Bosch, Casa Editorial SA Barcelona, 1979; RUBIO CORREA, Marcial. *El Ser Humano como Persona Natural*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. XII. PUCP. 1992.

## JURISPRUDENCIA

~ la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos".

(Exp. N!! 674-98, Corte Superior de Justicia de

Lima,

Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento).

"Que, el artículo treintiuno de la Ley NQ 25398 complementaria de la Ley NQ 23506 de Habeas Corpus y Amparo, que modifica el artículo veintinueve de la Ley NQ 23506 establece que son competentes para conocer de la Acción de Amparo los Jueces de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde se afectó el derecho o

*donde se cierre la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante.*

*Que, el artículo treinticinco del Código Civil establece que la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellas.*

*Que, asimismo del certificado domiciliario expedido por la Delegación Policial de Ayacucho- Trujillo, obrante a fojas noventa del cuaderno principal, es posible apreciar que el demandante tiene domicilio en el Jr. Diego de Almagro NQ 657 de la ciudad de Trujillo, lo cual habilita la competencia del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo para avocarse al conocimiento de la presente acción".*

*(Exp. N!! 985-96-AA/TC, Tribunal Constitucional).*

*"Si se argumenta que la demanda ha sido notificada en la sucursal de su centro de trabajo y posteriormente señala que la demanda fue notificada en su ex centro de trabajo, incurre en contradicción. Ello causa convicción en el ánimo del juzgador que la demanda fue debidamente notificada. El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso".*

*(Exp. N!! 33168-98 del 21/10/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

*"Que, el artículo 31 de la Ley NQ 25398 complementaria de la Ley NQ 23506 de Habeas Corpus y Amparo, que modifica el artículo 29 de la Ley NQ 23506, establece que son competentes para conocer de la Acción de Amparo los jueces de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde se afectó el derecho o donde se cieme la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante'. El artículo 35 del Código Civil establece que la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellas. Asimismo del certificado domiciliario expedido por la Delegación Policial de Ayacucho - Trujillo, obrante a fojas noventa del cuaderno principal, es posible apreciar que el demandante tiene domicilio en el Jr. Diego de Almagro NQ 657 de la ciudad de Trujillo, lo cual habilita la competencia del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo para avocarse al conocimiento de la presente acción".*

*(Exp. N!! 985-96-AA/TC del 15/09/97. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

## **DOMICILIO CONYUGAL**

*El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.*

### **CONCORDANCIAS:**

|        |                                                          |
|--------|----------------------------------------------------------|
| C.     | arto 2, inc. 2                                           |
| C.C.   | arts. 290, 326, 2077, 2078, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084 |
| C.P.C. | arto 24 inc. 2)                                          |

*il:n Comentario*

*César Carranza Álvarez*

### **1. Introducción**

La evolución de la disposición contenida en el artículo 36 del Código Civil está intrínsecamente relacionada con un aspecto importante dentro de los derechos fundamentales de la persona: el principio de igualdad jurídica, que sin lugar a dudas influenció notablemente en la redacción de los artículos 50 y 24 de los Códigos Civiles de 1852 y 1936, respectivamente, en cuanto al tratamiento del domicilio conyugal, estableciendo que el domicilio de la mujer casada corresponde al del marido; fórmula que incluso es repetida, no obstante algunas variantes, por el artículo 8 del Tratado de Derecho Civil Internacional, suscrito en el marco del Congreso Internacional de Montevideo de 1889, por los plenipotenciarios de Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Perú.

Sin embargo, poco antes de la consagración constitucional del principio de igualdad jurídica, la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 plasmó en el artículo 145 de su proyecto, un precepto por el cual se establecía que el domicilio conyugal sería aquel fijado de común acuerdo, sea expresa o tácitamente, por los cónyuges; fórmula que posteriormente fue modificada para dar paso a la redacción actual del artículo 36 del Código de 1984, cuyo texto prescribe claramente que el domicilio conyugal será aquel donde los cónyuges vivan de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.

Las líneas siguientes tratan precisamente de mostrar panorámicamente dicha evolución, así como de precisar algunos comentarios contra la redacción del presente artículo.

### **2. El domicilio conyugal en los Códigos Civiles de 1852 y 1936**

"Los sistemas jurídicos cuando organizan los deberes conyugales, lo hicieron a partir del principio de la potestad marital, pasaron por el sistema de la jefatura marital o unidad de dirección, hasta llegar a la total igualdad jurídica de los cónyuges o codi

-- ~ .

rección marital" (PLÁCIDO, p. 118). Y es que para arribar al texto consignado en el artículo 36 del Código Civil de 1984, tuvieron que transcurrir varias décadas, en las cuales la opción por la preeminencia del marido sobre la esposa, la sumisión de ésta frente a aquél, y además, el seguirlo hasta el lugar donde "decidiese" residir, se convirtió en toda una tendencia, que llegó incluso a ser acogida por un documento internacional suscrito por el Perú; continuando con el Código Civil de 1936, para llegar finalmente, y felizmente, a su fin, con la promulgación primero de la Constitución de 1979 y posteriormente con el Código Civil de 1984.

El Código Civil de 1852 contenía normas que permitían advertir la línea legislativa del articulado en materia de matrimonio, y más precisamente respecto a los deberes y derechos derivados de él; así como en lo relativo a la determinación del domicilio de los cónyuges.

Así, se estableció:

- a) La potestad del marido sobre su mujer (artículo 28, inc. 1);
- b) La protección del marido hacia su mujer y obediencia de ésta a su esposo (artículo 175);
- c) La obligación de la mujer de habitar con el marido (artículo 176);
- d) La obligación de la mujer de seguir a su esposo al lugar donde él tuviera por conveniente residir (artículo 176, *in fine*);
- e) La no posibilidad de la mujer de presentarse en juicio sin la autorización del esposo., salvo si fuese acusada por alguna causa de índole criminal (artículo 179);
- f) La administración por el marido de los bienes de la sociedad conyugal (artículo 180);
- g) Contemplar como causal de divorcio la negativa de la mujer a seguir, sin graves y justas causas, a su marido (artículo 192, inc. 8);
- h) Potestad del marido de solicitar el depósito de la mujer que ha abandonado la casa común, durante la tramitación del proceso de divorcio (artículo 204);
- i) La obligación de la mujer de justificar, cuando le fuese exigida, su residencia en la casa que se le designó, bajo sanción de perder la pensión alimenticia o de someterse a las precauciones de seguridad solicitadas por el marido (artículo 206).

Como puede apreciarse, era el marido quien prácticamente tenía el "control" de la

relación matrimonial; y no obstante imponérsele la obligación de protección hacia su cónyuge, las prerrogativas de las cuales gozaba, en mérito a lo conferido por ley, colocaban a la mujer en una situación de inferioridad inocultable respecto al esposo, ajena a todo tipo de intervención en la dirección del matrimonio.

En materia de domicilio conyugal el panorama no era muy disímil. El Código contenía una norma genérica, el artículo 176, según el cual la mujer se encontraba obligada a habitar con su marido y a seguirlo al lugar donde él tuviese por conveniente residir. Con esta norma, ya se podía entrever la pauta seguida por el Código en cuanto a la fijación del domicilio conyugal, que no era otra que la establecida por el

artículo 50, que expresaba: "*la mujer casada tiene por domicilio el de su marido...*", indicativo obvio de que bajo ninguna circunstancia la mujer podía intervenir, y mucho menos decidir, respecto al domicilio conyugal. Resultaba claro que dicha "potestad" le estaba reservada únicamente al marido, quien podía incluso trasladarlo de un lugar a otro, a su sola voluntad, sin que la intervención de la mujer fuese tomada en cuenta.

Años más tarde, con motivo de la realización -en 1889- del Congreso International de Montevideo, los Plenipotenciarios de las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay Y Perú suscribieron el Tratado de Derecho Civil Internacional, cuyo texto constaba de 75 artículos, divididos en 14 títulos más disposiciones generales. En él, dentro del título correspondiente al domicilio, se encontraba la disposición del artículo 8. Prescribía esta norma:

"El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido."

La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro".

Como se observa en la norma transcrita, la regla general es reputar como domici

lio conyugal el constituido por el matrimonio. Consideramos que la norma sentó aquí un principio interesante, muy distinto en su concepción con el artículo 50 del Código Civil de 1852. En efecto, al disponer el Tratado que el domicilio conyugal es el establecido por el matrimonio, nos anima pensar que se estaba ya considerando el acuerdo de ambos cónyuges para tal fin; es decir, se estaba dejando de lado aquella potestad del marido de fijar a su sola voluntad el domicilio conyugal, para colocar a la esposa en el mismo plano de actuación, permitiéndole su intervención en la decisión de afincar el domicilio.

Concluye el artículo precisando que, en defecto del principio general, o sea la constitución de domicilio por el matrimonio, deberá reputarse como tal el del marido; conservando la mujer separada judicialmente el domicilio de éste, en tanto no constituya otro; con lo cual volvemos nuevamente a lo normado por el Código de 1852, donde correspondía al marido tal decisión. Semejante disposición la encontramos también en el Título XI de las *Capitulaciones Matrimoniales*. Allí se indicaba que si no se hubiese fijado de antemano el domicilio conyugal, las relaciones de los cónyuges respecto de los bienes que tengan al momento de celebrar las capitulaciones matri

moniales y los adquiridos posteriormente, se regirán por la *ley del domicilio del marido* al tiempo de la celebración del matrimonio (artículo 42).

El Código Civil de 1936 no modificó el concepto. Más aún, se incluyeron dos artículos que no hacían otra cosa que ratificar el sesgo seguido por el derogado de 1852: el 162, según el cual correspondía al marido fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir lo referente a su economía; y el 24, por el cual la mujer casada tenía el domicilio del marido.

Las disposiciones en materia de relaciones matrimoniales eran claras: correspondía al marido dirigir la sociedad conyugal, reservándose a la mujer el deber de ayuda

y consejo para el logro de la prosperidad común (artículo 161); fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir respecto a la economía del hogar (artículo 162).

Se continuaba, pues, con la ya arraigada concepción del Código derogado y que mereció, por parte de Cornejo Chávez, el comentario siguiente: "Era éste, sin duda, uno de los efectos más notorios de la todavía existente, aunque no llamada, potestad marital, de la cual fluían consecuencias tales como la de constituir a la mujer en abandonante si, negándose a seguir a su marido, permanecía en el lugar que hasta el momento había sido el domicilio común, a menos que probase el abuso del derecho por el marido" (CORNEJO CHÁVEZ, p. 238).

En cuanto al domicilio, se repetía la fórmula de su antecesor, esto es, que la mujer casada tenía por domicilio el del marido, pues éste gozaba de la potestad de fijarlo y mudarlo. No obstante, podía rechazar la decisión de su cónyuge, cualquiero que constituyese un manifiesto abuso de su derecho (artículo 163).

Aún más, en las sesiones de elaboración del Código, se planteó la necesidad de incluir un precepto donde se estableciera el domicilio de la viuda y de la mujer casada separada judicialmente, lo cual dio motivo al debate entre los Dres. Solf y Calle.

El Dr. Solf expuso lo innecesario de incluir una disposición como ésta, pues resultaba a todas luces evidente que ellas conservaban el domicilio del marido, en tanto no constituyeran otro. Por su parte, el Dr. Calle se mostró disconforme con dicha posición, mostrándose a su vez partidario de la inclusión de una norma que regulase expresamente esta situación a fin de evitar articulaciones maliciosas cuando la mujer separada del marido o la viuda tuvieran que ser citadas en juicio, pues de lo contrario podrían producirse incidentes que retardarían el desarrollo normal del proceso, ocasionando el cuestionamiento de los magistrados y críticas infundadas contra la justicia e incluso contra aquellos litigantes de buena fe (tomado de: GUZMÁN FERRER, p.141).

Sin embargo la propuesta no prosperó y el citado dispositivo mantuvo, así, su redacción. Es con la Constitución de 1979 y posteriormente con el nuevo Código Sustantivo, que la regulación del domicilio conyugal sufrirá una importante modificación.

### 3. El domicilio conyugal en el Código Civil de 1984

A diferencia de su antecesora, la Constitución de 1979 contenía una disposición en el artículo 2, inc. 2, que además de consagrar un derecho fundamental de la persona, daba inicio a un cambio que, cinco años más tarde, se vería concretado en el nuevo Código Civil; y que la Constitución de 1993 no hace sino repetir: el derecho de igualdad ante la ley y a la no discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma; en considerar iguales, tanto al varón como a la mujer, en cuanto a oportunidades y responsabilidades; así como el reconocerle derechos no menores que al varón, supuso colocar a la mujer en un plano de actuación e importancia que no había gozado hasta entonces, haciéndola partícipe en la toma de decisiones que estaban siempre reservadas al varón; situación que era factible apreciar con mayor notoriedad en el terreno matrimonial.

Con razón se ha dicho que "(o.) la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizamos mejor en me?io de nu~stras differ~n?ias". Asimisr:n?"la C~nstitución se inspira en esta concepcion de la Igualdad basica, que contiene al mismo tiempo el rechazo a P?siciones que conceden derechos en función de la diferencia de las personas" (OTAROLA PENARAN DA, p. 31).

Paralelamente, en el seno de la Comisión Reformadora cobraba fuerza la intención de concederle a la mujer mayores derechos y responsabilidades, y permitirle decidir en asuntos que hasta ese momento le estaban vedados.

Este cambio se ve reflejado en el Proyecto de Código Civil elaborado por dicha comisión, cuando en el artículo 338 se señalaba que ambos cónyuges tenían el deber y el derecho de participar, según sus posibilidades y capacidades, en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo; así como fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar, de

común acuerdo. Esta disposición concordaba con el artículo 145, que prescribía:

"El domicilio de los cónyuges que hagan vida en común será el que fijen de mutuo acuerdo, ya sea expresa o tácitamente".

De esta manera, la mujer no quedaba ya a merced del esposo en cuanto a la determinación del domicilio conyugal sino que, en virtud de este proyecto, se le otorgaba la posibilidad de intervenir en su fijación. Se deja atrás, por tanto, la denominada potestad marital para dar paso a una regulación donde la igualdad entre cónyuges representaba su piedra angular.

Modificaciones posteriores eliminaron toda referencia al mutuo acuerdo, para establecer finalmente, en el actual artículo 36 del Código Civil de 1984, que domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consumo y, en defecto de éste, el último que compartieron. En otras palabras, domicilio conyugal será aquel constituido de común acuerdo entre marido y mujer, estando representado por la residencia habitual en un determinado lugar.

Por lo demás, esta norma era fiel reflejo de lo estipulado en el artículo 290, según el cual correspondía por igual a ambos cónyuges fijar y mudar el domicilio conyugal, así como decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar; derivación de lo contenido en el segundo párrafo del artículo 234, que confería a ambos cónyuges, en el hogar: autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Conviene precisar el modo de fijar el domicilio conyugal, más concretamente si éste puede establecerse dentro de otro domicilio conyugal. Es el caso de una pareja de recién casados que deciden vivir en casa de los padres de la esposa o del esposo; por lo demás, circunstancia muy frecuente en nuestro país: ¿existirá domicilio conyugal, o no, por haberse los cónyuges "introducido" en el domicilio de otra pareja?

La Corte Suprema ha interpretado este hecho, expresando que no es óbice considerar como domicilio conyugal el afincado en otro, por cuanto la *ratio legis* del artículo 36 no excluye tal eventualidad; constituyendo un error afirmar que una pareja carece de domicilio conyugal por el simple hecho de haberlo fijado en uno ya constituido. En

tal sentido, si los cónyuges, para los actos de su vida diaria, señalan como domicilio el de uno ya fijado, será éste necesariamente su centro de imputaciones jurídicas.

El Libro X del Código Civil dedicado al Derecho Internacional Privado menciona concretas situaciones jurídicas que se dilucidarán teniendo en cuenta el lugar de constitución del domicilio conyugal. Así, los derechos y deberes de los cónyuges, en cuanto a sus relaciones personales, deberán regirse por la ley del domicilio conyugal, y por la del último domicilio, cuando residan en lugares distintos (artículo 2077); el régimen patrimonial del matrimonio, así como las relaciones de éstos con los bienes, deberán regirse por la ley del primer domicilio (artículo 2078); asimismo los efectos de la nulidad del matrimonio, con excepción de lo referente a los bienes de los cónyuges, que se regirán por la ley del régimen patrimonial del matrimonio (artículo 2080); el derecho al divorcio y a la separación de cuerpos, al igual que sus causas y efectos civiles (artículos 2081,2082); Y por último, lo concerniente a la determinación de la filiación matrimonial, efectos e impugnación (artículo 2084), se regirá por la ley del domicilio conyugal

Finalmente, en materia procesal, la disposición del artículo 24, inc. 2, por el cual además del domicilio del demandado, también resulta competente el juez del último domicilio conyugal en los procesos de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad.

#### 4. Crítica al artículo 36. Propuestas de reforma

De acuerdo con el artículo en comentario, el domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno. Hasta aquí la norma no presenta mayores inconvenientes, menos aún dudas. Sin embargo, en los supuestos de separación, o alguna otra circunstancia por la cual los cónyuges decidan no compartir más el domicilio, tomando rumbos distintos, y a efectos de cualesquier imputación jurídica: ¿podría seguirseles considerando domiciliados en el último domicilio conyugal que compartieron, en aplicación de la parte final del artículo? Por supuesto que no. No obstante, para la segunda parte del artículo 36 del Código Civil sí.

Esta incongruencia de la norma permitiría suponer que los cónyuges aún comparten el domicilio conyugal, no obstante estar ya separados y residir ambos en domicilios distintos; construyendo así una ficción que no se condice, ni con la realidad de los hechos, ni mucho menos con la construcción normativa en materia de domicilio. Es una norma confusa, que recurre a una ficción fútil y, por tanto, susceptible de modificación legislativa, ya sea eliminando la parte pertinente o reformándola en su contenido.

Ya Fernández Sessarego se ha referido a esta norma, diciendo que "(oo.) la solución no se ajusta a la realidad, es un fingimiento que acoge el Código para suplir la ausencia de domicilio conyugal" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, p. 97), en tanto Espinoza ha mencionado que "(oo.) es absurdo hablar de domicilio del mismo, ya que quienes lo conformaban se encuentran residiendo en lugares separados, es decir,

domicilios distintos"(ESPINOZA ESPINOZA, p. 317).

↳

Es por ello que, en el marco de los trabajos de reforma al Código Civil, se ha planteado la modificación del citado artículo, en los siguientes términos: seguir consi

derando como domicilio conyugal aquel en el cual los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, aplicar la disposición del artículo 33 para cada cónyuge; es decir, considerarlos domiciliados en el lugar donde tengan su residencia habitual. El contenido íntegro de la modificación es como sigue:

"El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno. En su defecto, se aplicará lo dispuesto en el artículo 33 para cada cónyuge".

Con esta enmienda se logra, por tanto, una norma más acorde con la realidad, superando la ficción innecesaria del vigente texto.

## DOCTRINA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 102 edic., 1999, 846 pp.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derechos de la Persona*, Edil. Huáliaga, Lima, 22 edic., 1996, 636 pp.; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Studium Editores, Lima, 2<sup>a</sup> edic., 1987, 279 pp.; *Guía Rápida de Jurisprudencia Civil y Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 243 pp.; GUIMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*, Cultural Cuzco SA Editores, Lima, Tomo 1, 1982, 832 pp.; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Jurisprudencia Civil*, Editora Fecat, Lima, Tomo IV, 538 pp.; OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto. *La Constitución explicada*, ICS Editores, Lima, 1997, 300 pp.; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*, Rhodas, Lima, 1997, 489 pp.; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, 470 pp.; *Proyecto del Código Civil*, Comisión encargada de la reforma y estudio del Código Civil de 1936, Diario Oficial El Peruano, 1982, 154 pp.

## ..m. JURISPRUDENCIA

"(oo.) los cónyuges han formado su domicilio conyugal en la casa del padre de, accionante (...) por lo que señalar que los esposos antes mencionados no han tenido hogar conyugal por haberse introducido a otro hogar ya formado, contraviene la ratio legis del artículo treintiséis del Código Civil, pues si las partes en litigio han señalado su domicilio en el predio de uno de sus padres, el mismo debe reputarse como su domicilio conyugal, ya que no hay prohibición legal para que bajo un mismo techo habite más de una familia y fijen en el mismo su domicilio conyugal".

(Cas. N° 2862-99/Cajamarca. Gaceta Jurídica, Tomo 82-8, setiembre 2000, pp. 140-141).

"(...) Que si bien de acuerdo al artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República se requiere ade

*más de los requisitos previstos en los artículos dos mil ciento dos y dos mil ciento tres, los requisitos que la propia disposición legal señala, lo es también que el derecho al divorcio o a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal".*

*(Exp. N!! 42-95/Lima. Hinostroza Minguez, Alberto. Jurisprudencia Civil, Tomo IV, pp. 529-530).*

*"Para determinar la competencia respecto al régimen patrimonial y las relaciones de los cónyuges con sus bienes, cuando se trata de matrimonio celebrado en el extranjero, el Código Civil señala que la ley aplicable en ese caso es la del primer domicilio conyugal, sin permitir que el posterior cambio del domicilio acarree el cambio en la ley aplicable. Por ello, si en el certificado de matrimonio consta que se ha celebrado éste en el extranjero, este hecho es constitutivo del mismo, puesto que se produce el cambio de estado civil de soltero a casado, y es en este momento en que se constituye el primer domicilio conyugal. Si se inscribe el matrimonio vía acción judicial en el Perú, este hecho debe entenderse como uno declarativo, ya que solamente reconoce una situación que ya se había dado, y por tanto la ley aplicable no cambiará".*

*(Cas. N!! 2073-98/Arequipa. Guía Rápida de Jurisprudencia Civil y Procesal Civil, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 150).*

*"No se puede alegar desconocimiento por parte de la cónyuge, de la notificación que ha sido hecha llegar al domicilio conyugal. La falta de denuncia civil oportuna, precluye la posibilidad de denunciar este vicio en casación".*

*(Cas. N!! 640-96 del 12/09/96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

*"La notificación dirigida contra uno de los cónyuges con el mismo domicilio real que el otro cónyuge permite concluir que éste tuvo conocimiento oportuno del proceso, siendo de aplicación el tercer párrafo del artículo 172 del C.P. C. ".*

*(Cas. N!! 289-94 del 23/04/96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

~

## **DOMICILIO DE INCAPACES**

*Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.*

**CONCORDANCIAS:**

C.C.

arts. 45, 2071

C.P.C. art.21

*Comentario*

*César Carranza Álvarez*

### **1. Introducción**

Con antecedentes en los Códigos Civiles de 1852 y 1936, artículos 50 y 23 respectivamente, el Código vigente regula el tema del domicilio de personas incapaces en el artículo 37 ,reproducido fielmente el texto del derogado de 1936.

Por regla general, el domicilio viene a constituir la' residencia habitual de una persona en un determinado lugar (artículo 33 del Código Civil de 1984) , así como el "elemento que sirve para la identificación de la persona, en cuanto a aquél viene a ser con respecto a la última, como el punto o centro espacial de imputación jurídica" (LEÓN BARANDIARÁN) Y en tanto derecho de la misma, gozará de libertad para establecerlo y, en su defecto, modificarlo. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales dicha regla se ve alterada, donde la voluntad de la persona es reemplazada por la de la ley, donde es ésta y no aquélla quien acudirá a fijarlo, en atención a motivaciones establecidas concretamente en ella.

Éstas pueden presentarse en cuatro supuestos, a saber: tratándose de personas incapaces, funcionarios públicos, residentes temporales en el extranjero, y aquellos que no posean residencia habitual; de los cuales, el primero de los nombrados será objeto del presente comentario.

### **2. La representación leal y la determinación del domicilio**

El acto jurídico, entendido como la manifestación de voluntad' destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, puede, en principio, ser llevado a cabo por quienes tengan legítimo interés en la realización del mismo; esto es, las partes involucradas, quienes observando los requisitos exigidos para su validez, le

darán nacimiento. Sin embargo, permite también la ley que el mismo sea realizado no ya por los involucrados directamente en el acto a celebrar, sino por personas a quienes éstos hayan otorgado facultad para actuar por ellos. Estamos así frente a la institución de la representación.

Aquella puede ser conferida, bien por las partes o bien por la ley, ante lo cual nos encontraremos frente a la representación convencional y legal, respectivamente; acogidas por el Código Civil en el artículo 145, 211 parte, cuando expresa que "la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley".

La primera emana de un acto voluntario (unilateral y recepticio), por medio del cual una de las partes otorga a otra facultad de representación, para que en su nombre e interés pueda realizar los actos jurídicos que sean necesarios a su persona (cuyos efectos recaerán posteriormente en su esfera jurídica); dándose nacimiento así a la relación representativa; la segunda, surge del mandato expreso de la ley, en atención a circunstancias especiales establecidas concretamente en ella.

La representación legal se orienta a cautelar los intereses de aquellas personas que no pueden hacerla por sí solas, como sucede con los incapaces. Esta necesidad de cautela exigirá al Derecho la expedición de normas que se orienten a la protección jurídica de aquellos; estableciendo para tal efecto su campo de acción y los límites de su ejercicio. En tal sentido, se sustenta en "(o.) la función tutiva del Derecho y en una finalidad práctica dirigida, fundamentalmente, a que nadie se quede sin la cautela de sus intereses" (VIDAL RAMÍREZ). Tal es el fundamento de la representación legal.

La utilidad de la representación -convencional o legal- resulta, pues, evidente: por un lado, permite la realización de actos jurídicos que, por motivaciones diversas, podrían no realizarse, sea porque los interesados se encuentrasen ausentes o impedidos de hacerla por causas de enfermedad o viaje de alguno de ellos, o cualquier otro evento que impida su participación directa; por otro lado, supliendo la voluntad de personas impedidas -por su falta de capacidad de ejercicio- de celebrar actos jurídicos, mediante el establecimiento de una representación especial instituida por ley, que permite suplir de esta forma aquel impedimento.

La representación legal no solo cobra importancia en materia de acto jurídico, sino también en cuanto al domicilio. En relación al primero, permitiendo su celebración por parte de personas impedidas de hacerla por sí solas; y respecto a éstas, determinando el lugar donde se les tendrá por domiciliados, tratándose del segundo.

### 3. El domicilio de personas incapaces

El domicilio ha sido entendido como su sede legal, aquel que determina su ubicación en el espacio, a fin de *imputarle posiciones jurídicas* (FERNÁNDEZ SESSAREGO) o para *efectos de ejercitarse los derechos o de cumplir obligaciones que se le imputan* (ESPINOZA ESPINOZA); en tanto legalmente se le ha definido como la *residencia habitual de una persona en un lugar* (artículo 33, C.C.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Pero el concepto de domicilio no es único. De él se desprenden diferentes denominaciones, según la circunstancia especial de su constitución.

De las clasificaciones que la doctrina ha elaborado respecto a los tipos de domicilio, es posible advertir un domicilio general y un domicilio especial. Mientras el primero viene a constituir el lugar indicado para el ejercicio de todos los derechos en general; el especial es aquel constituido por los particulares para la ejecución de actos determinados, como por ejemplo, la intervención en un proceso -sea como demandantes o demandados- o para la realización de actos jurídicos, tal como lo dispone el artículo 34 del Código Civil. Asimismo el domicilio conyugal, donde los cónyuges viven de consumo, viene a representar también domicilio especial.

Como fácilmente puede advertirse, la nota común de todos los tipos de domicilio indicados precedentemente lo constituye la libertad de su establecimiento. Son los propios particulares quienes acuden a fijarlo en consideración a motivaciones concretas. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales no son ya las personas quienes lo señalan para que en ellas sean susceptibles de imputaciones jurídicas, ejercitar derechos o cumplir sus obligaciones; sino por el contrario, es la ley la que asumirá tal atribución. Es el caso de lo previsto para funcionarios públicos y residentes temporales en el extranjero en ejercicio de funciones de Estado u otras causas, donde expresamente se prescribe que se les considerará domiciliados en el lugar donde ejerzan sus funciones, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 33 del Código Civil (*"El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar"*), en cuanto a los primeros; y el último que hayan tenido en el territorio nacional, para los segundos. De igual modo, en ausencia de residencia habitual de una persona, se le tendrá por domiciliado en el lugar donde se encuentre (artículo 41, C.C.).

El cuarto supuesto de hecho corresponde a una situación especial: el de los incapaces. La ley ha considerado, y con razón, que la determinación de su domicilio se tendrá por el de las personas que, designadas expresamente, ejerzan los derechos civiles de éstos: sus representantes legales (artículo 45, C.C.).

En todos ellos nos encontraremos frente al denominado domicilio legal, impuesto por la ley independientemente de la voluntad del individuo, fijando un lugar que puede no coincidir con aquél en que realmente radica el centro de sus negocios (BARASI). Se trata, en suma, de un *domicilio neutro* a la residencia efectiva de la persona; pero a diferencia del domicilio real, la residencia -aunque pueda haberla en el domicilio legal- no es determinante de éste (ALTERINI).

De acuerdo con los conceptos precedentes, podría pensarse que el domicilio legal es una *ficción*; partiendo de la noción de que el domicilio es aquel donde se tiene el asiento principal de la residencia o de los negocios; si ésta no coincide con el lugar fijado por la ley, resulta entonces que el domicilio es ficticio.

BORDA ha expresado que esta idea es errónea; por cuanto si la regla general es tener al domicilio como el asiento jurídico de una persona, para la producción de determinados efectos, unas veces se tomará en cuenta la residencia, con lo cual estaremos frente al domicilio real; y en otras, se considerarán circunstancias distintas ajenas a la residencia efectiva: éste es el domicilio legal. En ningún caso existe ficción, porque siempre es la ley la que está fijando el domicilio.

¿Cuál es la finalidad de la ley al establecer este tipo de domicilio?: determinar con

toda precisión el centro de imputación jurídica de aquellas personas que, por circunstancias especiales, se encuentran inmersos dentro de los supuestos de hecho previstos en la ley, como sucede con los incapaces. Aún más, la "*importancia práctica que tiene determinar el domicilio de las personas, (...) se evidencia principalmente en la ley aplicable, en las notificaciones judiciales y en la competencia*" (véase, en esta misma obra: ESPINOZA ESPINOZA, comentario al artículo 33).

De esta forma, en concordancia con la regla del artículo 37 en comentario, puede precisarse lo siguiente:

- a) Respecto de los hijos matrimoniales, les corresponderá el domicilio de quienes ejerzan la patria potestad;
- b) En caso de separación o divorcio, el de aquel a quien se confie la tenencia;
- c) Los adoptivos, tendrán por domicilio el de su adoptante;
- d) Los hijos extramatrimoniales, el domicilio de quien los reconoció; y si fue reconocido por ambos, se estará a lo decidido por el Juez de Familia;
- e) Los menores sujetos a tutela, tendrán por domicilio el del tutor; y,
- f) Las personas sujetas a curatela, el de sus curadores.

La disposición de esta norma permite evitar los inconvenientes que generaría considerar domiciliado al incapaz en un lugar distinto al de su representante; por lo demás, constituye la consecuencia natural de la relación de dependencia existente entre el incapaz representado y el representante legal, merced al cuidado y protección del segundo respecto al primero.

De lo anterior, podemos establecer, en concordancia con lo opinado por León Barandiarán, que las disposiciones sobre el establecimiento del domicilio legal constituyen normas de orden público.

En materia de Derecho Internacional, resulta interesante la prescripción del primer párrafo del artículo 2071, en cuanto establece que la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio. Importante toda vez que en defecto de una norma de Derecho Internacional Privado respecto al domicilio del incapaz, debe aplicarse la disposición contenida en el artículo 37 del Código Civil, según el cual los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.

Pero así entendido, no podrían llegar a resolverse de manera adecuada situaciones problemáticas que podrían presentarse en torno a la persona del incapaz, como por ejemplo: carecer de representante legal conocido, o se desconociera el lugar de su domicilio, o teniéndolo se discutiera su representatividad. Tampoco en el supuesto de abandono del incapaz por parte de su representante legal. Por eso, considerar siempre el domicilio del representante legal para efectos de la protección del incapaz, sería no solo injusto, sino además absurdo.

Por tal motivo, el artículo 2071 se ha inclinado por preferir)designar la ley del domicilio del incapaz para regir lo concerniente a la tutela y demás instituciones destinadas a su protección, y no la de sus representantes legales cuando se produzcan tales eventos. Por ello, para efectos de determinar la ley aplicable en atención al

domicilio, se ha establecido, en primer lugar, que éste será el de los representantes legales del incapaz (atendiendo obviamente a lo dispuesto por el artículo 37); y de presentarse los hechos anteriormente anotados, se tomará en cuenta, subsidiariamente, el domicilio del incapaz. En el mismo sentido, si el incapaz tuviere representante Y domicilio conocidos, pero llegase a abandonarlo, no podría tenerse, para efectos de la aplicación de la ley, su domicilio sino el del incapaz, pues no podría protegerse al incapaz por medio de la ley de quien lo abandonó (REVOREDO). Esto en cuanto a normas de Derecho Internacional Privado.

Finalmente, en el área procesal, y para determinar la competencia en materia de incapacidad, deben observarse las reglas siguientes:

- a) Tratándose de patria potestad, tutela y curatela, será competente el juez del lugar donde se encuentre el incapaz, ya se trate de procesos contenciosos o no (artículo 21, 1!! parte del Código Procesal Civil);
- b) Si se trata de curatela de bienes, el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, sin perjuicio de observar la disposición del artículo 47 (artículo 21 , 2!! parte del Código Procesal Civil); y,
- c) En el caso de curatelas especiales, se estará a lo prescrito por el artículo 23 del Código Procesal Civil, según el cual para los procesos no contenciosos resulta competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario.

## ~ DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho Privado*. 12 curso. Abeledo Perrot. 21 edic. Buenos Aires, 1997; BARASI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. 1. Bosch. Barcelona, 1955; BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil*. Parte general. Perrot. Buenos Aires; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derechos de la Persona*. Ed. Huallaga. 21 e-ición. Lima, 1996; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas, Expdición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería StudiUm Editores. 2! edición. Lima; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 3! edic. Gaceta Jurídica. Lima; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 4! edic. Gaceta Jurídica Editores. Li-a, pág. 574; REVOREDO MARSANO, Delia. *Comentarios al Libro X del Código Civil de 1984*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, Lima. Tomo VI. 3! edición. compiladora: Delia Revoredo Marsano. 1988.

## JURISPRUDENCIA

*"En cuanto al tema del domicilio de incapaces, el desarrollo jurisprudencial no es muy profuso, por tratarse, creemos, de una norma que no requiere mayores esfuerzos interpretativos; sin embargo, citamos algunos fallos que, sumados a lo escrito precedentemente, complementarán el presente comentario.*

*"El domicilio de un incapacitado no es su residencia accidental, sino la habitual de su guardador".*

*(Sentencia del 5/06/26, Santos Briz, Jaime, Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia. p. 46)*

*"La tutela y demás instituciones de protección al incapaz se rigen por la ley de su domicilio. Las medidas vigentes de protección al incapaz que se encuentre en el Perú y en su caso, las de protección de sus bienes situados en la República, se rigen por la ley peruana".*

*(Res. N!! 168-97-0RLCnR: Jurisprudencia Reglstral, Año 11, Vol. IV, p. 422).*

## **DOMICILIO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE RESIDENTES TEMPORALES EN EL EXTRANJERO**

*Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.*

*El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional.*

CONCORDANCIAS:

C.                  arts. 39 y ss.  
C.C.                artº 33

JJJJ Comentario

*Marco A. Becerra Sosaya*

De entrada hay que mencionar que el artículo es bastante ambiguo e impreciso, y por lo mismo se presta a diversas interpretaciones, todas ellas discutibles; por ende, trataremos de reconstruir lo que aparentemente se infiere del mismo.

Lo primero que hay que deslindar es a quiénes se aplica el artículo bajo comentario. De su lectura se entiende que el primer párrafo tiene que ver únicamente con los funcionarios públicos, y que más bien el segundo refiere a éstos, pero también a toda persona que resida temporalmente en el extranjero.

Con relación al primer párrafo, la pregunta más importante a dilucidar impone responder qué entendemos por funcionario público. La Exposición de Motivos por su parte no se pronuncia al respecto. Sin embargo, queda la duda, pues se discute en doctrina si al hablar de *funcionarios* la ley alude solamente a los de alta jerarquía (pues ésta es la acepción común de la palabra), o si por el contrario designa a todos los que ejercen una función o empleo público, por modesto que sea (BORDA).

El texto más inmediato que llama a consulta en este caso es la Constitución Política del Estado, empero habrá que recordar que el Código Civil vigente se diseñó bajo el amparo de la Constitución de 1979, la que en su artículo 58 aludía a dos estamentos diferenciables: <la los funcionarios y a los servidores públicos, quienes están al servicio de la Nación (...)>. A primera vista, una lógica interpretación literal nos llevaría a decir que el artículo 38 del Código Civil solo es aplicable para los funcionarios, mas no para los servidores públicos. No obstante, haciendo nuestras las palabras del profesor Borda, pensamos que no hay razón alguna para juzgar que la ley ha hecho

I 273

distinción entre los funcionarios de jerarquía y los de categoría inferior, pues la razón que ha tenido para fijar este domicilio legal, es que allí debe suponerse que se encuentra la persona en virtud de la habitualidad de sus tareas. Por eso mismo, la distinción que hace la Constitución Política de 1993 en su artículo 39, entre funcionarios y trabajadores públicos, tampoco sirve de apoyo para interpretar el artículo en este extremo, el que a nuestro entender se extiende a todo servidor público comprendido en la función pública (véase para efectos excluyentes el artículo 40 22 párrafo de la Constitución Política de 1993), empezando por cierto por el presidente de la República, quien tiene la más alta jerarquía en el servicio del Estado. De esta forma podemos decir que el afán interpretativo del artículo 38 del Código Civil no puede llevamos a equipararlo con el artículo 39 de la Constitución, pues la alusión a funcionario público en ninguno de los dos casos se condice.

Por otro lado y dentro de una clasificación muy genérica, podemos distinguir dos clases de domicilio, teniendo en cuenta que la fijación del mismo no se hace siempre por la ley con el mismo criterio:

Primero. Al domicilio establecido por la ley sin tener en cuenta la residencia habitual se le denomina *domicilio real*, y

Segundo. Al domicilio establecido por la ley sin tener en cuenta la residencia habitual, se le denomina *domicilio legal o necesario*. (ALBALADEJO).

El domicilio del funcionario público del artículo 38, es un domicilio legal, y es que la

Ley quiere que se establezca con toda precisión el centro o punto de imputación domiciliaria con respecto a ciertas personas por circunstancias que considera especiales, es un domicilio que viene impuesto por la ley, y por lo mismo es de orden público; vale decir, que no admite pacto en contrario -como sí lo hace el artículo 34y en ese sentido mal podría un empleado público pretender que no se le notifiquen a su centro laboral, sino más bien al lugar donde reside con su familia, determinados asuntos vinculados a su actividad diaria.

Resulta importante rescatar que el domicilio del funcionario público es uno de carácter especial-y legal-, esto es que solo puede ser imputado para todo aquello vinculado a sus actividades y que refiera al ejercicio de sus funciones. Para todos los demás actos, su domicilio se considerará el lugar en que reside de manera habitual. Ello se infiere del primer párrafo del artículo en comentario, cuando luego de establecer el domicilio de los funcionarios como aquel en que ejercen sus funciones, señala que éste existe "sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33 (oo.)": Se entiende entonces que ambos domicilios coexisten, tanto el domicilio real como el legal, cada cual para determinados actos. Debe quedar claro que no estamos ante un caso de domicilio plural (ESPINOZA ESPINOZA), pues por un lado el caso no se ajusta estrictamente a lo previsto en el artículo 35 del Código, y porque finalmente ello supondría que al funcionario podría considerársele domiciliado para todos los efectos -aun los actos que escapan a su calidad de servidor público- en el lugar donde labora, lo cual no es correcto pues como hemos dicho se trata de un domicilio únicamente atribuible para todo lo que se vincule a sus actividades como funcionario

público; por ello tampoco resulta congruente -como suele suceder en la práctica jurisprudencial- realizar notificaciones en el domicilio real, no obstante existir uno legal.

De otra parte, debemos señalar que los funcionarios públicos pueden ostentar a su vez varios domicilios legales, pues ello no atenta contra la naturaleza del instituto; sin embargo habrá de tenerse en cuenta las limitaciones que impone el artículo 40 primer párrafo *in fine* de la Constitución Política vigente, cuando a la letra dice que "...ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente (oo.)".

Interesa saber también que el domicilio de los funcionarios públicos, en tanto atributo de la personalidad, se adquiere y se pierde en un momento determinado. Pero ¿cuál es ese momento?, ¿desde cuándo se adquiere el domicilio que para el funcionario público ha previsto el artículo 38 del Código Civil? Pues se produce desde que el funcionario público ha aceptado la designación, y opera antes de que haya comenzado a residir en el respectivo lugar (LEÓN BARANDIARÁN). La razón de ser de esta conclusión estriba, no en el *ánimus* del funcionario de querer adquirir determinado domicilio -pues la intención del agente como elemento configurador del domicilio, fue suprimida por el legislador del Código vigente-, sino en que el sujeto al aceptar el cargo adquiere la calidad de funcionario y como tal la ley le atribuye determinado domicilio. ¿Y desde cuándo pierde su domicilio legal? Cesa en el mismo momento en que la persona pierde el cargo o función.

Con relación al segundo párrafo, hay que distinguir más bien la situación del funcionario público del que no lo es, pues ambos están contenidos en este apartado, pero con una diferencia: los funcionarios públicos están reglados también en el primer párrafo del artículo que comentamos, en tanto que las demás personas, no.

En referencia al funcionario público y tomado al pie de la letra, este segundo párrafo se aparece como contradictorio con el primero del artículo, pues en éste se señala que el funcionario está domiciliado en el lugar en que ejerce sus funciones, en tanto que en aquél se dice que el domicilio de los funcionarios, que en ejercicio de sus funciones residen temporalmente en el extranjero, es el último que hayan tenido en el territorio nacional (RUBIO CORREA).

Lo cierto es que la aparente discrepancia se disuelve cuando ponemos atención en el término "temporalidad" a que alude este segundo párrafo.

Hay consenso en la doctrina nacional en que la temporalidad a que se hace referencia en el Código vigente, comporta la idea de un tiempo no muy prolongado. Se entiende entonces que la permanencia en el extranjero no puede ser mayor; sin embargo no existe un índice o parámetro definido que nos indique cuándo hemos excedido ese límite de estadía; habrá que estar siempre a la casuística. A nuestro modo de ver por ejemplo, para el caso en que un funcionario en el ejercicio de sus actividades permanezca seis meses fuera del territorio nacional, no se le puede aplicar el segundo párrafo del artículo 38 pues ya no podemos hablar de una permanencia temporal en el extranjero; se le aplicará entonces el primer párrafo pues su nuevo domicilio legal está en el lugar donde ejerce sus funciones.

Desaparece pues la contradicción que no era tal, pues la regla es que cuando el funcionario público -en el ejercicio de sus actividades- se ausenta del país por un tiempo muy breve, se tendrá por su domicilio el último que haya tenido en el territorio nacional (por aplicación del segundo párrafo del artículo 38); en tanto que cuando el ausentismo del territorio nacional es por más tiempo, se le tendrá por domiciliado en el lugar (país) en que ejerce sus funciones (por aplicación del primer párrafo del artículo 38).

Por lo demás, conviene remarcar que este párrafo únicamente es de aplicación a aquellos funcionarios que realizan funciones fuera de su domicilio legal, pero además en otro Estado. De esta manera, se infiere que a aquellos funcionarios que se hayan alejado de su domicilio legal y que hayan viajado dentro del territorio nacional, se les aplica únicamente el primer párrafo del artículo.

Finalmente, en el caso de las personas que no se desempeñan como funcionarios públicos la regla es muy simple. Y es que para aquellos que se trasladan temporalmente al extranjero (piénsese en el turista que viaja a Miami), se les tiene por domiciliados "en el último -domicilio- que hayan tenido en el territorio nacional", pues así lo manda el segundo párrafo del artículo 38. Por el contrario, cuando el tiempo de permanencia fuera del territorio nacional sea prolongado (piénsese en el mismo turista que dejó de serlo, para quedarse a trabajar en Miami), por aplicación del artículo 33 del Código Civil se le tiene por domiciliado en el lugar en que reside de manera habitual.

## ~ DOCTRINA

ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil I*. Vol 1. 14Q ed. José María Bosch Editor SA Barcelona, 1996; BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil, parte general*. 14Q ed. Perrot Ed. Buenos Aires; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas, del Código Civil IV, Exposición de Motivos y Comentarios, compilado por REVOREDO DE DEBAKEY*, Studium. Lima, 1985; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derecho de las Personas*. CONCYTEC y CIDDE, 1990; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil Peruano*. T. 1, W.G. Editor; RUBIO CORREA, Marcial. *El Ser Humano como Persona Natural*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. XII. PUCP. 1992; RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. T. 11. PUCP Fondo Editorial 1999.

~

## CAMBIO DE DOMICILIO

.ARTÍCULO. 39

*El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.*

CONCORDANCIAS:

*C.C.*

*arts. 40, 290*

JJJJ Comentario

*Manuel Alberto Torres Carrasca*

### 1. Nociones Generales

Habiendo declarado nuestro Código Civil en su artículo 33 su adhesión a la teoría objetiva de la constitución del domicilio, por la cual basta el simple hecho de residir en un lugar para considerar a la persona domiciliada en éste, resulta completamente lógico que la variación del domicilio se verifique también por el simple hecho de que la persona traslade su residencia a un nuevo lugar.

Este artículo es fiel expresión del derecho fundamental del hombre a elegir su lugar de residencia, recogido en el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, por el cual no solo nadie puede obligar a otro a fijar un lugar de residencia que no desee, sino que éste también pueda variarse de domicilio cuántas veces quiera.

Por ello, tal como está diseñada nuestra legislación actual, para verificar el cambio de domicilio es suficiente constatar en la realidad que la persona se ha mudado a otro lugar, no interesando si en el fuero interno de ella existió en verdad la voluntad de cambio, lo que sí es necesario demostrar en aquellas legislaciones que se acogen a la teoría subjetiva de la constitución del domicilio.

Hasta no hace pocos años nuestro país estaba afiliado a este último grupo de legislaciones. En efecto, el artículo 22 del derogado Código Civil de 1936 señalaba que se variaba de domicilio por declaración expresa ante la municipalidad o por el transcurso de dos años de residencia voluntaria en otro lugar. No cabe duda que una prescripción como la anteriormente referida, tan fuera de la realidad, estaba condenada a no ser aplicada y a convertirse en letra muerta. Sin embargo, dicha regulación sobrevivió sin alguna modificación hasta 1984, cuando una vez puesto en vigencia el nuevo Código se abandonó la teoría subjetiva de la constitución del domicilio por la objetiva, a la que responde el precepto del artículo 33 del Código Civil peruano actual.

León Barandiarán, comentando el artículo 22 del antiguo Código Civil, refiere que

dicho precepto solo es aplicable tratándose del domicilio general (que él llama domicilio voluntario general). Pese al cambio de orientación del nuevo código y al tiempo transcurrido, las palabras del mencionado jurista mantienen plena vigencia y son plenamente aplicables al actual artículo 39 del Código Civil. Sin embargo, en este comentario no podemos ceñirnos al contenido literal del artículo, que hace referencia al domicilio general, si no podemos aprovechar para revisar si dicho artículo es aplicable también tratándose del domicilio especial.

## **2. Excepciones al artículo 33 del Código Civil**

Pues bien, el resultado de nuestra indagación es que el precepto contenido en el artículo 33 del Código Civil no es, tratándose del domicilio especial, plenamente absoluto. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico nacional encontramos algunas disposiciones que establecen que no siempre el cambio de domicilio se verifica con la simple mudanza de una persona a otro lugar. Así, en materia tributaria existe una excepción al precepto materia de comentario, prevista en el artículo 11 del actual Código Tributario, que establece que el domicilio fiscal fijado por el deudor se considera subsistente mientras su cambio no sea comunicado a la administración tributaria en la forma establecida por ésta.

Otra excepción al precepto contenido en el artículo 33 del Código Civil es lo dispuesto en el Procedimiento General INRA-PG.02, CObranzas Administrativas, aprobado mediante Resolución de Superintendencia Nacional de ADUANAS NQ 000759 del 25 de junio de 1999, que en su sección sexta establece que la notificación al deudor tributario se considera válida cuando se realice en el domicilio fiscal de éste, mientras éste no haya comunicado el cambio de domicilio. Por lo tanto, se considera que mientras no se comunique a la administración el cambio de domicilio, éste no se entenderá efectuado para efectos de la imputación de efectos impositivos, pues en este caso se prefiere la seguridad de la recaudación del fisco sobre el derecho de los administrados de mudarse libremente de domicilio.

En la misma línea de pensamiento, el artículo 42 del Reglamento de Sanciones a Conciliadores, Centros de Conciliación, Capacitadores y Centros de Formación y Capacitación de Conciliadores, aprobado mediante Resolución Ministerial NQ 245-2001-JUS del 28 de julio del 2001, establece que las actuaciones y resoluciones producidas en el curso del procedimiento sancionador se notificarán a los conciliadores, centros de conciliación, capacitadores y centros de formación y capacitación de conciliadores sujetos a proceso, en el domicilio registrado ante el Ministerio de Justicia. Asimismo, se establece que el cambio de domicilio no comunicado no afectará la validez de las notificaciones efectuadas según lo dispuesto en dicho artículo.

## **3. Sanciones por cambio de domicilio no notificado**

Por otro lado, en nuestra legislación existen supuestos que establecen sanciones administrativas e incluso penales cuando, habiéndose efectuado un cambio de domicilio, éste no haya sido comunicado debidamente a la autoridad correspondiente.

Así, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley W 23853 del 9 de

junio de 1984, señala que vaca el cargo de alcalde o regidor por cambio de domicilio

fuerza de la jurisdicción de la municipalidad. Aunque parezca mentira, pese a la claridad de dicho precepto pareciera que éste es desconocido por nuestras autoridades edilicias, pues es muy frecuente encontrar en el diario oficial numerosas resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que disponen la vacancia del cargo por haberse infringido esta disposición.

En la misma línea de pensamiento, la Ley N° 27539, Ley que regula la elección de los jueces de paz no letrados, del 25 de octubre del 2001, establece en el artículo 18 que vaca el puesto de juez de paz no letrado accesitario en caso de que éste cambie de domicilio, llamándose al ciudadano que obtuvo la tercera más alta votación para ocupar su lugar.

Por otro lado, el artículo 235 del Código de Justicia Militar, Decreto Ley N° 23214 del 26 de julio de 1980, establece que serán penados con prisión o reclusión militar quienes, estando llamados a intervenir en el servicio de reclutamiento o en la ejecución de la Ley del Servicio Militar, no hayan cumplido con informar su cambio de domicilio conforme lo dispone el artículo 19 de la Ley del Servicio Militar, Ley N° 27178 del 29 de setiembre de 1999. Esta última norma prescribe que los inscritos tienen la obligación de comunicar su cambio de domicilio a la Oficina de Registro Militar de la localidad que dejan, así como a la de su nueva residencia, a fin de que se efectúe la actualización correspondiente.

#### **4. El cambio de domicilio de las sociedades**

Como se sabe, el domicilio social es el lugar, señalado en el estatuto, donde la sociedad desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración. Esto es, es el domicilio de las personas jurídicas. Ahora bien, puede ocurrir que por estrategia comercial, de marketing, por expansión empresarial, o incluso por conveniencia tributaria, la sociedad opte por cambiar de domicilio.

En este caso, una vez adoptado el acuerdo en el seno de la junta, para poder inscribir el cambio de domicilio en la oficina registral competente al nuevo domicilio, deberá presentarse además de la escritura de modificación del estatuto, la copia literal de todos los asientos de inscripción de la partida registral, que incluya el del cambio de domicilio, salvo que el sistema informático permita la remisión por medio electrónico autorizado de dichos asientos (artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución NQ 200-2001-SUNARP-SN del 27 de julio del 2001). Habiéndose cumplido con dicho trámite, el registrador abrirá una partida registral y reproducirá literalmente los asientos de inscripción anteriormente referidos, dejando constancia de la certificación, de su fecha y del registrador que lo expidió, cuando corresponda. Luego, procederá a extender el asiento de cambio de domicilio y lo hará conocer al registrador del anterior domicilio de la sociedad, quien procederá a cerrar la partida registral de ésta.

Finalmente, el artículo 20 de la reciente ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios o de las cooperativas de trabajadores, Ley N° 27626 del 9 de enero del 2002, más conocida como Ley de Services, establece que cuando éstas empresas varíen su domicilio o razón social, deberán comunicar dicho hecho a

la autoridad administrativa de trabajo dentro de los cinco días hábiles de producido el hecho. De no hacerlo así, serían pasibles de una multa ascendente a 5 Unidades Impositivas Tributarias, conforme al artículo 19 de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, Decreto Legislativo W 910 del 17 de marzo del 2001.

## DOCTRINA

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo 1. Vol. 1. *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las Personas*. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950. Págs. 220-222. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil* Tomo 1. Título Preliminar y Derecho de las Personas. WG Editor. Lima, 1991. Págs. 179181. VEGA MERE, Yurí. *Derecho Privado*. Tomo 1. Grijley. Lima, 1996. Págs. 176-179.

\

## OPONIBILIDAD DEL CAMBIO DE DOMICILIO

*El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.*

*El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponerse éste el cambio de su domicilio. La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

|                |               |
|----------------|---------------|
| C.C.           | arts.39, 1239 |
| LEY27287       | arto 66       |
| 0.5.022-99-PCM | arto 4        |

### Comentario

*Manuel Alberto Torres Carrasco*

#### 1. Generalidades

Cuando una persona se obliga a cumplir determinada prestación en favor de otra, es casi imprescindible que se fije el lugar en el que deba ejecutarse el pago de la misma. Este puede ser, y generalmente lo es, el de la residencia habitual de una de las partes (o sea, el domicilio general). Sin embargo, nada impide que, al amparo del artículo 34 del Código Civil, se señale un lugar distinto (esto es, un domicilio especial).

Así, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, se puede señalar que el lugar de pago de la renta sea el domicilio del arrendatario, aunque lo que es más común, por ser lo más favorable para los intereses del arrendador, es que se realice el pago en su domicilio. En ambas situaciones, el lugar del cumplimiento de la obligación asumida por el arrendatario será el domicilio de alguna de las partes; pero, al amparo del referido artículo 34, se puede pactar que el lugar del pago de la renta sea un lugar distinto, el que tendrá el carácter de domicilio especial.

(\*) Texto según artº 12 de la Ley NQ 27723 de 14-05-2002.

## **2. La variación de domicilio. Los artículos 40 y 1239 del Código Civil**

Ahora bien, puede ser que por disímiles circunstancias, una de las partes opte por cambiar el domicilio que señaló al momento de contraer la obligación. Recuérdese que elegir el lugar de residencia y gozar de libre tránsito son derechos reconocidos por nuestra Constitución (inc. 11 del artículo 2, Const. 1993), por lo que, en principio, el cambio del domicilio de una de las partes es un derecho irrestricto de ella, que no está sujeto a ninguna limitación ni excepción más que las contenidas en dicho inciso (por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería).

Pero, como resulta obvio, este derecho no puede ejercerse arbitrariamente o provocando en la otra parte una situación de desventaja. Así, por ejemplo, que en un contrato de compraventa de bien mueble con pago por cinco armadas se haya estipulado que el pago de cada cuota deba realizarse en el domicilio del deudor. Pues bien, si éste señala en el documento contractual un domicilio y después de efectuar el pago de la segunda armada decide cambiar de residencia sin comunicarlo a la otra parte, ocurrirá que el vendedor al concurrir al primigenio domicilio del deudor se encontrará con la ingrata sorpresa de no ubicarlo. Esta es una situación que podría provocar un incumplimiento contractual, y, en su momento, una demanda de resolución de contrato.

Es precisamente para evitar esta situación que el Código Civil, en su artículo 40, ha previsto que el deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio mediante comunicación indubitable.

Entonces, en el ejemplo antes señalado, cuando el comprador decida cambiar de domicilio deberá, en señal de buena fe contractual, comunicar de manera indubitable al vendedor que ha realizado dicho cambio. Para ello cuenta con 30 días desde ocurrido el hecho para notificar a su acreedor el cambio de domicilio.

Ahora bien, el artículo 1239 del Código Civil establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio como en el nuevo. Pues bien, ¿cómo podemos concordar este con lo previsto en el artículo 40? Creemos de la siguiente manera: si el cambio de domicilio no es comunicado de manera indubitable, el acreedor podrá, al amparo del artículo 1239 del Código Civil, exigir el cumplimiento de la obligación ya sea en el primer domicilio del deudor o en el actual. En cambio, si media una comunicación indubitable, el acreedor solo podrá exigir el cumplimiento de la obligación en el nuevo domicilio señalado por el deudor, en aplicación del artículo 40 del Código Civil.

## **3. Comunicación indubitable**

Ahora bien, ¿qué debemos entender por una comunicación indubitable? El texto del artículo 40 del Código Civil solo dice que debe realizarse mediante una comunicación, lo que significa que no necesariamente tiene que ser mediante medio escrito, admitiéndose en principio las comunicaciones vía correo electrónico, por vía oral o incluso por señas o signos, solo que sean lo suficientemente claras para que no haya

lugar a confusión o duda, con lo que satisfacemos el carácter indubitable de la comunicación.

Claro está que el medio más usado y que presta mayor garantía es la carta notarial, ya que acredita a ambas partes la expedición y la recepción de la misiva, por lo que constituye éste el medio idóneo para comunicar a la contraparte que se ha optado por cambiar de domicilio.

#### **4. El cambio de domicilio en cuanto al IUéar de paéo**

Volvamos al ejemplo anteriormente señalado: un contrato de compraventa en el que se ha pactado que el pago del precio se realice por armadas y que se efectúe en el domicilio del comprador. Si el comprador señala en el documento contractual un determinado domicilio y opta por cambiarlo, deberá comunicarlo al vendedor en forma indubitable, tal como dispone el artículo 40 del Código Civil.

Si no se comunica el cambio de domicilio al vendedor, no podrá ser oponible a éste. Esto quiere decir que el vendedor podrá exigir el cumplimiento del pago del precio en el domicilio originalmente señalado por las partes en el contrato, conforme al artículo 1239 del Código Civil. Es más, en este caso, el comprador no podrá alegar que no pudo efectuar el pago debido a que ya no tenía como domicilio el originalmen

te señalado.

- Por lo que hemos visto en el punto anterior, para que el vendedor se vea limitado a exigir el pago del precio solamente en el nuevo domicilio señalado por el deudor, deberá ser notificado en forma indubitable, vía carta notarial preferentemente, de la variación de domicilio.

Igual regla es aplicable cuando se haya señalado que el domicilio del vendedor sea ellugar en donde debe realizarse el pago. Si el vendedor no comunica al comprador la variación de domicilio, el comprador estará facultado a realizar el pago en el primigenio domicilio del vendedor. En caso contrario, si el comprador fuera notificado vía carta notarial del cambio de domicilio del vendedor, deberá realizar el pago únicamente en el nuevo domicilio señalado por éste.

Ahora bien, la actual redacción del artículo 40 del Código Civil establece que el deudor que no comunique el cambio de domicilio a su acreedor una vez transcurridos treinta días de ocurrido el hecho, se sujetará a la responsabilidad civil o penal que hubiera lugar. La responsabilidad civil se generaría en caso de que la no comunicación al acreedor del cambio de domicilio del deudor ocasionase daños al primero de los nombrados, para lo cual éste deberá probarlos.

En "lo que respecta a la responsabilidad penal, esta podría generarse cuando la no comunicación del cambio de domicilio sea un elemento constitutivo de un ilícito penal. Ejemplo, cuando una persona que ha recibido un bien de su propietario varíe de domicilio con la finalidad de apropiárselo (delito de apropiación ilícita).

## 5. Otros supuestos especiales de variación de domicilio a) El cambio de domicilio en la oferta contractual

Si en la etapa negocial del contrato cada negociante designa un domicilio y una de ellas lo cambia inopinadamente, sin conocimiento de la otra, truncándose por tal motivo la celebración del contrato, y en el supuesto que una de ellas haya efectuado determinados comportamientos o forjado expectativas con respecto a la celebración de este contrato, habiendo desechado otras opciones que ya no sean recuperables; aquél, que ya sea por negligencia inexcusable o mala fe no comunica el cambio de domicilio, incurrá en responsabilidad precontractual.

Lo mismo podemos decir de aquellas situaciones de aceptación tácita, recogida por el artículo 1380 de nuestro Código Civil. En este caso, igualmente, el cambio de domicilio del oferente debe ser comunicado al aceptante para que éste pueda, a su vez, comunicar sin problemas al oferente que ha procedido a realizar la prestación. El oferente, de no comunicar indubitablemente el cambio de domicilio, no podrá exigir al aceptante el pago de la indemnización por daños y perjuicios si es que éste efectuó dicha comunicación al primigenio domicilio del oferente. En sentido contrario, si el aceptante, a pesar de haber sido notificado vía carta notarial de la variación del domicilio del promitente, no comunica o dirige la comunicación al primigenio domicilio del promitente, deberá indemnizar a éste por los daños y perjuicios causados.

### b) El cambio del domicilio señalado como lugar de pago en las letras de cambio

El artículo 66 de la Ley de Títulos Valores, Ley NQ 27287, señala que los títulos valores deben ser presentados para su pago en el lugar designado al efecto en el documento, aun cuando el obligado hubiere cambiado de domicilio, salvo que éste haya comunicado notarial mente al último tenedor su variación, antes del vencimiento o fecha prevista para su pago y siempre dentro de la misma ciudad o lugar de pago pagaderas en el domicilio señalado en ellas. Esto es, se guarda plena armonía con lo previsto en nuestra legislación civil.

Así, si en una letra de cambio se señala que el lugar de pago será el domicilio del girado, en principio, deberá exigirse el cumplimiento de dicha obligación en el domicilio de éste; empero, si el girado comunicó en forma indubitable (vía carta notarial) al tomador de la letra que ha variado de domicilio, el tomador deberá exigir (conforme al artículo 40 del Código Civil) el cumplimiento del pago solo en el nuevo domicilio señalado por el deudor y ya no en el señalado en la cambial.

### c) Cambio de domicilio fiscal

En fuero tributario, por tratarse de una relación entre un ente de derecho público (la Administración Tributaria) y otro de derecho privado (el deudor tributario), la libertad de fijar y cambiar de domicilio por parte del contribuyente se encuentra sumamente restringida. Así, el artículo 11 del Código Tributario señala que se considera subsistente el domicilio fiscal señalado por el deudor tributario mientras su cambio no sea comunicado a la Administración Tributaria en la forma establecida por ésta. Es más, la Administración Tributaria puede exigir a los deudores

tributarios que cambien de domicilio fiscal si es que el señalado originalmente por el contribuyente dificulta la labor de la Administración.

Es decir, la relación de derecho privado, que como hemos visto se presenta diseñada en forma horizontal, se encuentra diametralmente verticalizada en las relaciones de derecho público. Inclusive, como reza el referido artículo 11, la fijación del domicilio fiscal se encuentra supeditada a que se enmarquen en las disposiciones establecidas por la Administración Tributaria.

## ~ DOCTRINA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Ed. Huallaga. 3<sup>er</sup> edición. Lima, 2001.  
JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo 1. Vol. 1. *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las Personas*. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950. Págs. 220-222. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil* Tomo 1. Título Preliminar y Derecho de las Personas. WG Editor. Lima, 1991. Págs. 179181.

*"El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable, en ese sentido, si bien es cierto que el demandado ha acreditado con la constatación domiciliaria policial que reside en un lugar distinto adonde ha sido emplazado, también es cierto que no ha acreditado haber puesto en conocimiento de la demandante la dirección de su último domicilio real"*

(*Exp. NI! 2094-98 del 30/06/98, Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima*).

*"La disposición contenida en el artículo 40 del Código Civil es aplicable siempre y cuando no se hubiera acreditado indubitablemente que el domicilio consignado por el deudor fuere inexistente o incompleto"*

(*Exp. NI! 1373-98 del 7/07/98, Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima*).

*"La norma contenida en el artículo 40 del Código Civil si bien es una de naturaleza sustantiva, resulta válida a efectos de aplicarla procesalmente, desde que la demandada no acredita de manera indubitable haber comunicado cambio domiciliario alguno"*

(*Exp. NI! 20-98 del 1/03/98, Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima*).

*"Si la carta notarial de requerimiento al ejecutado y la letra de vista emitida por cierre de cuenta corriente indican el domicilio consignado en el contrato de cuenta corriente, el demandado se encuentra impedido de oponer al acreedor el cambio de dicho domicilio si no ha sido puesto en su conocimiento de manera indubitable".*

*(Exp. N1166161-97 de/ 26/01/99. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).*

*"La variación efectuada mediante comunicación indubitable resulta oponible al demandante en aplicación del artículo 40 del Código Civil. Al no haberse emplazado al demandado en su domicilio real, como lo señala el artículo 431 del Código Procesal Civil, resulta evidente el estado de indefensión de los ejecutados, lo que vulnera el debido proceso".*

*(Exp. NI1 2243-1417-99 de/13/11 0/99. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).*

*"Si el banco demandante no acredita que el domicilio ha sido fijado por la codemandada como lugar de residencia, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.".*

*(Exp. N1197-58635 de/15/09/98. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).*

## PRESUNCIÓN LEGAL DE DOMICILIO

*A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.*

*Comentario*

*Marco A Becerra Sosa ya*

Este artículo tiene que ver con la finalidad misma de la institución del domicilio, pues responde ciertamente a la necesidad jurídica de situar a la persona en un lugar determinado para el ejercicio de sus facultades y deberes. Así, siendo un precepto de excepción, lo que finalmente hace es cubrir el vacío que eventualmente podría producirse cuando a determinada persona no se le pueda atribuir domicilio alguno, en razón a la falta de residencia habitual.

Es el caso de quien no tiene residencia, no tiene "casa", por eso en algunas legislaciones se le ha venido en llamar el *domicilio del transeúnte*, y de manera extensiva el *domicilio accidental*. Se debe por lo demás a un fenómeno bastante común en las grandes ciudades de los países subdesarrollados y que comienza a serio también en los países más avanzados. Esa persona que duerme en un parque, en una calle, en una estación de ómnibus y en una estación de subterráneo en los países donde existe (RUBIO CORREA), el vagabundo, la persona que vive ambulante en un circo, nave, etc., un recién exiliado o refugiado. Pero el artículo no se agota en estos supuestos.

Se trata como hemos dicho de una norma de excepción, ello porque normalmente en la vida social se fija un lugar habitual de residencia como constitutivo del domicilio general de una persona o de un centro de trabajo como prolongación de aquél (FERNÁNDEZ SESSAREGO); pero además estamos ante una norma de aplicación supletoria, pues la misma se aplica aun en caso de duda y de dificultad para configurar la nota de habitualidad a que refiere el artículo 33 del Código Civil. En este sentido, cuando una persona reside en uno o varios lugares, pero se duda acerca de la configuración del elemento *habitualidad*, por imposición del artículo 41 bajo comentario se le tendrá por domiciliado en el lugar donde se encuentre (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Resulta bastante gráfico -para efectos de la aplicación supletoria del artículo 41- el caso de quien ha abandonado su domicilio *real*, en el que residía con su familia

(vgr. su casa), pero que no adquirió de manera inmediata un lugar de residencia "habitual" (sino que cada cierto tiempo se muda a un nuevo hotel). Lo primero a decir bajo este supuesto, es que no es de aplicación lo prescrito en el artículo 39 del Código -que alude al cambio de domicilio- porque falta la nota de habitualidad. Se aplicará sin más el artículo 41. .

El supuesto citado nos lleva a preguntarnos si es posible que una persona pueda carecer eventualmente y por algún momento de domicilio. La respuesta es negativa; empero para mayor claridad hay que diferenciar terminológicamente lo que entendemos por *domicilio*, *residencia* y *morada*. Empezando por lo último, la morada no es sino el simple estar en un lugar, si se quiere accidentalmente, se trata de un elemento meramente fáctico y temporal; la residencia en cambio supone habitualidad, es el lugar donde la persona vive normalmente con su familia; mientras que el domicilio lo determina la ley. El domicilio es un concepto jurídico.

De tal forma que en realidad ninguna persona puede carecer en momento alguno de domicilio, pues la ley -aunque se trate de una ficción legal (LEÓN BARANDIARÁN)- impone que a quien no se le conoce residencia habitual, se le tendrá por "domiciliado" en el lugar donde se encuentre. Toda persona tiene necesariamente un domicilio, puesto que todo individuo tiene una personalidad, de la cual el domicilio representa un constante atributo (JOSSERAND). Vistas así las cosas, el artículo 14 del Código Procesal Civil comete un desliz cuando señala que "... Si el demandado *carece de domicilio*... es competente el Juez (...)"". Se trata para efectos de congruencia de una cuestión meramente terminológica pero necesaria de tener en cuenta, sobre todo si nos atenemos al cabal entendimiento del artículo bajo comentario.

## DOCTRINA

LEON BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Tomo 1. W.G. Editor; RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*, en: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XII. PUCP. 1992; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Ed. Cuzco. 4@ ed. Lima, 1990.

# TÍTULO V

## D EJNC, EJE, RCI,

-----

### PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE EJERCICIO

*Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.*

#### CONCORDANCIAS:

|           |                                 |
|-----------|---------------------------------|
| e.        | arto 30                         |
| e.e.      | arts. 4, 43, 44, 140 <i>ine</i> |
| I), 2070  |                                 |
| e.p.e.    | arts. 58, 68, 70, 222, 779, 781 |
| c.N.A     | arto IV                         |
| e. T.     | art. 21                         |
| e. d.e.e. | arto 13                         |

JJJJ Comentario

*Juan Espinoza Espinoza*

De la lectura del Código Civil peruano de 1984, en lo que respecta a la tutela de los sujetos débiles, parecería deducirse que la regla general es la incapacidad de los sujetos de derecho y la excepción su capacidad. En efecto, no obstante que el artículo 42 dispone que tienen plena capacidad de ejercicio en sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años, se contrapone como *límite* el contenido de los dos artículos siguientes.

Sin embargo, el principio general que debemos desprender de la lectura del artículo 42 es que fuera de los supuestos de excepción (artículos 43 y 44 C.C.), se presume que las personas naturales tienen plena capacidad de ejercicio.

La naturaleza de esta presunción es *iuris tantum*, en tanto cabe la prueba contraria, cual es la sentencia del juez que declare la interdicción de la persona (salvo lo

dispuesto en los artículos 277 inc. 4, 582, 593 Y 687 inc. 3 del Código Civil). Ello se desprende de la lectura del artículo 566, que establece que para el nombramiento del curador (vale decir, quien va a ejercitar los derechos y obligaciones del "incapaz"), se requiere de la declaración judicial de interdicción (salvo el caso del inc. 8 del artº 44). Esta posición ha sido avalada por la doctrina nacional (LOHMANN LUCA DE TENA, ESPINOZA ESPINOZA).

### ~ DOCTRINA

LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. Grijley. 2<sup>a</sup> edición. 1994; ESPINOZA ESPINOZA. *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley. Lima, 1998.

## **SUPUESTOS DE INCAPACIDAD ABSOLUTA DE EJERCICIO**

### I-III TÍCQ1.II43 I

*Son absolutamente incapaces:*

- 1.- *Los menores de diecisésis años, salvo para aquellos actos de terminados por la ley.*
- 2.- *Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.*
- 3.- *Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.*

CONCORDANCIAS:

|           |                                                                                                               |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| C.        | artº 7                                                                                                        |
| C.C.      | arts. 42,235,241 (ne. 1), 274 (ne. 2), 368, 389, 401, 418 yss., 530, 557,564,569,571,610,612,646,687,748,1976 |
| C.P.C.    | arts.21, 63, 229, 546 (ne. 3), 581,785,830                                                                    |
| C.deC.    | arts.4, 13                                                                                                    |
| LEY 26497 | artº44 (ne. d)                                                                                                |
| LEY 26887 | artº161 (ne. 1)                                                                                               |
| LEY27050  | art.2                                                                                                         |

*Comentario*

*Juan Espinoza Espinoza*

La capacidad de ejercicio de las personas naturales puede limitarse por las siguientes razones:

- a) Edad.
- b) Salud física o mental.
- c) Actos de disposición patrimonial.
- d) Medida civil derivada de sanción penal.

Los supuestos de incapacidad absoluta de ejercicio son los siguientes:

### **1. Los menores de diecisésis años**

Basta dar una ojeada a cualquier escrito tradicional sobre el Derecho de Familia para percibir que en la relación paterno-filial campea la idea de total sujeción del menor a la potestad de los padres. Este *dogma* debe volver a ser visto a la luz de los

"espacios de autodeterminación de los menores" (BUSNELLI). Por eso coincide con

q,Ulen opina que: "la edad no es ni puede ser, en el diseño constitucional y en la vigencia de los' principios fundamentales, elemento que divide a los hombres en dos<sup>12!</sup>

clases: por encima de la mayoría de edad se es 'persona', completamente, por debajo de aquella se es menos 'persona' (STANZIONE). Se afirma que, en la valorización de las decisiones existenciales, no puede ser olvidada la madurez de juicio del sujeto (en términos *legales*: su capacidad natural), independientemente de su edad. El vínculo entre padres e hijos debe verse como una "relación educativa" (BUSNELLI).

Cuando se hace referencia al menor como categoría abstracta, se olvida que éste pasa por etapas progresivas de madurez, que pueden dividirse en tres fases: la del niño de tierna edad (de 0 a 7 años), la de los *grands enfants* (de 7 a 14 años) y la de los sujetos aviados al cumplimiento de la mayoría de edad (de 14 a 18 años) (BUSSANI, CENDON, GHEDINI y VENCHIARUTTI). A partir de esta clasificación se prospecta la idea de un acceso directo a la justicia para todos los menores que tienen más de catorce años (BUSSANI, CENDON, GHEDINI y VENCHIARUTTI).

El Código Civil ruso de 1994, en el capítulo de los *ciudadanos*, distingue, en cuanto a la capacidad, a los siguientes sujetos (KOSLOV):

1. Personas con capacidad activa plena (El concepto de capacidad activa es el equivalente al de la denominada capacidad de ejercicio, así como el de la capacidad pasiva, el correspondiente al de la denominada capacidad de goce).
2. Personas cuya capacidad aún no es plena; este grupo a su vez, se subdivide en las siguientes clases:
  - 2.1 . Menores por debajo de los 6 años de edad.
  - 2.2. Menores entre los 6 y los 14 años.
  - 2.3. Menores entre los 14 y 18 años.
3. Personas con capacidad activa restringida (alcohólicos, toxicómanos)
4. Personas declaradas por la Corte como desprovistas de capacidad activa (caretes de discernimiento).

Resulta más coherente observar que el problema de la capacidad del menor difiere según se trate que éste tenga, o no, capacidad natural. En el primer caso ocurre distinguir entre actos ilícitos, actos jurídicos lícitos con contenido personal y actos con contenido extrapatriomial. La posición de los padres será relacionada con aquella de los hijos en un sentido solidario, de concierto o de concurrencia, respectivamente. Si el menor no es aún capaz de entender y de querer, los padres realizarán intervenciones de tipo potestativo (a través de la representación legal) y de tipo protectivo (desenvolviendo el cuidado del menor).

Es por ello que en nuestro Código Civil el menor capaz de *discernimiento* puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias, siempre que sean puras y simples, sin la intervención de sus padres. Tales menores pueden ejercitar derechos estrictamente personales (artículo 455). Independientemente de los artículos vinculados a las necesidades ordinarias de la vida diaria (artículo 1358), el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar a

derechos, siempre que sus padres, que tengan sobre él la potestad, autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. En caso contrario, el menor está sujeto a la

restitución de la suma que haya recibido en su beneficio. El menor capaz de *discernimiento* puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos de los cuales tenga necesidad en el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que le hayan sido dejados con esta finalidad o que adquiera como producto de tal actividad, usufructuarios o disponer de éstos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas (artículo 457).

El menor que tenga catorce años puede recurrir al juez contra los actos del tutor (artículo 530), pedir su remoción (artículo 557) y si es mayor de esta edad, puede asistir a las reuniones del consejo de familia con la posibilidad de ser escuchado, pero sin voto (artículo 646).

## **2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento**

La voluntad está conformada por dos elementos, a saber: discernimiento, el cual es la distinción intrínseca que hace el hombre, para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese "algo" es bueno o malo; el otro elemento, es la volición, que es el acto, la materialización de tal decisión. Por consiguiente, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva. Es por eso que el Derecho protege este tipo especial de sujetos.

El modelo diseñado por el Código Civil peruano puede ser observado a la luz de la inutilidad del binomio capacidad jurídica-capacidad de obrar en materia de situaciones jurídicas existenciales, siendo relevante el discernimiento de los sujetos de derecho (ESPINOZA ESPINOZA). A nivel de doctrina nacional se considera que "el discernimiento puede aparecer aproximadamente a los diez años (basándose en el artículo 378, inc. 4 del Código Civil), y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los catorce años", añadiéndose sin embargo, que "es algo que tendrá que apreciar el juez que debe resolver el asunto, en un análisis de caso por caso, pues cada ser humano alcanza el discernimiento en distinto momento de su desarrollo" (RUBIO CORREA).

Por cuanto respecta la enfermedad de mente, se pueden mover dos consideraciones preliminares: la primera reside en los criterios que se deberían utilizar para su determinación, teniendo en cuenta que el concepto de *normalidades* diverso a través del tiempo y de las diversas sociedades y responde a modelos fijados en función de la mayoría o de una elección política (PERLINGIERI). En efecto, se advierte la necesidad de diferenciar la *personalidad anormal* de la *enfermedad mental*, dado que la primera se asocia a criterios estadísticos y la segunda se individualiza solo por una verificación técnica rigurosa de una alteración patológica de las facultades mentales (NAPOLI).

La segunda consideración se mueve de la constatación que la presencia de la enfermedad de mente no coincide, necesariamente, con la incapacidad de entender y de querer (o ausencia de discernimiento) (PERLINGIERI, VISINTINI). Por consiguiente,

guiente, podemos encontrar sujetos con algún disturbio psíquico (ejm. neurosis); pero que pueden y saben cuidar perfectamente sus intereses.

Tradicionalmente, el hecho de encontrarse en una situación de alteración mental ha sido estigmatizado jurídicamente con una desproporcionada limitación a la denominada capacidad jurídica del sujeto y en consecuencia, se concretizó en un ataque a su subjetividad. Por ello se advierte que las limitaciones generales a la capacidad jurídica constituyen formas de discriminación lesivas del principio de la igualdad (BIANCA). Se recuerda, con precisión que "el carácter absoluto de la subjetividad jurídica está en estrecha relación" <sup>1</sup> el carácter absoluto de la igualdad jurídica y como las condiciones de salud no inciden sobre la igualdad, no inciden tampoco sobre la subjetividad" (FALZEA). El enfermo de mente tiene, en igualdad de condiciones, igual dignidad respecto al sujeto *normal* y por el hecho de encontrarse en una situación de disminución psíquica, el Estado (a través del ordenamiento jurídico), tiene la obligación de eliminar las barreras no solo formales, sino materiales, para realizar su plena igualdad sustancial como persona. Es por ello que se afirma que "el enfermo de mente no puede ser más considerado una unidad monolítica, predestinado a un tratamiento discriminatorio, sobre el cual cualquier apreciación que pase de los confines de la psiquiatría pareciese superflua" (ALPA).

Autorizada doctrina argentina parte de un concepto amplio y abierto de enfermedad mental, en el cual "se dejan de lado enunciaciones que pretendan ser plenamente comprensivas. El concepto entonces debe ser amplio, con estructura abierta para captar todo nuevo elemento que en la investigación aparezca. O sea dinámico, provisorio y perfectible" (CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA). Para configurar la enfermedad mental, se comprende, aliado de la habitualidad, a la gravedad, entendida como la "ineptitud jurídica del enfermo" y a la actualidad, vale decir, que la "enfermedad debe existir al tiempo de la sentencia" (CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA).

En resumidas cuentas: la enfermedad mental no coincide, necesariamente, con la falta de discernimiento; pero en ambos casos, el ordenamiento jurídico debe ser respetuoso de la dignidad de la persona.

### **3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable**

No obstante las perplejidades que puedan ocasionar estos supuestos de hecho (MAÚRTUA V ÁSQUEZ), resulta importante evidenciar la nota característica común de "no poder expresar la voluntad de manera indubitable". En efecto, surge la pregunta ¿Es más grave la situación del sordomudo que no puede *expresar su voluntad*

*de manera indubitable* (artículo 43.2) que la del que adolece de deterioro mental que le impide *expresar su libre voluntad* (artículo 44.3)? Para el Código Civil, la respuesta es afirmativa, ya que la primera situación es regulada bajo el régimen de

"incapacidad absoluta" y la segunda bajo la "incapacidad relativa". ~ mi opinión, el tratamiento debería ser uniforme: independientemente de la causa, la situación es idéntica y si el sujeto no puede expresar su voluntad (libre' o indubitable) el régimen debería ser el contenido en el artículo 43 ("incapacidad absoluta" para el Código Civil).

Distinto serfa el/caso que el deterioro .mental. no sea impedimento ~ara manifestar la voluntad. Sobre el particular, en doctrina, existe una propuesta legislativa (ESPINOZA).

I

## **DOCTRINA**

BUS-ELLI. *Capacita ed incapacita di agire del minore*, en *Dir. fam. e pers.* 1982; STANZIONE.

*Capacita e minore eta nel/a problematica del/a persona humana*. ESI. Napoli, 1975; BUSSANI, CENDON, GHEDINI y VENCHIARUTTI. *I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio*, en: *Riv. crit. dir. priva* 1990; KOZLOV. *The new russian civil code of 1994*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Roma, 1996; PERLINGIERI. *Il diritto civile nel/a legalità costituzionale*. ES!. Napoli, 1991; NAPOLI. *L'infirmità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, en *Commentario Schlesinger*. Giuffrè. Milano, 1991; VISINTIN!. *La nozione di incapacità serve ancora?*, en: *Un altro diritto per il malato di mente, Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura de CENDON. ES!. Napoli, 1987; BIANCA. *Diritto Civile*. 1. Giuffrè. Milano, 1990; FALZEA. *Infirmità di mente e problemi di capacità del/a persona*, en *Un altro diritto per il malato di mente*, cit.; ALPA. *Il rapporto dell'O.M.S. in materia di trattamenti dei malati di mente*, en: *Pol. dir.* 1980; CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA. *Juicio de insana. Dementes, sordomudos e inhabilitados*. Hammurabi. 2<sup>a</sup> edición. Buenos Aires, 1997; ESPINOZA ESPINOZA. *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijalve. Lima, 1998; RUBIO CORREA. *El ser humano como persona natural*. PwCP. Lima, 1995.

## **JURISPRUDENCIA**

"El actor tiene la condición de ciego, por lo que goza plenamente de la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, no estando por lo tanto incurso en las excepciones señaladas en los artículos 43 y 44 del Código Civil"

(Exp. Ni! 116-89-Huánuco, Primera Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo 111, p. 41).

"Se considera a una persona privada de discernimiento e imposibilitada de ejercer por sí misma sus derechos civiles, cuando padece de retardo psicomotriz severo, consecuencia de una parálisis cerebral infantil"

(Exp. Ni! 3082-97, Resolución del 15/01/98, Sexta Sala Civil, Sala de Familia).

## **SUPUESTOS DE INCAPACIDAD RELATIVA DE EJERCICIO**

Son *relativamente incapaces*:

- 1.- Los *mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad*.
- 2.- Los *retardados mentales*.
- 3.- Los que *adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad*.
- 4.- Los *pródigos*.
- 5.- Los que *incurren en mala gestión*.
- 6.- Los *ebrios habituales*.
- 7.- Los *toxicómanos*.
- 8.- Los que *sufren pena que lleva anexa la interdicción civil*.

CONCORDANCIAS: C.

|           |                                                                                                                                                                            |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| C.C.      | arlo 7<br>arls. 42,221 <i>jnc. 1),227,228,241 jnc. 1),244 yss., 368, 389, 401, 418 Y ss., 449, 455, 456, 457, 458, 459, 584, 585, 586, 610, 612, 613,687 jnc. 2), 1976</i> |
| C.P.C.    | arls. 21, 63, 66, 222, 546 <i>jnc. 3), 581, 785,830</i>                                                                                                                    |
| C.deC.    | arls. 4, 13                                                                                                                                                                |
| LEY 26497 | arlo 44 <i>jnc. d)</i>                                                                                                                                                     |
| LEY 26887 | arlo 161 <i>jnc. 1)</i>                                                                                                                                                    |
| LEY27050  | arl.2                                                                                                                                                                      |

### *Comentario*

*Juan Espinoza Espinoza*

#### **1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad**

Se sostiene que el fundamento de la limitación de la responsabilidad por razones de edad "reside en la insuficiente madurez del sujeto que según milenaria experiencia presenta el ser humano desde que adquiere uso de razón hasta que por el paulatino desarrollo de la aptitud intelectual obtiene un aceptable conocimiento de la vida de relación. Cuando esto ha llegado ya es factible dar a la persona normal con la plena capacidad civil la posibilidad que encare a riesgo suyo todas las vicisitudes de la vida" (LLAMBÍAS).

#### **2. Los retardados mentales**

En la doctrina española (SANTOS BRIZ), si bien se sostiene que deben distinguirse los conceptos de enfermedad mental y debilidad mental, se expresa que "ambas

situaciones psíquicas implican una perturbación patológica de la actividad intelectual del sujeto cuando a causa de una enfermedad psíquica, de disposición anímica anormal o lesión en las células cerebrales, se halla perturbada de tal forma su capacidad de juicio o la formación de su voluntad que no pueden esperarse de él apreciaciones y enjuiciamientos normales. Carecen de la libre determinación de la voluntad, en el sentido de no comprender el significado de sus manifestaciones ni de obrar en consecuencia".

### **3. Los sujetos que sufren de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad**

La palabra deterioro proviene del latín *deteriorare*, estropear y significa "daño progresivo, en mayor o menor grado, de las facultades intelectuales o físicas de una persona. Conjunto de fenómenos mentales deficitarios debido, bien a la involución biológica propia de la vejez o bien a un trastorno patológico (arterioesclerosis, parálisis general, intoxicación, enfermedades mentales de larga duración, etc.).

El término hace referencia siempre a un debilitamiento más o menos progresivo, parcial o general, de las funciones mentales en relación al rendimiento anterior".

### **4. Los pródigos**

Los pródigos son aquellos que despilfarran sus bienes en exceso a su porción disponible. Según el artículo 584 del Código Civil: "Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible". La porción disponible varía para el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge (porque puede disponer, como lo establece el artículo 725, hasta el tercio de sus bienes) del que tiene solo padres u otros ascendientes (porque puede disponer, como lo establece el artículo 726, hasta de la mitad de sus bienes. El que no tiene cónyuge ni los parientes indicados anteriormente, puede disponer de la totalidad de sus bienes (artículo 727 C.C.).

Se señalan las siguientes características de la prodigalidad (SANTOS BRIZ):

- a) Una conducta desarreglada de la persona.
- b) Esta conducta ha de dirigirse a malgastar el propio patrimonio.
- c) Es preciso que se obre con ligereza, o sea, que exista una desproporción con los fines a los que debe dedicar una persona sus bienes.
- d) Que se ponga en peligro injustificado el patrimonio.
- e) Que dicha conducta y ese peligro han de ser con perjuicio de la familia. Se sostiene que "desde el punto de vista personal y subjetivo, la actuación del pródigo no es normal, pues se aparta de la del hombre juicioso de tipo medio, y ello lleva a afirmar que su conducta se basa en un comportamiento anormal patológico, sicológicamente no comprensible. De ahí que la psiquiatría forense incluya al pródigo entre los enfermos mentales. Se considera como una manifestación de la psico

patía en la que se incluyen los llamados expansivos que 'por imponderables generosidades pueden derrochar sus bienes y caer en peligrosidad' (SANTOS BRIZ).

Curiosamente, la legislación contemporánea, si bien ha considerado como sujeto de derecho con capacidad relativa de ejercicio al prodigo, no ha hecho lo mismo con el avaro, en el caso concreto que guarde egoístamente sus bienes en exceso a su porción disponible.

En el instituto de la interdicción por causa de prodigalidad, se puede observar con mayor nitidez la marcada vocación patrimonialista de los modelos jurídicos que gobernaban los códigos civiles del siglo pasado. En efecto, en el momento histórico en el cual ha sido concebido este instituto, prevalecía la tendencia a la conservación del patrimonio y la consiguiente tutela de las pretensiones sucesorias de los familiares.

A tal punto es exaltada la tutela de la propiedad, que la *dignidad* y el *honor* de la familia, se consideraban amenazados, cuando existiese un peligro en la depauperación de su patrimonio, símbolo de prestigio de la misma (NAPOLI). Cambiados los medios tradicionales de transmisión de los bienes, siendo más relevante la circulación de los bienes muebles en vez de aquella de los bienes inmuebles y revaluándose el *trabajo* como fuente de riqueza, cambia la ecuación *propiedad=dignidad* de la familia. Por consiguiente, el fundamento de la inhabilitación por prodigalidad se encuentra en un proceso de transformación de la tutela de los intereses patrimoniales de los familiares, al equilibrio entre la protección social del individuo (en el respeto de sus libertades civiles) y de la familia (la cual tiene el derecho a ser satisfecha en su mantenimiento, asistencia moral y material).

Se sostiene que el individuo tiene plena libertad de disposición de sus bienes, en consecuencia, las limitaciones a su capacidad de obrar se pueden justificar solo cuando la conducta prodiga sea el resultado de una enfermedad mental (BIANCA, NAPOLI). La experiencia jurídica comparada ha redimensionado la prodigalidad, cambiando su concepción de causa para alterar el estatuto jurídico del sujeto (declarándolo inhabilitado o incapaz) a motivo para nombrar un representante que asista al prodigo en la realización de determinados actos de naturaleza patrimonial (ESPINOZA ESPINOZA).

Por cuanto respecta la validez de los actos realizados por los incapaces, debemos distinguir los actos efectuados antes y después de la interdicción. En el primer caso, la regla general es que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en la cual se realizaron (artículo 582). Como excepciones se encuentran los actos del prodigo y del mal gestor, los cuales no pueden ser impugnados (artículo 593). Se observa, en estos casos, la excesiva protección que se ofrece al tercero con menoscabo del sujeto sometido a interdicción, contrariamente al modelo italiano (artículo 776 del Código Civil italiano). Creo que se podría dar una lectura distinta, al aplicar el principio general establecido por el artículo 582, incluso para el caso de los prodigos y malos gestores, cuando la causa de la interdicción "existía notoriamente en la época que se realizaron" los actos a impugnarse judicialmente.

## **5. Quiénes incurren en mala gestión**

Los que incurren en mala gestión son los inhábiles para manejar su patrimonio y que por ello hayan perdido más de la mitad de sus bienes. El artículo 585 recita: "puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos".

El tratamiento de los pródigos y de los malos gestores en nuestro Código Civil es desigual e injusto. En efecto, para la declaración de prodigalidad, el artículo 584 establece un criterio cuantitativo, en el cual el juez deberá tener en cuenta la dilapidación de bienes que exceden la porción disponible del pródigo. En cambio para la declaración de la mala gestión, el artículo 585 cuenta con un régimen mixto, en el que no solamente se debe acreditar la pérdida de más de la mitad de los bienes, sino que se establece un criterio cualitativo, cuando se prescribe que "queda a prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión". Esta regulación merece dos comentarios, el primero es que para ambos casos debe aplicarse el criterio cualitativo y el segundo parte de la reflexión que el juez no deberá limitarse a constatar que los titulares de la pretensión sean la esposa o los que serían los herederos forzosos, sino que también dependan económicamente del sujeto que se quiere declarar interdicto. De lo contrario, se generaría situaciones injustas, previstas por la experiencia legislativa y jurisprudencial española (ESPINOZA ESPINOZA).

## **6. Los ebrios habituales**

De acuerdo al artículo 586 del Código Civil: "Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena".

Según se observa, "las formas clínicas más frecuentes del alcoholismo crónico son: el *delirium tremens* (alucinaciones y temblores de las manos, brazos y cara), la alucinación aguda (caracterizada por el delirio de persecución, con conservación del conocimiento), el síndrome de Korsakow (el enfermo no recuerda nada de lo que ha hecho o dicho un minuto antes), el delirio de celos y la epilepsia alcohólica (en la cual los ataques epilépticos se producen con la ingestión del alcohol y desaparecen al abandonar la bebida)". El bebedor habitual, al sufrir esta sintomatología, carece de las facultades necesarias que le permitan realizar actos jurídicos válidos, es por ello que el Derecho interviene, tutelando sus propios intereses y los de su familia.

## **7. Los toxicómanos**

Esta expresión deriva del griego *toxiron*, veneno y *manía*, locura, y es un "término relativo al uso, difusión y consumo de sustancias químicas -habitualmente psicofármacos- que causan tres tipos de efectos correlativos:

- a) Dependencia, de naturaleza psíquica (manía) o tendencia sicológica.
- b) Habitación, de naturaleza biológica (intoxicación).
- c) Síndrome de abstinencia o privación, cuando se suprime la droga.

AMI. ....

Etimológicamente el significado del término se ajusta más al factor de dependencia y es prácticamente sinónimo de adicción.

Se argumentan dos razones justificadas de esta conducta:

- a) La provocación de un estado placentero.
- b) La evitación del dolor.

Drogas empleadas más frecuentemente con el primer sentido son: anfetaminas, alcohol, café, tabaco, marihuana, etc., y con el segundo: barbitúricos, morfina, etc. Ambos efectos se presentan en la mayoría de los casos, simultáneamente". También se observa que la acción psíquica que ejercen las drogas sobre las personas incide sobre su conducta, percepción y conciencia, generando los estados de tolerancia, euforia, habituación, dependencia y abstinencia (ASTOLFI, GOTELLI, KISS, LÓPEZ BOLADO, MACCAGNO y POGGI).

Se sostiene que la tolerancia "constituye un fenómeno biológico por el cual las células vivas se adaptan a funcionar ajustadas a la presencia de la droga". La euforia es "la vivencia especial, subjetiva e intraducible que siente el drogadicto bajo el efecto de su droga". La "habitación refleja una dependencia psíquica (a menudo tan importante como la física, originada por la tolerancia) traducida por un deseo irrefrenable de continuar sometido al ritual impuesto por la droga". La dependencia "se refiere a la sujeción y subordinación del individuo a la droga" y la abstinencia "señala la constelación de síntomas -todos ellos ansiógenos y angustizantes- que sufre el drogadicto cuando se suprime bruscamente el tóxico" (ASTOLFI, GOTELLI, KISS,

I LÓPEZ BOLADO, MACCAGNO y POGGI).

Se entiende que no todo toxicómano tiene que ser declarado interdicto; lo será aquél que ponga en peligro los intereses familiares, requiera asistencia de carácter permanente o genere una amenaza para la seguridad ajena (artículo 586 C.C.).

De una interpretación *sensu contrario* del artículo 594, podemos afirmar que, al no estar reconocido el poder de pedir la anulación de los *actos no patrimoniales* del pródigo, del mal gestor, del ebrio habitual y del toxicómano, se presume que éstos son libres de ejercitarlos sin la intervención de sus representantes legales. En esta dirección se encuentra la tutela del menor capaz de *discernimiento* que, según el artículo 455, puede ejercitar derechos estrictamente personales y también en la situación del interdicto capaz de *discernimiento* y el de catorce años, los cuales pueden reconocer al hijo extramatrimonial (artículo 393) (ESPINOZA ESPINOZA).

## 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil

El artículo bajo comentario incluye, dentro de los "relativamente incapaces" y de acuerdo al Código Penal derogado de 1924 (artículo 32), a los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. El actual Código Penal de 1991 (artículo 36), suprime la figura de la interdicción, dentro de las penas limitativas de derechos y la asimila

dentro de la inhabilitación (que también estaba regulada en el Código derogado). Una

lectura armónica y actualizada del artículo 44.8 del Código Civil entenderá como relativamente incapaces a los que sufren pena que lleva anexa la inhabilitación civil (TORRES VÁSQUEZ).

Con respecto a (la interdicción; pero aplicándose para todos los efectos a la inhabilitación, se opina sobre el fundamento de esta causal de limitación relativa de la capacidad, observando que existen dos opiniones, a saber, la primera que considera a la interdicción como una pena accesoria de la principal, lo cual viene a ser un resabio del concepto de la denominada "muerte civil", y la segunda, prevaleciente en doctrina, la cual sostiene que el propósito de la interdicción es tuitivo, que no se limita a la persona del condenado, sino que también está en función de su familia (BORDA). La citada doctrina argentina se adhiere a esta última posición, afirmando que "la interdicción para realizar ciertos actos y la imposición de un curador no son sino la consecuencia necesaria de la imposibilidad de hecho en que se encuentra el recluso para atender con eficacia sus intereses y para desempeñar normalmente la patria potestad" (BORDA).

## DOCTRINA

LLAMBÍAS. *Tratado de Derecho Civil*. Parte general. Tomo 1. 12~ edición. Perrot. Buenos Aires, 1986; SANTOS BRIZ. *Derecho Civil. Teoría y práctica*. Tomo 1. *Introducción y Doctrinas Generales*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1978; *Diccionario Enciclopédico de Educación Especial*. Diagonal Santillana. Volumen 11. Madrid, 1985; *Gran Enciclopedia Médica SARPE*. Edición realizada por la División de Grandes Obras SARPE S.A., de revistas, periódicos y ediciones. 3~ edición. Madrid, 1979; ASTOLFI, GOTELLI, KISS, LÓPEZ BOLADO, MACCAGNO y POGGI. *Toxicomanías*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1981; TORRES V ÁSQUEZ. *Acto Jurídico*. Editorial San Marcos. Lima, 1998; BORDA. *Manual de Derecho Civil*. Parte general. 13~ edición actualizada. Perrot. Buenos Aires. 1986; NAPOLI. *L'intermité di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, en *Commentario Schlesinger*. Giuffre. Milano, 1991; BIANCA. *Diritto civile*. Giuffre. 1990; ESPINOZA ESPINOZA. *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley. Lima, 1998.

## JURISPRUDENCIA

"La acción para la declaración de interdicción está dirigida a establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, incursa en uno de los supuestos del artículo 44 del Código Civil"

(*Exp. N!! 3337-97, Resolución del 6/03/98, Sexta Sala Superior de Familia de Lima*)

"El contrato realizado por un representante excediéndose de los límites de las facultades que se le hubieran conferido, no puede ser definido como causal de incapacidad relativa, sino debe considerársele conforme lo que dispone el artículo

161 del Código Civil"

(*Cas. N!! 1019-96-Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 23/04/98, p. 751*)

*"No obstante que del contrato de compraventa se observa que el apelante se constituyó en fiador de los compradores, el hecho de que no recuerde haber celebrado dicho contrato, por ser una persona absolutamente incapaz, deberá hacerse valer vía acción y por las causales que señala el artículo 219 del Código Civil, no vía apelación".*

*(Exp. NI 2905-99 del 29/09/99. Marianella Ledesma Narváez. Jurisprudencia Actual. Tomo V. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2002. Pág. 84).*

## REPRESENTACIÓN LEGAL DE INCAPACES

45

*Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.*

CONCORDANCIAS:

|        |                                                                                                                       |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| C.C.   | arts. 37, 145, 243, 244, 407, 418, 527, 564, 565 inc. 1), 1307, 1651,<br>1652, 1975, 1976, 1994 inc. 1), 2030 inc. 1) |
| C.P.C. | arts. 21, 58, 561, 749 inc. 4), 769, 786, 830                                                                         |
| C.T.   | art. 22                                                                                                               |

*ilJJ Comentario*

*Juan Espinoza Espinoza*

Se observa que: "Es conforme al sentimiento de piedad y justicia social, extender de manera especial la protección de las leyes a quienes por su corta edad y desamparo, o por falta de aptitud moral, no pueden gobernarse por sí mismos, ni manejar debidamente sus bienes" (BRENES CÓRDOVA).

La protección a los incapaces ha sido regulada por el Derecho a través de los siguientes sistemas:

- 1) Sistema latino: que lo encarga a la familia.
- 2) Sistema germano: que lo encarga a cuerpos judiciales o administrativos.
- 3) Sistema mixto: que fusiona ambos, como el Código Civil peruano en materia de familia.

La tutela se dirige y ampara a aquellos menores de edad que no están bajo la potestad de sus padres y que no pueden valerse por sí mismos. Ahora bien, con la evolución de esta institución, se rebasa su órbita familiar e incide, en otra predominantemente social, a través de instituciones públicas.

El Código Civil español concibe a partir de la reforma en 1983, a la tutela relacionándola con el estado civil de las personas, por ello se sostiene que la tutela es una institución de autoridad y no de familia.

Tanto el Código Civil italiano como el Código Civil peruano, regulan la situación del menor que no se encuentra bajo la potestad de los padres. El Código Civil italiano, en su artículo 360 contempla la posibilidad del nombramiento de un prototor cuando se encuentren en oposición los intereses del tutor y del menor y, si esto sucede también con el prototor se nombrará un curador especial. El Código Civil peruano, en el caso de que exista un conflicto de intereses entre el tutor y el menor, prevé el nombramiento de un curador especial (artículo 606, inc. 4), obviando al prototor.

La curatela, en el Código Civil peruano, es tratada a través de la siguiente división:

- 1) Curatelas típicas, para los incapaces mayores de edad.
- 2) Curatelas atípicas, dentro de las cuales se encuentran:
  - 2.1. Curatelas de bienes.
  - 2.2. Curatelas para casos especiales.

En este cuerpo de leyes se enuncian taxativamente los casos en los cuales opera esta institución. El Código de Familia costarricense, se refiere a su aplicabilidad, a través de una cláusula general, al aludir, en su artículo 217, a "los mayores de edad que padeczan una incapacidad mental o física, que les impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tuvieran intervalos de lucidez".

En el Código Civil peruano, al menor que no esté bajo la patria potestad, se le nombrará un tutor que cuide de su persona y bienes (artículo 502 C.C.). Los incapaces mayores de edad (absolutos y relativos) solo pueden ser declarados interdictos (dado que no se cuenta con el instituto de la inhabilitación) y por consiguiente, están sometidos a curatela (artículo 565.1 C.C.). Según el artículo 581 C.C., los alcances y los límites de la curatela son fijados por el juez, cuando declara la interdicción del incapaz, en función de su grado de incapacidad. Son obligaciones del curador proteger al incapaz, proveer en cuanto sea posible a su restablecimiento y cuando sea necesario, a su internamiento en un establecimiento adecuado y representarlo y asistirlo, según su grado de incapacidad, en sus negocios (artículo 576 C.C.). Se prevé que el curador del incapaz que tiene hijos menores, sea tutor de éstos (artículo 580 C.C.).

La representación legal, es aquella conferida por el ordenamiento a determinadas personas que, por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones, o para ejecutarlos con su actuación directa (LOHMANN LUCA DE TENA). Dentro de la representación legal también se encuentran la representación de la sociedad conyugal (artículos 292 y 294 C.C.) y la representación judicial (artículo 61 C.P.C.).

La doctrina nacional (LOHMANN LUCA DE TENA) ha señalado que el representante legal, particularmente el del incapaz absoluto o del declarado ausente, no sustituye a la voluntad de su representado, puesto que (de ordinario) la ley no reconoce eficacia jurídica a esta voluntad. El representado (en el caso de la tutela y la curatela) no solo no puede conferir representación, sino que su capacidad jurídica debe canalizarse forzosamente por su representante.

La representación legal difiere de la voluntaria, por cuanto en esta última, el representado puede elegir al sujeto representante. No así en la legal, cuyo sujeto unas veces viene predeterminado y otras veces no. No parece que la figura de la ratificación sea posible en materia de representación legal. La representación legal tiene un marco de control ajeno al del propio representado. Característica de la representación legal es la obligatoriedad de su función. No es sustituible ni delegable por naturaleza (LOHMANN LUCA DE TENA).

## DOCTRINA

BRENES CÓRDOVA. Citado por TREJOS. *Derecho de Familia Co-tarricense*. Juricentro. San José, 1982; LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. Grijley. 2~ edición. 1994.

## CAPACIDAD ADQUIRIDA POR MATRIMONIO O TÍTULO OFICIAL

*La incapacidad de las personas mayores de diecisésis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.*

*La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.*

*Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:*

1. Reconocer sus hijos.
2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. (\*)

CONCORDANCIAS: C.C.

C.P.C arts. 244 a/247, 459, 461 (inc. 2), 549 (inc. 3) artº 779

C.N.A. artº 113

D.S. N~001-97- artº 55

TR

### Comentario

Juan Espinoza Espinoza

La versión original de este artículo hacía una inexplicable distinción entre varones mayores de 16 años y mujeres mayores de 14, los cuales podían casarse y así, obtener la capacidad de ejercicio antes de los 18 años. El criterio predominante era que la mujer maduraba antes que el hombre y ello justificaba, aparentemente, esta disparidad de tratamiento. El artículo 46 del Código Civil se modificó por el artículo 1 de la Ley NQ 27201, del 14.11.99, dando un salto adelante en la tutela de los sujetos débiles menores de edad, aunque adoleciendo de algún defecto, como veremos a continuación.

No obstante se reconoce que los menores tienen derecho a casarse, el artículo 46 tiene que ser interpretado sistemáticamente con el artículo 244, el cual prescribe que los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres y que su discrepancia equivale al asentimiento de los mismos. El

(\*) Texto según artº 1 de la Ley NQ 27201 de 14-11-99.

mismo numeral, establece que si falta uno de los progenitores o fuera absolutamente incapaz o sea destituido de la patria potestad, bastará el asentimiento del otro. Nótese que, al no quedar excluido el supuesto de la incapacidad relativa (de ejercicio) del padre, éste en dicha situación, podrá emitir válidamente su consentimiento, por cuanto no está prohibido específicamente. A falta de los padres decidirán los abuelos y a falta de éstos, decidirá el juez de menores. Si el menor se casa sin dicho asentimiento no gozará de los derechos de posesión, administración, usufructo, gravamen ni disposición de sus bienes, hasta que haya alcanzado la mayoría de edad (artículo 247 C.C.).

El artículo 113 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley NQ 27337, del 07.08.2000, establece que el juez especializado autoriza el matrimonio de los adolescentes. Antes de otorgar la autorización, el juez escuchará la opinión de los contrayentes y con el apoyo del equipo multidisciplinario dispondrá las medidas convenientes para garantizar sus derechos (artículo 114).

Si bien es cierto que el artículo 46 del Código Civil supedita la adquisición de la capacidad de ejercicio al menor que obtenga "título oficial", el artículo 457 establece que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este último supuesto, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarios o disponer de ellos. También se precisa que la autorización puede ser revocada por razones justificadas. De ello, podríamos concluir lo siguiente.

1. Si el menor obtiene "título oficial" que lo autorice ejercer una profesión u oficio tendrá capacidad de ejercicio plena (artículo 46 C.C.).
2. Si el menor obtiene la autorización de sus padres para ejercer un oficio, trabajo, ocupación o industria, tendrá capacidad de ejercicio relativa (artículo 457 C.C.).

No parece adecuada esta disparidad de tratamiento en lo que a oficio o trabajos similares se refiere: el menor, en ambos supuestos emplea los mismos esfuerzos físicos e intelectuales. El hecho que se le autorice mediante un título oficial o sean sus propios padres, es irrelevante. Si el menor ya se hace responsable de obtener los medios para generarse una ganancia patrimonial, también lo será para emplearla en lo que éste decida. Por ello creo que, aunque solo sean los padres los que lo autoricen, el menor debería de obtener la capacidad de ejercicio plena. Interpretar literalmente el artículo 457, implicaría violar el principio de igualdad, consagrado en la Constitución.

El artículo 50 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley NQ 27337, establece que los adolescentes requieren autorización para trabajar, salvo el caso del trabajador familiar no remunerado. El artículo 51 establece un mínimo de edades requeridas para el trabajo de los adolescentes, así:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:

- a) 15 años para labores agrícolas no industriales.

- b) 16 añqs para labores industriales, comerciales o mineras.
  - c) 17 años para labores de pesca industrial.
2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo, 12 años.

Este numeral establece la presunción que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

Asumo que el legislador, al redactar el artículo 46 del Código Civil, no menciona -por ser evidente- que el menor requiere contar con capacidad de discernimiento, tanto para contraer matrimonio como para obtener el título oficial. No obstante, debo dejar constancia que el artículo 457, sí es explícito en lo que a este requisito se refiere.

Consecuencia inevitable del menor que se casa u obtiene el "título oficial" es que, al ser capaz pleno de ejercicio, hace que se extinga la patria potestad, conforme a lo regulado por el inc. 2 del artículo 461 del Código Civil y por el inc. f del artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley NQ 27337. Este último artículo ha sido modificado por el artículo único de la Ley NQ 27473, del 06.06.2001.

El hecho del nacimiento de un hijo, en el caso del menor de edad mayor de catorce años, genera una suerte de capacidad relativa de ejercicio. En efecto, dentro de este último supuesto, llama la atención el carácter restrictivo que se le da a los menores-padres para que ejerzan sus derechos. Creo que no debería tener el carácter de *numerus clausus* y debería aplicarse, caso por caso, según la realidad de cada menor, ya que se encontraría en la caótica situación de ser capaz (de ejercicio) para algunos casos y para otros no. Resulta forzoso una lectura extensiva de estos supuestos, en atención a una interpretación lógico-sistématica de este artículo.

## DOCTRINA

FERNÁNDEI SESSAREGO. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; ESPINOIA ESPINOIA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. 2001.

## **CAPÍTULO PRIMERO** **DESAPARICIÓN**

### **CURADOR DEL DESAPARECIDO**

*Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.*

*No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público. (\*)*

CONCORDANCIAS: C.C.

|                 |                                          |
|-----------------|------------------------------------------|
| c.p.c.          | arts. 48, 50, 389, 597, 601, 2030 (nº 2) |
| LEY26497        | arts. 21, 749 (nº 5), 790                |
| 0.5. 015-98-PCM | arto 44 (nº d)                           |
|                 | arto 3 (nº d)                            |

*Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

#### **1. Consideraciones generales**

La ausencia, en sentido lato, es un fenómeno jurídico que se manifiesta por el hecho que una persona no está presente en el lugar de su domicilio en condiciones

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

que dan un entorno de incertidumbre sobre diversos aspectos de su esfera jurídica incluyendo sus relaciones personales, familiares y patrimoniales e, incluso, sobre su existencia. La ausencia, así entendida, es la falta de presencia en el lugar donde la persona jurídicamente debería encontrarse aunada a determinadas condiciones que, según 91 caso, generan diversos efectos jurídicos (DIEZ-PICAZA y GULLÓN, RUBIO).

El Código Civil hace referencia a tres manifestaciones de la ausencia: la desaparición, la declaración de ausencia y la declaración de muerte presunta. Sistematicamente, ha insertado a la desaparición y la declaración de ausencia dentro del Título VI del Libro 1, mientras que la declaración de muerte presunta ha sido ubicada dentro del Título VII del mismo Libro relativo al fin de la persona (a diferencia de la sistemática del Código Civil italiano que, sin duda, es su antecedente).

## 2. Definiciones

La desaparición, como manifestación de la ausencia, viene a ser un hecho jurídico que se configura, cuando la persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero (BIANCA, FERNÁNDEZ SESSAREGO, RUBIO). Adicionalmente se requiere, para que el hecho de la desaparición surta los efectos contemplados en el artículo materia de análisis, que el desaparecido no cuente con representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público. La desaparición en nuestro sistema se configuraría incluso en la hipótesis en que el desaparecido tuviese representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público pero ante esta situación no procedería la designación de un curador interino, sin embargo, podría surtir otros efectos jurídicos en supuestos como, por ejemplo, el del artículo 294 numeral 2 del Código (*cfr.* BECERRA, FERNÁNDEZ SESSAREGO, RUBIO).

La redacción original del artículo 47 (que fuera modificada por el Código Procesal Civil) indicaba que cuando una persona no se hallara en el lugar de su domicilio y se careciese de noticias de su paradero, el juez de primera instancia del último domicilio o del lugar donde se encontrasen sus bienes podía proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de curador interino. La redacción actual ha incorporado un elemento temporal: deben haber transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre el paradero del desaparecido. Consideramos que la razón para esto ha sido establecer un plazo prudencial antes de tomar medidas que puedan generar costos innecesarios tanto para los administrados como para el propio sistema jurisdiccional. Sin embargo, el plazo no deja de ser arbitrario, más aún cuando pueden darse casos en que la necesidad determine actuar con prontitud (BIANCA, DE BELAUNDE, FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Por su parte, el artículo 47 establece que no se generará la consecuencia jurídica establecida en el mismo cuando el desaparecido tenga representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público. Esta redacción es mejor que la original que solo hacía referencia al mandatario (negocio jurídico bilateral por el cual el mandatario se obliga a realizar por cuenta y en interés del mandante uno o más negocios jurídicos) excluyendo, por ende, a la figura de la representación (*n ego*

cio jurídico unilateral y receptivo mediante el cual el representante actúa en nombre del representado haciendo de conocimiento de terceros dicha situación).

### 3. Efectos de la desaparición

Tal y como ya se ha indicado la consecuencia que el ordenamiento ha establecido ante la constatación del hecho de la desaparición es que se otorga a determinados sujetos el derecho de solicitar la designación de un curador interino, derecho que, obviamente, es potestativo. Así, no necesariamente ante la configuración del supuesto de hecho del artículo 47 se generará su consecuencia jurídica. Solicitar un curador puede no ser la medida más adecuada en determinadas circunstancias. Además, en muchos casos no será necesario el nombramiento de un curador por la inexistencia de un patrimonio que resguardar.

El ordenamiento otorga a cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad el derecho de solicitar la designación de un curador interino. Para estos casos el pariente más próximo excluye al más remoto. Es claro el legítimo interés de los parientes. Por su parte, también puede solicitar el nombramiento cualquier tercero que invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido. Se contemplan, por un lado, todos aquellos casos en que una persona (natural o jurídica) esté interesada en los negocios del desaparecido abarcando todos los aspectos de índole empresarial correspondientes a la esfera jurídica del mismo (se contemplan los casos de los acreedores que pueden ver perjudicado su crédito, de los socios, etc.). Por otro lado, se hace referencia a los casos en que existan personas interesadas en los asuntos del desaparecido, supuesto que es más genérico y abarcaría, por contraposición, aquellos casos no referidos a los negocios de la persona incluyendo, por ejemplo, el del alimentista o el de la ex cónyuge con derecho a alimentos que requieran salvaguardar sus derechos.

Cabe anotar que en todos los casos en que no sean los parientes referidos en el artículo bajo análisis será necesario, además de acreditar el legítimo interés económico o moral al que se refiere el artículo VI del Título Preliminar (RUBIO), que al momento de iniciar el proceso se cite a los familiares conocidos y al Ministerio Público. Esta exigencia se entiende en cuanto, en principio, son los familiares los llamados a salvaguardar los intereses del desaparecido. Por su parte, el Ministerio Público estará encargado de custodiar los intereses de la colectividad.

### 4. Problema: nombramiento de curador interino vs. declaración d~ desaparición

A pesar que resulta aparentemente claro el que la desaparición es un hecho jurídico y que lo que busca el artículo bajo análisis es el nombramiento de un curador interino, a la luz de otras normas el sistema se torna ambiguo. Así, el artículo 2030 del Código establece en su numeral 2 que las resoluciones que declaran la desaparición, la ausencia, muerte presunta y reconocimiento de existencia deben ser inscritas en el Registro Personal. Este artículo (que no ha sido modificado desde la entrada en vigencia del Código) estaría hablando de una declaración de desaparición como requisito necesario para el nombramiento de un curador interino.

--- m ---

Esta situación se agravó cuando entró en vigencia el Código Procesal Civil que regula, en la Sección Sexta del Subcapítulo 5 del Título 11 relativa a los procesos no contenciosos, la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta. Así, el artículo 790 del Código Procesal Civil indica que se puede solicitar la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta.

Por su parte, el artículo 44 literal d) de la Ley NQ 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, indica que se inscriben en el Registro Personales resoluciones que declaran la desaparición. Curiosamente, el artículo 3 literal d) del Decreto Supremo NQ 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, establece que es un hecho inscribible el nombramiento de curador interino a que se refiere el artículo 47 del Código.

De todo lo anterior, se desprende que hay una contraposición entre las normas que determinan la existencia de un proceso de declaración de desaparición y aquellas que se refieren a un proceso de nombramiento de curador interino. Nos encontramos con dos normas con rango de ley que, con posterioridad a la entrada en vigencia del Código, hacen referencia a la declaración de desaparición, por un lado, en relación al proceso de declaración de desaparición y, por otro, a la inscripción de la referida declaración (aunada a lo ya contemplado en el artículo 2030 del Código). Por su parte, nos encontramos con el Reglamento de Inscripciones del RENIEC que establece la inscripción del nombramiento del curador interino (respaldando lo contemplado en el artículo 47 del Código).

No podemos considerar que se esté regulando la declaración de desaparición en nuestro sistema. Entendemos que se ha cometido un error legislativo que atenta contra la naturaleza de la institución. La desaparición es un hecho jurídico por lo que no es necesario declararla. Por otro lado, la finalidad de la institución no es la declaración de desaparición sino el nombramiento de un curador interino. Lo que se busca al regular la desaparición es proteger el patrimonio del desaparecido (ESPINOZA ESPINOZA, FERNÁNDEI SESSAREGO, *cfr.* DE BELAUNDE). A esto hay que agregar que, no encontramos un efecto práctico en el hecho de declarar la desaparición que sea independiente al nombramiento de un curador interino, por lo que la existencia de una declaración judicial en ese sentido sería inútil (ESPINOZA ESPINOZA).

Conforme a lo anterior la desaparición es un hecho que no requiere declaración judicial. Entendiendo sistemáticamente la *ratio* de estas normas lo que se busca es que el juez compruebe el hecho de la desaparición y, si en los considerandos de su resolución concluye que existe la misma, proceda a nombrar al curador interino. Resulta conveniente establecer la fecha probable de la desaparición, como lo indica el artículo 793 del Código Procesal Civil, pero simplemente como medio que justifique el nombramiento del curador interino. Cabe anotar que dicho nombramiento será inscrito, conforme al Reglamento de Inscripciones del RENIEC, en el Registro de Mandatos y Poderes.

El error antes mencionado parece ser fruto de la divergencia de perspectivas en las comisiones elaboradoras de los textos normativos en cuestión (DE BELAUNDE). A esto hay que sumar la probable confusión con la ausencia, en estricto (que ya se

manifestaba en el artículo 590 del Código Civil de 1936), o la muerte presunta, casos en los que sí se requiere declaración judicial. Debe quedar claro, que todas son manifestaciones de la ausencia, en sentido lato, pero se configuran de manera diferente y tienen consecuencias distintas (ALBALADEJO). Así mismo, es importante indicar

. que dichas figuras no se constituyen en etapas del fenómeno sino que son independientes unas de otras.

### 5. Fin de la desaparición

El hecho de la desaparición termina con el regreso del desaparecido a su domicilio, o con la obtención de noticias indubitables sobre su paradero y, para los efectos de las consecuencias jurídicas contempladas en el artículo bajo análisis, con el nombramiento de representante o mandatario con facultades suficientes. También culminaría cuando se declara la ausencia, o cuando se ha declarado la muerte presunta o confirmado la muerte. El fin de la desaparición es un problema distinto al relativo al fin de la curatela interina.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosqh. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 N2 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* N2 10. Lima, 1988; DIEZ-PICAZO y GULLON. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Griley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## RÉGIMEN LEGAL DE CURATELA DEL DESAPARECIDO

### .-ARTÍCULO 48

*La curatela a que se contrae el artículo 47 se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes.*

CONCORDANCIAS:

C.C.                  arts. 47, 564 al  
618;  
C.P.C. art.21

*Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

#### 1. Reglas de la curatela interina

La curatela especial que se declararía por el juez en caso de confirmarse la desaparición se regularía por las normas que se encuentran en el capítulo de curatela del Código en lo que corresponda a su propia naturaleza excluyéndose, por tanto, las normas que sean contrarias a la misma y, sobre todo, aquellas referidas a casos especiales de curatela distintos al presente (*cfr. DE BELAUNDE*). Se regulan en la referida sección los requisitos de constitución de la curatela, la responsabilidad y demás cuestiones de carácter general aplicables al caso. Además, el Código contempla en dicho capítulo reglas especiales para la curatela interina en el caso de desaparición.

En principio, el curador de bienes, como indica el artículo 602 del Código, no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación de los bienes del desaparecido y los necesarios para el cobro de los créditos y pagos de sus deudas, salvo autorización judicial. Se entiende, entonces, que las facultades que se otorgan al curador interino están referidas a la guarda de los bienes del desaparecido. Cabe anotar que el curador también deberá, en muchos casos, estar facultado a realizar todos los actos que tiendan a la protección del patrimonio, razón de su nombramiento, para lo cual el juez, de conformidad con el artículo 605, podrá señalar sus facultades. Es importante indicar que la propia naturaleza del encargo determinaría facultades generales para efectuar sin dilación todas aquellas medidas necesarias para la protección de los intereses del desaparecido (ALBALADEJO, FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El artículo 597 del Código establece que cuando una persona ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero conforme al artículo 47, se proveerá la curatela interina de sus bienes. El llamado a constituirse en curador, según el artículo 569 sería el cónyuge del desaparecido que no esté separado judicialmente de él, los

padre, los descendientes, los abuelos y demás ascendientes, y los hermanos. A falta de estos, correspondería, según las reglas del artículo 573 a la persona que designe el consejo de familia. En defecto de lo último decidiría el juez. Cabe la posibilidad, como lo contempla el artículo 601 del Código que se nombren varios curadores si así lo exige la administración de los bienes (*cfr.* FERNÁNDEZ SESSAREGO).

## 2. Fin de la curatela interina

La curatela que se establece por mandato judicial luego de haberse confirmado la desaparición tiene, como su mismo nombre lo indica, naturaleza de interina. Su vigencia se mantendría hasta que el juez revoque el nombramiento, ya sea porque la situación de desaparición ha dejado de configurarse (por reaparición, por la obtención de noticias sobre el paradero de la persona o por nombramiento de representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público), o porque se ha declarado la ausencia no existiendo herederos forzosos del desaparecido (ya que en caso contrario la curatela continuará), o porque se ha declarado la muerte presunta o confirmado la muerte. Según el artículo 616 del Código, la curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece éste o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto. No se indica en este artículo que se requiera pronunciamiento judicial. Sin embargo, atendiendo a que jurídicamente las cosas se deshacen de la misma forma en que fueron creadas, sería necesario un pronunciamiento judicial (RUBIO). Esto es lo que de alguna manera se ha querido indicar, nuevamente de manera errónea, mediante el llamado reconocimiento de presencia contemplado en el artículo 794 del Código Procesal Civil, norma posterior y de la misma jerarquía que el 616 del Código Civil (que modificaría a este último en el sentido mencionado). Lo único a lo que debería haberse hecho referencia en este artículo es a la revocatoria judicial del nombramiento del curador interino.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 N2 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* N2 10. Lima, 1988; DIEZ-PICAZA y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## JURISPRUDENCIA

*"La esposa tiene la representación de la sociedad conyugal desde la fecha en que se la nombró judicialmente curadora de los bienes de su esposo que ha sido declarado ausente"*

*(Exp. 27-87, Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Corte Superior de Justicia de Lima, Jurisprudencia Civil, p. 16).*

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DECLARACIÓN DE AUSENCIA

#### DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA

*Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.*

*Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.*

#### CONCORDANCIAS: C.C.

*C.P.C.*

*arts. 66,318 (inc. 4), 466 (inc. 2), 987, 2030 (inc. 2), 2069 arts. 21,79,*

*749(inc. 5),769,790*

*arto 44 (inc. e)*

*arts. 85 (inc. 3),89 (inc. 1)*

*D.S.015-98-PCM  
arto 3 (inc. e)*

*Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

#### 1. Consideración General

La segunda manifestación de la ausencia (en sentido lato) es la generada a partir de la declaración judicial de ausencia. Nos encontramos ante un supuesto de mayor complejidad que la simple desaparición y que lleva consigo consecuencias jurídicas mucho más dramáticas.

#### 2. Hecho jurídico. Desaparición

Lo primero que hay que analizar es el hecho jurídico que desencadena la declaración. Éste se configura cuando transcurren dos años desde que se tuvo las últimas noticias de la persona, ya sean éstas la presencia del sujeto en su domicilio, actividad

des efectuadas por él mismo, o comunicaciones de diversa índole (RUBIO). En otras palabras, se requiere, además que la persona no se encuentre en el lugar de su domicilio o no se tengan noticias sobre su paradero y que hayan transcurrido por lo menos dos años desde que se dieron dichos acontecimientos.

Este hecho es una subespecie de desaparición y no debe confundirse con la declaración de ausencia. Nos encontramos ante una desaparición calificada que, debido al elemento temporal que se le suma, constituye un supuesto más grave que el contemplado en el artículo 47 del Código. En este caso, la persona ha desaparecido por un lapso que el legislador ha considerado lo suficientemente amplio como para tomar medidas mucho más radicales que el nombramiento de un curador interino. Se entiende que transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia de la persona su patrimonio e incluso todos sus derechos corren mayor riesgo de verse perjudicados. Por su parte, la existencia misma de la propia persona, transcurridos dos años, se pone en duda. Finalmente, se pone en riesgo los intereses de la familia del ausente y de sus eventuales herederos (CABANELLAS).

La redacción del artículo lleva a confusión en cuanto indica que deben pasar dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido con lo que, aparentemente, primero deberán transcurrir sesenta días desde las últimas noticias de la persona, esto es, que se configure el hecho de la desaparición bajo las reglas del artículo 47 del Código, para recién contabilizar el plazo de dos años bajo las reglas del presente artículo. Esto resulta ser un absurdo por cuanto el mismo artículo indica que las últimas noticias sobre el paradero de la persona determinan el momento inicial para la cuenta del plazo, y no así la configuración del hecho de la desaparición según el artículo 47. Conforme a lo anterior, el plazo en cuestión se contabilizará a partir del momento en que se tuvieron las últimas noticias del paradero de la persona.

### **3. Facultad de solicitar la declaración de ausencia. Legítimos interesados**

Ante la constatación del hecho de la desaparición, conforme a las reglas de este artículo, nuestro ordenamiento otorga a cualquier persona que tenga legítimo interés, o al Ministerio Público, la facultad de solicitar judicialmente la declaración de ausencia. Cabe anotar, entonces, que ante la verificación del hecho puede declararse la ausencia, esto es, no necesariamente se produce.

El legítimo interés al que se refiere el artículo, aunado a lo estipulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código, facultaría a todo aquel que tenga un interés económico o moral para solicitar judicialmente la declaración de ausencia. Este interés es de naturaleza individual y comprende a todos los familiares, en cuanto éstos son los llamados a proteger los intereses del desaparecido, incluyendo, así mismo, a los acreedores y cualquier otra persona que tenga un interés patrimonial relativo a la persona en cuestión. Finalmente, faculta al Ministerio Público para que en salvaguarda de intereses generales, e incluso particulares, solicite dicha declaración.

Hay que agregar que los legítimos interesados, ante la verificación del hecho al que se refiere este artículo, pueden optar por solicitar el nombramiento de un curador

interino conforme a las reglas del artículo 47 del Código en cuanto, definitivamente, nos seguimos encontrando ante un supuesto de desaparición. La decisión queda al arbitrio de los interesados quienes evaluarán la conveniencia de utilizar una figura u otra. Es importante aclarar que solo las personas señaladas en el artículo 47 podrán efectuar esta opción ya que si estamos, por ejemplo, ante un familiar que no se encuentra entre el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, solo se podrá optar por solicitar la declaración de ausencia al no estar dicha persona legitimada para solicitar el nombramiento de curador interino.

No se puede dejar de mencionar el siguiente supuesto: si la desaparición ocurrió en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, cualquier interesado podrá solicitar la declaración de muerte presunta conforme a lo estipulado en los artículos 63 y siguientes del Código.

En conclusión, dependiendo de las circunstancias, los legítimos interesados estarían facultados hasta para solicitar tres cosas diferentes: que se nombre un curador interino, que se declare la ausencia de la persona o que se declare la muerte presunta de ésta.

Como ya se desprende de todo lo anterior, no es necesario el nombramiento de curador interino para solicitar la declaración de ausencia.

Finalmente, el Código no hace referencia a que sea necesaria para que se dé la desaparición la carencia de representante o mandatario con facultades suficientes.

#### 4. Declaración de ausencia. Procedimiento

Para solicitar la ausencia debe confluir el hecho de la desaparición en los términos del presente artículo con la carencia de representante o mandatario con facultades suficientes. Esto se desprende del artículo 59 numeral 2 del Código.

Constatado lo anterior, cualquier interesado o el Ministerio Público, como hemos visto, estará facultado para solicitar judicialmente la declaración judicial de ausencia. Esta declaración resulta, entonces, diferente de la constatación fáctica de la desaparición por más de dos años siendo esta última, entonces, un presupuesto, y no un elemento, para que se configure la primera (*cfr. BECERRA*). En este sentido, ninguno de los efectos a que se refiere el capítulo sobre declaración de ausencia se manifiestará mientras no haya declaración judicial.

Concuerda lo anterior con el artículo 790 del Código Procesal Civil, que indica que se puede solicitar la declaración de ausencia conforme al Código Civil. De acuerdo a las normas procesales dicha solicitud se tramitará como proceso no contencioso, debiendo contener la solicitud, además de los requisitos generales de la demanda, la relación de bienes y deudas que se conozcan del ausente, así como el nombre de sus probables sucesores, tal y como lo establece el artículo 791 del Código Procesal.

El Código Civil establece que, territorialmente, es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes. Mediante esta norma se faculta a los interesados, o al Ministerio Público, a solicitar la declaración judicial de ausencia ya sea ante el juez del último domi

cilio conocido del desaparecido o, de considerarlo conveniente, en el lugar donde se encuentre la mayoría de sus bienes, medida que busca hacer más eficientes los mecanismos de protección del patrimonio del desaparecido.

La resolución que admite a trámite la solicitud será notificada mediante edicto conforme lo estipula el artículo 792 del Código Procesal Civil. El mismo artículo establece que, debido a las consecuencias que acarrea la declaración de ausencia, se notifique a quienes pudiesen tener derechos sucesorios si se desconociese su domicilio.

A fin de declarar fundada la solicitud presentada, el juez deberá evaluar si es que la persona no se encuentra en su domicilio, o si no se tienen noticias de su paradero, lo que deberá ser unido al elemento temporal, esto es, que por lo menos medie un lapso de dos años desde que se tuvieron las últimas noticias de la persona hasta el momento de interposición de la solicitud. Así mismo, deberá verificar que la persona no cuente con representante o mandatario con facultades suficientes (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Finalmente, la sentencia que declare la ausencia, según el artículo 793 del Código Procesal Civil indicará la fecha probable de la desaparición de la persona.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontifícia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y !7Uerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DIEZ-PICAZO y GULLON. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontifícia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontifícia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

"*La designación o nombramiento de la persona que debe representar en juicio a ausente, se hará por el juez del último domicilio o en su defecto de la última residencia del ausente, a petición de cualquier persona o del Ministerio Público, previa notificación por el periódico durante cinco días, con la ifidicación expresa de que si no se cumple procedrá a nombrarle defensor de ausente"*

(Exp. NQ 781-89-Tacna, Ejecutoria Suprema de/611189, SP/J)

## **POSESIÓN TEMPORAL DE LOS BIENES DEL AUSENTE**

*En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla.*

*Sino hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47.*

### **CONCORDANCIAS:**

C.C.  
C.P.C.

arts. 47, 51, 55  
arto 791

### **J1JJ Comentario**

*Javier Pazos Hayashida*

El hecho que la declaración judicial de ausencia se genere a partir de circunstancias más complejas que la simple desaparición, determina que las consecuencias jurídicas que se generen a partir de ella sean también mucho más severas.

#### **1. Consecuencias patrimoniales de la declaración de ausencia**

La consecuencia jurídica directa, que surge a partir de la declaración judicial de ausencia, es que se da la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos, en caso de muerte del mismo al tiempo de declararla. Esta situación se entiende debido a que, en principio, los herederos forzosos, los familiares más cercanos, son los llamados a proteger los intereses económicos del desaparecido. Se entiende, además, debido a que los herederos forzosos tienen una expectativa a salvaguardar ya que el patrimonio en cuestión, de confirmarse la muerte del desaparecido, se transmitiría a ellos. Por tanto, se les otorga la posesión temporal de los bienes que, eventualmente, recibirán en herencia.

Los herederos forzosos son, según el artículo 724 del Código, los hijos Y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. Solo a estas personas se les puede otorgar, según el artículo bajo comentario, la posesión temporal de los bienes del ausente. Entendemos que se excluye a las personas declaradas indignas o desheredadas con anterioridad a la desaparición.

La distribución patrimonial de las cuotas en el valor de los bienes del declarado ausente, se efectuará tomando como base las reglas de la sucesión intestada, pudiendo ser de dos formas:

a) Correspondrá exactamente el mismo porcentaje del valor de los bienes a los

eventuales herederos forzosos, si éstos tienen el mismo orden de acuerdo al artículo 816 excluyendo el más próximo al más remoto y conforme al artículo 817 del Código.

- b) Si nos encontramos ante una eventual representación sucesoria, de acuerdo a los artículos 681 y siguientes, en la que por los menos dos personas representen a su ascendiente, la distribución se efectuará por partes iguales, en principio, recibiendo por estirpe, quienes concurren por representación, lo que habría correspondido a quien representan, dis~ribuyéndose esta cantidad por partes iguales entre ellos.

Respecto a lo anterior, cabe anotar que no se está efectuando la apertura de la sucesión ya que ésta solo se efectuaría una vez comprobada la muerte de la persona o mediando una declaración judicial de muerte presunta. En este sentido, los herederos forzosos solo ostentan la posesión temporal de los bienes y no su propiedad no permitiéndoseles su enajenación o gravamen (RUBIO).

El Código contempla la hipótesis en que no hubiese herederos forzosos llamados a obtener la posesión temporal de los bienes de la persona declarada ausente. En este caso, indica, continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47. El legislador establece una salida que busca proteger el patrimonio del declarado ausente a fin que no se perjudique. En este sentido, considera conveniente mantener la curatela interina a la que se refiere el capítulo de desaparición. Se reitera, en este sentido, que la curatela interina lo será solo respecto de los bienes del declarado ausente. Hay que tener en cuenta que el artículo 616 del Código establece que la curatela de bienes del desaparecido cesa cuando se le declara ausente. Dicha norma omite la excepción que el propio Código establece en el presente artículo.

Consideramos que el legislador ha errado la redacción de este artículo, ya que en el mismo se presume que para solicitar la declaración judicial de ausencia previamente se ha tenido que nombrar un curador interino de bienes al amparo del artículo 47 del Código. Sin embargo, esto no es así ya que, como hemos mencionado, los fenómenos de la ausencia (en sentido lato) no se desencadenan necesariamente uno tras otro. Así, no es que el nombramiento de un curador interino sea una condición sine qua non para que se declare la ausencia.

Teniendo en cuenta esto, podemos apreciar que el legislador obvia el supuesto en que no habiendo herederos forzosos y, además, no habiendo sido nombrado un curador interino respecto de los bienes del desaparecido, según las reglas del artículo 47 del Código, se solicite la declaración judicial de ausencia. Hay que apreciar que no es necesaria la existencia de herederos forzosos para que se solicite la referida declaración en cuanto cualquier interesado, que no es heredero forzoso, o el Ministerio Público, puede hacerlo. Ante esta situación el sistema jurídico no puede dejar desamparado el interés del declarado ausente y, tampoco, el interés de quien solicitó la declaración de ausencia. Por tanto, entendemos que procedería la designación de un curador interino de los bienes del ausente previa interpretación del artículo 597 del Código (BECERRA).

Otro efecto patrimonial, que no se encuentra regulado en el Libro de Personas sino en el de Familia, es el que corresponde al destino del régimen patrimonial al interior del matrimonio. Así, de haber sido declarado ausente uno de los cónyuges fenecerá el régimen de sociedad de gananciales, en el entendido que la sociedad conyugal, de la cual es parte el declarado ausente, está sometida a dicho régimen patrimonial. Esto se regula en el artículo 318 numeral 2 del Código. Conforme al artículo 319 dicha situación se hará efectiva para los cónyuges a partir de la fecha de la resolución que declara la ausencia y respecto a terceros desde la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

Así mismo, en caso que haya existido una unión de hecho entre varón y mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio generándose una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, de conformidad con el artículo 326 del Código, si un miembro de la pareja es declarado ausente, dicha declaración determinará el fin de la unión de hecho, con la consecuente liquidación patrimonial (BECERRA).

Cabe mencionar también, el caso en que el declarado ausente es copropietario y los demás copartícipes interpongan acción de partición, convencional, sobre los bienes comunes. En este caso la partición se someterá a aprobación judicial, conforme lo establece el artículo 987 del Código.

Por su parte, los representantes del declarado ausente requerirán aprobación judicial para transigir o celebrar contrato de mutuo, conforme a lo establecido en los artículos 1307 y 1651, respectivamente.

## 2. Consecuencias extrapatrimoniales de la declaración de ausencia

La principal consecuencia extra patrimonial viene a ser, obviamente, el propio estado de ausencia de la persona. En este sentido, el Código omite la problemática relativa a la obligación que tendrían los parientes, ya sean herederos forzosos o no, y/o del curador interino, de ser el caso, para proceder a la búsqueda del declarado ausente, tal y como establece el Código Civil español (ESPINOZA ESPINOZA).

Por otro lado, si el declarado ausente tuviese hijos, la patria potestad respecto a éstos queda en suspenso conforme al artículo 466 numeral 2. Es importante indicar que si los dos padres fuesen declarados ausentes será necesario constituir la correspondiente tutela (CABANELLAS).

Gabe aclarar que la declaración de ausencia no rompe el vínculo matrimonial. Así, en caso que el cónyuge del declarado ausente se casara nuevamente, el nuevo matrimonio sería nulo según lo establece el artículo 274 numeral 3 del Código, sin embargo, según el propio artículo solo podría ser impugnado mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiese procedido de buena fe (ES

PINOZA ESPINOZA, BECERRA). Queda claro que si el declarado ausente regresa

POdrá solicitar que se declare la nulidad.

El Código faculta a los ascendientes' del declarado ausente para iniciar la acción de separación de cuerpos o de divorcio, según el caso, cuando su cónyuge haya

incurrido en causal específica contemplada en el artículo 333. Así lo establece en el artículo 334.

O~ras consecuencias extrapatrimoniales son las contempladas en la sección de Consejo de Familia en lo relativo a su conformación, tal y como lo establece el artículo 637, o en lo que respecta a la protección del declarado ausente, como lo indican los artículos 638, 653 Y 654.

Finalmente, cabe anotar, que si el declarado ausente tenía el cargo de albacea de alguna persona, conforme a las reglas del Libro de Sucesiones, su cargo termina con la declaración judicial mencionada, conforme a lo estipulado en el artículo 796 del Código.

### ~ DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 N2 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* N2 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

### JURISPRUDENCIA

*"No estaremos frente a una nulidad sustancial si es que en la declaración de ausencia se ordenara dar la posesión temporal de los bienes del ausente a solo uno de los que serían sus herederos forzosos, si es que los demás han consentido dicha situación"*

*(Exp. Ni! 471-98, Resolución del 15/05198, Sala Civil Corporativa Subespecializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Lima)*

## **POSESIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE POR UN TERCERO**

*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.*

*El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente.*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C.*                   *arts. 50, 55, 896*  
*C.P.C.*               *arto 791*

### *Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

#### **1. Requisito para otorgar la posesión temporal de los bienes del ausente**

El Código establece que como requisito previo para el otorgamiento de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos eventualmente, es necesario efectuar el correspondiente inventario valorizado de bienes. La razón resulta bastante clara: se busca evitar cualquier tipo de confusión entre el patrimonio del declarado ausente y el que corresponde a los poseedores temporales del mismo. Entendemos que el inventario correspondiente se deberá llevar a cabo conforme al artículo 791 del Código Procesal Civil.

#### **2. Derechos y obligaciones del poseedor de los bienes del declarado ausente**

Este artículo hace referencia a los derechos y obligaciones del poseedor temporal de los bienes del ausente indicando que éste tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión.

Tal y como lo establece el artículo 896 la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. En este sentido, la posesión temporal que se otorga a los herederos forzosos los faculta a usar el o los bienes dados en posesión, esto es utilizarlos para el fin económico social para el cual fueron creados.

Por otro lado, el poseedor temporal también puede disfrutar del bien o los bienes otorgados, esto es, hacer suyos los frutos, ya sean naturales, industriales, o civiles del bien. Sin embargo, cabe anotar que esta facultad no es irrestricta. Según el artículo

bajo análisis, el poseedor goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del declarado ausente. Con esta medida se busca restituir los frutos al declarado ausente, en caso retorne, como una medida de respaldo patrimonial.

Respecto a lo anterior, hay que tener en cuenta que la reserva de parte de los frutos dependerá de la cuota de libre disposición que corresponda. Así, si el declarado ausente tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, la porción de los frutos a reservar será de un tercio de éstos, ya que la cuota de libre disposición es de un tercio de los bienes de acuerdo con el artículo 725 del Código. En el caso que el declarado ausente cuente solo con padres o demás ascendientes se reservará la mitad de los frutos, de conformidad con el artículo 726.

Es claro que, en el caso en que el declarado ausente no cuente con los parientes referidos en los artículos 725 y 726, esto es, no cuente con herederos forzosos según el artículo 724, no se otorgará la posesión temporal de los bienes del declarado ausente conforme al artículo 50, por lo que no será aplicable el presente artículo.

Por su parte, en caso efectúe mejoras a los bienes otorgados en posesión, y regrese el declarado ausente, el poseedor tendrá derecho a que se le restituya el valor actual de las mejoras necesarias y útiles pudiendo retirar las de recreo, conforme al artículo 917 del Código, teniendo el derecho de retención hasta el reintegro, de acuerdo al artículo 918.

Así mismo, el poseedor tiene expedito el uso de las acciones posesorias e interdictos con la finalidad de proteger su posesión. Puede también repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, si fuese desposeído. Estos mecanismos de defensa posesoria están contemplados en los artículos 920 y 921 del Código.

Por su parte, la principal obligación del poseedor consiste en custodiar el o los bienes mientras dure su posesión, debiendo restituirlos al propietario cuando éste reaparezca y se reconozca su presencia. Además, deberá reservar y custodiar, como hemos mencionado, una parte equivalente a la cuota de libre disposición del declarado ausente.

Así mismo, el poseedor temporal está obligado a utilizar el bien de acuerdo a la finalidad establecida económico-socialmente, no debiendo efectuar modificaciones sustanciales del bien o de su uso. Está obligado, así mismo, a efectuar las reparaciones ordinarias de los bienes y a pagar los tributos, rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes. Todo lo anterior resulta de la aplicación analógica de los artículos correspondientes de la sección de usufructo del Código.

Respecto a la obligación de prestar garantía similar a la establecida en el artículo 1007, consideramos que esto podrá efectuarse cuando el juez considere que puede peligrar el derecho del propietario.

**DOCTRINA**

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años* después. en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DíEl-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcel?na, 1983; ESPINOIA ESPINOIA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNANDEI SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

**■ ■ JURISPRUDENCIA**

*"Al no acompañar la solicitante de su solicitud de administración judicial de los bienes de su cónyuge ausente prueba alguna que acredite que se ha cumplido con la formación del inventario valorizado respectivo de tales bienes, el mismo que constituye un requisito para poder acceder a la antes referida posesión temporal, deberá declararse improcedente la referida solicitud"*

(*Exp. ~ 732-98, Resolución del 9/07/98, Sala Civil Corporativa Subespecializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Lima*)

## LIMITACIÓN A LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE

*Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al artículo 56.*

### CONCORDANCIAS:

C.C.  
C.P.C.

arto 56  
arto 791

### Comentario

*Javier Pazos Hayashida*

#### 1. Re~la: prohibición para la enajenación y ~ravamen de los bienes

Tal y como hemos visto la declaración judicial de ausencia trae consigo que se otorgue la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos. Sin embargo, hay una prohibición legal para enajenar o gravar bienes. Esto resulta claro en cuanto al no ser propietario de los bienes no podría hacer efectiva una enajenación o un gravamen.

Lo anterior es distinto a considerar que no se pueda celebrar un contrato sobre dichos bienes ya que, en nuestro sistema jurídico, cabe la posibilidad de celebrar contratos sobre bienes ajenos y establecer garantías sobre los mismos, por lo que el poseedor no propietario podría efectuar dichos actos. Sin embargo, en el plano obligacional, no sería posible en cumplimiento de la prestación a su cargo.

Por otro lado, a los poseedores temporales no les está prohibido celebrar contratos no traslativos de dominio o que no impliquen un gravamen como por ejemplo un arrendamiento. Incluso podrán celebrar un contrato de mutuo aplicando, *a 'artíari*, el artículo 1651 del Código.

#### 2. Excepción: autorización judicial en casos de necesidad o utilidad

La regla anterior tiene una excepción en el mismo artículo, ya que los poseedores temporales, según se indica, podrán enajenar o gravar los bienes en cuestión en casos de necesidad o utilidad con sujeción a lo establecido en el artículo 56. Así, al encontramos en alguna de estas circunstancias será necesario que los poseedores temporales de los bienes del declarado ausente soliciten autorización judicial para enajenar o gravar el bien o bienes que poseen, debiendo probar la necesidad o utilidad.

dad del caso. \La acción corresponderá al poseedor o poseedores del bien o bienes particulares que se pretenda enajenar o gravar.

Cabe anotar que no se puede interpretar la remisión al artículo 56 entendiendo que solo el administrador judicial puede solicitar autorización para enajenar o gravar los bienes del declarado ausente, ya que no en todos los casos se designará éste. La designación de administrador judicial es facultativa y obligar a los poseedores a nombrar uno para que en caso de necesidad o utilidad éste pueda solicitar autorización para efectuar dichos actos, sería un absurdo.

La facultad excepcional de enajenar o gravar los bienes otorgados en posesión se entiende en cuanto durante el período de desaparición de la persona pudiesen generarse circunstancias que hagan necesaria una disposición patrimonial con el fin de evitar perjuicios al desaparecido o, inclusive, a los mismos poseedores temporales. También podría darse el caso que la disposición patrimonial otorgue beneficios manifiestos obteniéndose una utilidad para el declarado ausente.

Cabe hacer mención a lo estipulado en el artículo 1307, norma que facultaría, *a fortiori*, a los poseedores temporales para transigir, con aprobación del juez, respecto de los bienes del declarado ausente. En este caso, debemos indicar que la transacción es posible, siempre que no se refiera a enajenación o gravamen de los bienes materia de la misma. En estos últimos casos el juez tendrá que dar una autorización expresa para que la transacción verse sobre enajenación o gravamen de los bienes en cuestión, previa acreditación del caso de necesidad o utilidad.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y 'fluerte presunta, 3'años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DIEZ-PICAZO y GULLON. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Dilia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA

*La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente.*

### CONCORDANCIAS:

C.C.                   arts. 49,2036 num. 2  
C.P.C.                arto 793  
Ley 26497             arto 44/it. e)

*Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

Como hemos mencionado anteriormente, para la configuración del hecho jurídico de la desaparición, requerido para que pueda solicitarse la ausencia, no es necesario indagar si existe representante o mandatario con facultades suficientes. Esta situación será relevante solo en cuanto se quiera nombrar curador interino de bienes conforme al artículo 47 del Código.

Una vez declarada judicialmente la ausencia de la persona, como hemos indicado, la posesión de sus bienes se transfiere a sus herederos forzosos, situación que conlleva la administración de los mismos. En este sentido, resultaría absolutamente innecesaria la presencia de representantes o mandatarios que realicen actos relacionados con los bienes del declarado ausente. Se entiende, entonces, la razón de la inscripción de la declaración en el registro de mandatos y poderes con la finalidad de cancelar las correspondientes inscripciones.

Hay que tener en consideración que en realidad la extinción de los mandatos y poderes se realiza con la resolución que declara la ausencia, sin embargo se hace efectiva a partir del momento en que el mandatario o representante toma conocimiento de dicha situación. Esto se hará, por defecto, a partir de la inscripción en el correspondiente registro al cancelarse, con ese acto, los poderes o mandatos que obren ahí. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el apoderado o el mandatario podría tomar conocimiento de la resolución por otro medio haciéndose efectiva la extinción desde ese momento.

El presente artículo, ciertamente, no se refiere a la extinción de acto sino a la cancelación del registro del mandato o poder que determinará, en algunos casos, la extinción efectiva del mismo. Suponer lo contrario dejaría de lado todos los actos no inscritos ya que el supuesto de la norma no los contempla.

Debemos tener en consideración, además, que hay un lapso entre el momento en

que se expide la resolución que declara la ausencia y la fecha en que efectivamente el mandatario o representante toma conocimiento de la extinción del mandato o poder, por lo que podrían seguir efectuándose diversos actos jurídicos.

Por otro lado, queda una duda respecto a la extinción de aquellos poderes otorgados para efectuar actos no patrimoniales como, la defensa en un proceso judicial relativo a la esfera extrapatrimonial del declarado ausente. Consideramos que este tipo de poderes debería mantener su vigencia.

Finalmente, debemos considerar que este artículo de ninguna manera excluye la obligación de inscribir la declaración judicial de ausencia en el Registro de Estado Civil conforme a lo establecido en el artículo 44 literal e) de la Ley NQ 26497.

### ~ DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

### JURISPRUDENCIA

*"La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el Registro de Mandatos y Poderes para extinguir los otorgados por el ausente, desprendiéndose de ello que la inscripción de la respectiva declaración en el Registro de la Propiedad Inmueble no es obligatoria"*

(R. N!! 186-97-ORLCITR, Jurisprudencia Registral Vol. ,V, Año 1/, p. 157)

## **DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR JUDICIAL**

*A solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administrador judicial.*

**CONCORDANCIAS:** C.C.  
C.P.C. D.5.015-

arts. 55, 57  
arto 749 (inc. 2), 751, 763, 769, 771, 772  
arto 3 lit. f)

### **Comentario**

*Javier Pazos Hayashida*

El administrador judicial viene a ser la persona designada por un tribunal o un juez competente para administrar un bien particular o un patrimonio (CABANELLAS). La razón para solicitar su nombramiento radica en la búsqueda de la eficiencia en la administración de un patrimonio. Así, en el caso de la declaración de ausencia, puede que nos encontremos ante varias personas que hayan obtenido la posesión temporal de los bienes de ausente, por lo que la administración de los mismos se hará más difícil, siendo menores las probabilidades de llegar a un acuerdo (RUBIO).

#### **1. Leéitimados para solicitar el nombramiento de administrador judicial**

La solicitud para el nombramiento de administrador judicial la puede hacer cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente. Estamos hablando, entonces, de que puede haber una solicitud individual: uno de los poseedores temporales podría solicitar el nombramiento de administrador judicial. Por supuesto, podría también presentarse una solicitud basada en un acuerdo de un grupo o la totalidad de poseedores temporales.

El artículo 771 del Código Procesal Civil indica que pueden solicitar el nombramiento de administrador judicial de bienes, además del caso establecido en el Código Civil, aquellas personas que, a criterio del juez, tengan un interés sustancial para pedir el nombramiento. Consideramos que no solo los herederos forzosos que han tomado posesión de los bienes del declarado ausente pueden solicitar el nombramiento de un administrador judicial, más aún, cuando puede que éstos no existan. También pueden solicitarlo, por ejemplo, los acreedores del declarado ausente cuando su crédito se vea perjudicado por los actos que los poseedores temporales efectúan.

La redacción del artículo 772 del Código Procesal Civil plantea un problema, ya que dicha norma parecería indicar que es necesaria la concurrencia de quienes representan más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes del declarado ausente para solicitar el nombramiento de administrador judicial. La norma, en principio, debería referirse al caso exclusivo de la copropiedad. Sin embargo, por sistemática, el sub capítulo de administración judicial de bienes del Código Procesal Civil se refiere tanto al caso de ausencia como al de copropiedad, por lo que todas las normas de dicha sección se aplicarían a ambos casos, salvo indicación en contrario.

No concordamos con la interpretación anterior. En primer lugar, consideramos que el legislador ha errado la redacción del artículo 772 del Código Procesal Civil. Debe quedar claro que dicho Código no está restringiendo las posibilidades de nombrar un administrador judicial, ya que no indica que solo se podrá solicitar el nombramiento de administrador cuando concurren los poseedores temporales que cuenten con más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes del declarado ausente, sino que simplemente se pone en el caso particular de dicha concurrencia para asignar efectos jurídicos particulares. Afirmar lo contrario, incluso, sería contradictorio con lo contemplado en el artículo 771 del mismo cuerpo de leyes que, precisamente, hace referencia a la legitimidad activa para iniciar el proceso y en el que no se indica que sea necesaria una pluralidad para iniciar la acción. Por su parte, este último artículo incluye también la posibilidad, como hemos visto, que sea un tercero, no poseedor de los bienes del declarado ausente, el que solicite el nombramiento de un administrador judicial situación en la que, incluso contra la voluntad de los poseedores o sin su concurrencia, se tendría que nombrar un administrador judicial.

Intentando salvar la actual redacción podríamos interpretar que el Código Procesal Civil se pone solo en el caso de que los solicitantes del nombramiento de un administrador judicial son los que poseen más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes del declarado ausente. Si nos encontramos ante este caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 772. Así, se estará al acuerdo unánime en la designación del administrador y, si no hay acuerdo unánime se nombrará al cónyuge presente o al eventual heredero, prefiriéndose desde el más próximo al más remoto y, en igualdad de grado, al de mayor edad. En su defecto, decidirá el juez.

En los casos no contemplados en el artículo 772 del Código Procesal Civil se nombrará el administrador aplicando por analogía, ciertamente, las reglas contempladas en dicho artículo.

## 2. Trámite de la solicitud

La solicitud para el nombramiento de administrador judicial de bienes se efectúa de acuerdo a las normas del proceso no contencioso, conforme al artículo 749 numeral 2 del Código Procesal Civil. La designación del administrador judicial se inscribe en el Registro de Estado Civil conforme a lo estipulado en el artículo 3 literal f) del Decreto Supremo NQ 015-98-PCM.

Puede que debido a la cantidad de bienes dejados por el declarado ausente, o por la complejidad de los asuntos del mismo, sea necesario el nombramiento de dos

más administradores. Dicha situación se efectuará al amparo del artículo 772 del Código Procesal Civil.

La retribución que corresponde al administrador judicial de los bienes del ausente será determinada por el juez, conforme lo establece el artículo 778 del Código Procesal.

### **3. Fin de la función del administrador judicial**

El fin de la función del administrador judicial se dará con su renuncia, o porque es removido del cargo conforme lo establece el artículo 777 del Código Procesal. En estos últimos casos la remoción puede deberse a voluntad de los poseedores temporales de los bienes del ausente, o aquellos que solicitaron su nombramiento. La remoción también puede deberse al término de la ausencia ya sea por regreso del declarado ausente, su muerte o su declaración de muerte presunta. En este último caso, también será necesaria resolución judicial.

## **~ DOCTRINA**

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## **DERECHOS y OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL**

*Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:*

- 1.- *Percibir los frutos.*
- 2.- *Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.*
- 3.- *Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51.*
- 4.- *Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.*
- 5.- *Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que imparten actos de disposición.*
- 6.- *Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.*
- 7.- *Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley.*

### **CONCORDANCIAS:**

|               |                                   |
|---------------|-----------------------------------|
| <i>C.C.</i>   | <i>arts. 50, 51, 57, 145, 890</i> |
| <i>C.P.C.</i> | <i>arts. 74, 75, 773, 774</i>     |

### *Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

Lo primero que se puede apreciar de este artículo es que no nos encontramos propiamente entre derechos y obligaciones, sino ante las funciones del administrador Judicial de bienes del ausente (RUBIO).

Las funciones del administrador de bienes se desprenden de la propia naturaleza de la institución. Ellos están encargados de custodiar los bienes que temporalmente han sido otorgados en posesión a los que serían herederos forzosos del ausente. Esta situación no determina necesariamente quitar la posesión a estos últimos ya que la administración se puede realizar independientemente de ésta. Por su parte, en la hipótesis contraria, los futuros herederos forzosos mantendrían la posesión media ta de los bienes.

Las funciones del administrador judicial son las siguientes:

### **1. Percibir los frutos**

Una función que se desprende de los actos de administración es la de percibir los frutos de los bienes sujetos a administración. Conforme a esto, el administrador judicial será el encargado de velar por el acopio de los frutos ya sean naturales, industriales o civiles.

Es claro que el administrador no percibe los frutos para sí, sino que los obtiene para custodiarlos hasta el momento en que se efectúe la distribución de los mismos a los herederos forzosos, salvo la parte igual a la cuota de libre disposición del declarado ausente.

Como administrador, se entiende que deberá efectuar todos los actos conducentes a la obtención de los frutos. Así, tomará las medidas encaminadas a recoger los frutos naturales como, por ejemplo, supervisar la cosecha de una plantación. En caso sean frutos industriales deberá coordinar las actividades industriales encaminadas a la obtención de los mismos. Finalmente, si se trata de frutos civiles será responsable de las medidas conducentes a su recaudación como, por ejemplo, efectuar la cobranza.

### **2. Palear las deudas del ausente y atender los éastos correspondientes al patrimonio que administra**

El administrador judicial tiene la obligación de efectuar el pago de las deudas del ausente. Ciertamente, realizará los pagos con el patrimonio de éste, afectándolo según sea necesario.

Como consecuencia de lo anterior, estará obligado a hacer seguimiento de las diversas obligaciones pendientes y de los cronogramas de pago correspondientes.

Por su parte, es necesario que atienda los gastos correspondientes al patrimonio que administra. Así, deberá efectuar el pago de impuestos y de servicios en general que conlleven al mantenimiento de los bienes en cuestión.

### **3. Reservar en cuenta bancaria, o con las seéuridades que señale el juez, la cuota a la que se refiere el artículo 51**

Conforme se indica en el artículo 51, si bien los poseedores temporales gozan de los frutos provenientes de los bienes del declarado ausente, esta situación no es absoluta ya que es necesario, tal como hemos visto, que se reserve una parte equivalente a lo que vendría a ser la cuota de libre disposición del ausente.

El administrador judicial de bienes, de acuerdo a esta norma, estará obligado a realizar los actos encaminados a resguardar la porción de los frutos reservada para el declarado ausente, en caso retorno.

Los mecanismos de reserva de los frutos serán distintos dependiendo de la naturaleza de los mismos. Esta es la razón que justifica las diversas posibilidades que plantea el legislador para este acto (*cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO*).

De acuerdo a lo anterior, si los frutos son civiles y tienen una naturaleza dineraria deberán ser depositados en una cuenta bancaria, salvo que esto sea imposible debido a las circunstancias, como la inexistencia de una agencia bancaria en la localidad, o porque puede ser conveniente rea}izar otro tipo de acto, según señale el juez de acuerdo a las circunstancias (FERNANDEZ SESSAREGO).

En caso de tratarse de frutos civiles que no tengan una naturaleza dineraria será necesario que se realice su depósito en un almacén u otro lugar conforme lo establezca el juez. Lo mismo se aplicará para el caso en que los frutos sean naturales o industriales.

**4. Distribuir reéularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios**

Este numeral se refiere a la distribución de los frutos conforme a la regla establecida en el artículo 51 del Código. La redacción es ambigua porque debió referirse a los frutos y su distribución y no hablar de saldos disponibles sin indicar a qué se está refiriendo.

Lo que ocurre es que el administrador judicial de los bienes del ausente, está obligado a pagar, conforme lo hemos visto en el numeral 2 de este artículo, las deudas del ausente y atender a los gastos correspondientes al patrimonio que administra. Estos pagos los efectuará con los activos con que cuenta. En principio, pagarásus deudas con el activo dinerario que tuviese, incluyendo los frutos civiles de naturaleza dineraria. Eventualmente podrá cumplir las obligaciones del ausente con activo no dinerario dependiendo de cada acuerdo. Entonces, de esta operación puede quedar un saldo o no de los frutos. Este saldo es el que se distribuye conforme a las reglas del artículo 51.

El Código debió referirse a la distribución de los frutos en caso quedase un saldo de éstos luego de pagar las obligaciones con que está afectado el patrimonio del declarado ausente.

La distribución se efectúa, a las personas signadas en el artículo 50 del Código, esto es, a los poseedores temporales de los bienes del ausente. Obviamente, no se incluye en la remisión que hace el numeral bajo comentario al curador de bienes incluido en el artículo 50.

El saldo restante de los frutos es distribuido entre los poseedores temporales de los bienes del ausente en proporción a sus eventuales derechos sucesorios. Esta distribución puede ser de dos formas:

- a) Correspondrá exactamente el mismo porcentaje de los frutos a los poseedores temporales, si los mismos tienen el mismo orden y no hay representación sucesoria.
- b) Si hay algún caso de representación sucesoria, la distribución se efectuará por partes iguales, en principio, recibiendo quienes concurren por representación lo que habría correspondido a quienes representan, lo que se distribuye entre éstos en partes iguales.

s. Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición

Las labores otorgadas al administrador de bienes también incluyen la salvaguarda de los bienes del declarado ausente. Con el fin de proteger los intereses de este último, el legislador ha entendido que el administrador judicial ejerce la representación judicial del ausente.

Tal y como establece el artículo 74 del Código Procesal Civil, la representación judicial confiere al administrador judicial de los bienes del ausente las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. Esta representación se entiende otorgada para todo el proceso.

El administrador judicial de bienes del ausente goza también de facultades especiales, sin embargo esto se manifiesta de manera restringida. El administrador judicial no podrá efectuar actos de disposición o gravamen, tal como lo indica el numeral en comentario.

A lo anterior hay que agregar que el artículo 75 del Código Procesal Civil indica que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad, no presumiéndose la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente. De acuerdo a esto, será necesaria la autorización judicial para realizar todos los actos de disposición de derechos y demás actos contemplados en el artículo mencionado (FERNÁNOEZ SESSAREGO).

Cabe acotar que el administrador judicial ejerce la representación solo en aquellos procesos relacionados con los bienes del ausente. No representará al declarado ausente en salvaguarda de sus derechos extra patrimoniales. En estos casos la representación recaerá en las personas que la ley designe para cada supuesto. Así, por ejemplo, la acción de separación de cuerpos o de divorcio corresponde a cualquiera de los ascendientes del desaparecido conforme al artículo 334. La representación, en otros casos, como los contemplados en los artículos 14 y 15 del Código, se vislumbra a partir de la interpretación teleológica de dichas normas.

## 6. Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial

Este numeral deja abierta la posibilidad de que el administrador judicial de bienes ejerza atribuciones no previstas en el listado del presente artículo. Para esto, será necesaria la aprobación judicial previa verificación de que la facultad en cuestión es conveniente a los intereses patrimoniales del declarado ausente.

De la redacción de este artículo puede deducirse que para que el administrador judicial ejerza una atribución no prevista en la ley, es necesaria la previa autorización judicial. 1;

. El conjunto de facultades adicionales es planteado por los interesados en la administración de los bienes del ausente que tengan capacidad de ejercicio mediante acuerdo que necesariamente será aprobado por el juez. En caso de desacuerdo el administrador judicial tendrá las facultades que señale el juez tomando en cuenta la propuesta de los interesados o su decisión en desacuerdo, de conformidad con el artículo 773 del Código Procesal Civil.

## **7. Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley**

Este numeral establece la obligación del administrador judicial de bienes de rendir cuentas de su administración en los casos señalados por la ley. Esta obligación es inherente, como regla general, al cargo de todo administrador.

El administrador judicial de bienes está obligado a rendir cuenta e informar de su gestión en los plazos que hayan acordado quienes solicitaron su nombramiento. Conforme al artículo 774 del Código Procesal Civil estará obligado a rendir cuentas en estos casos o, en su defecto, en los establecidos en el Código Civil y, en todo caso, al cesar el cargo.

Conforme a lo anterior el legislador deja a criterio de los poseedores temporales de los bienes del ausente establecer los plazos y el contenido de la rendición de cuentas. Dicho acto será efectuado cuantas veces se establezca de común acuerdo o por mayoría de los legitimados, efectuándose, por defecto, por lo menos una vez al finalizar el cargo.

## **DOCTRINA**

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## **DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE POR NECESIDAD O UTILIDAD**

*En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable.*

CONCORDANCIAS:

C.C.               arts. 52, 57  
C.P.C.             arto 776

*Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

Este artículo otorga al administrador judicial de bienes del ausente una facultad especial adicional que es la de enajenar o gravar los bienes del declarado ausente en los casos indicados.

Tal y como vimos, a propósito del artículo 52, la regla general en caso que se declare la ausencia de una persona es que no se pueden enajenar o gravar sus bienes. La excepción a dicha regla, en general son los casos de necesidad o utilidad, dentro de lo que establece el Código Civil. En el artículo 56 nos encontramos ante un supuesto particular de excepción a lo ya establecido en el artículo 52 del Código.

Consideramos que la sistemática de la sección dedicada al ausente del Código Civil es poco feliz, ya que, si la regla que prohíbe la enajenación o el gravamen de los bienes está en el artículo 52, tanto la excepción como las condiciones de la misma deberían estar ahí también y no hacer una remisión al artículo 56, donde se encuentra un supuesto de excepción, mucho más limitado que el de la regla. En todo caso, a pesar de esta situación, lo que busca el legislador parece claro.

Se entiende que el administrador judicial de los bienes del ausente tiene, como regla, prohibida la enajenación o el gravamen de los bienes que administra. Sin embargo, pueden darse situaciones en las que se hagan necesarias dichas circunstancias para salvaguardar los intereses del declarado ausente, o de los poseedores temporales de sus bienes, o de otros legitimados, como los acreedores de la persona ausente.

De acuerdo a lo anterior el declarado ausente podrá efectuar la enajenación o el gravamen solo en dos casos: necesidad o utilidad. (

La necesidad viene a ser lo que no puede ser de otra manera (RUBIO). Puede entenderse también como pobreza, penuria, miseria, falta de algo en la medida de lo suficiente, o grave riesgo que requiere pronto y eficaz auxilio (CABANELLAS).

Esta

necesidad puede, entonces, estar referida a cualquier circunstancia que determine un perjuicio en la esfera jurídica del ausente y de su familia.

La utilidad está referida a cualquier provecho material o beneficio de cualquier índole, o que otorgue una ventaja o un beneficio (CABANELAS). Desde esta perspectiva el supuesto se referirá a cualquier circunstancia que pueda generar beneficios para el declarado ausente o para su familia.

Cabe precisar que este supuesto de excepción para su configuración no solo requiere que estemos ante un caso de necesidad o utilidad que justifique la enajenación o gravamen de los bienes del ausente. Además es necesario que dichos actos sean realizados solo en la medida de lo indispensable (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Esto se entiende debido a que, al ser una medida de excepción, lo que se busca es afectar de la menor manera posible el patrimonio del declarado ausente.

Finalmente, conforme al artículo 776 del Código Procesal Civil, el juez antes de autorizar las facultades especiales oirá al Consejo de Familia correspondiente.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

*"En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador designado por quienes hubieran ostentado la posesión temporal de los bienes del ausente, puede enajenar y gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable".*

## JURISPRUDENCIA

(R. N° 186-97-ORLCITR, Jurisprudencia Registral Vol. IV; Año 11, p. 157)

## APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

*En lo no previsto por los artículos 55 y 56 se aplican las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles sobre administración judicial de bienes comunes. (\*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 55, 56  
C.P.C. arto 769 y  
ss.

*Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

El presente artículo nos indica que en aquello que no haya sido previsto en los artículos 55 y 56, esto es, respecto a las funciones y facultades del administrador judicial de los bienes del declarado ausente, se aplicarán, por supletoriedad, normas procesales.

En primer lugar, cabe anotar que la remisión de este artículo no es a todas las normas procesales, ni siquiera a todas aquellas referidas a la administración judicial. Solo se remite a las normas procesales que hagan referencia a las funciones y obligaciones del administrador. Es claro que la remisión es al vigente Código Procesal Civil quedando, lamentablemente, un residuo terminológico de nuestras anteriores normas procesales.

Las normas a las que se remite son aquellas que contemplan las atribuciones, obligaciones y prohibiciones que recaen sobre el ausente. Nos referimos a los artículos 773 al 776 del Código Procesal. Incluyen la obligación de rendir cuentas, la referencia a las prohibiciones establecidas en el Código Civil y a las que especialmente puede imponer el juez.

Una norma curiosa, es el artículo 776 que indica que el administrador judicial de bienes requiere autorización del Juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil. Si entendemos literalmente esta norma parecería que el administrador judicial requiere autorización para todo ya que, por principio, la institución de administrador de bienes del ausente está contemplada ahí. Incluso tendría que pedir autorización para cuestiones de mera administración que no impliquen autorización judicial. Nada

(\*) Véanse los arts. 769 y ss. del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (D.Leg. 768), autorizado por R.M. N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

más absurdo. Aun más, parecería indicar que se requiere escuchar al Consejo de Familia en todos estos casos. Lo anterior iría contra el fin de establecer un administrador judicial de bienes del ausente, que es hacer más eficiente la administración de los mismos.

Entendemos que este artículo se refiere solo a los casos que estén contemplados en el Código Civil en que el administrador requiera autorización judicial, tal como el establecido en el artículo 56 del Código.

## e5 DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DIEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## **ALIMENTOS DE HEREDEROS FORZOSOS**

*El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieran rentas suficientes para atender sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado.*

*Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable. (\*)*

### **CONCORDANCIAS:**

|               |                              |
|---------------|------------------------------|
| <i>C.C.</i>   | <i>arts. 472, 481, 724</i>   |
| <i>C.P.C.</i> | <i>arto 560 y ss.</i>        |
| <i>C.N.A.</i> | <i>arts. 92-103, 160-182</i> |

### **JJJJ Comentario**

*Javier Pazos Hayashida*

La norma bajo análisis contempla la facultad de solicitar judicialmente la asignación de una pensión alimenticia con cargo al patrimonio del declarado ausente. El legislador mediante esta norma busca proteger a aquellas personas, del entorno familiar del ausente, que se encuentren en estado de necesidad.

#### **1. Legitimados para solicitar la pensión alimenticia**

Según el artículo bajo análisis los legitimados para solicitar una pensión alimenticia son los herederos forzosos del declarado ausente económicamente dependientes de él que no recibieran rentas suficientes para atender sus necesidades. De lo anterior se desprende que el solicitante de la pensión alimenticia debe cumplir con tres requisitos:

- a) Debe ser heredero forzoso del declarado ausente.
- b) Debe ser económicamente dependiente del declarado ausente.
- c) No debe recibir rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias.

(\*) Párrafo adicionado por el Código Procesal Civil (D.Leg. NQ 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M.  
Nº 01 0-93-JUS de 23-04-93.

El Código establece que puede solicitar la pensión alimenticia el cónyuge o los herederos forzosos. Queda claro que la redacción en mención es ociosa, ya que el cónyuge es uno de los herederos forzosos conforme lo establece el artículo 724 del mismo. Esta última norma establece que son herederos forzosos los hijos y demás descendientes Y los padres y demás ascendientes.

Hay que aclarar que la norma se refiere a la condición de heredero forzoso de manera genérica, esto es, no interesa que el mismo esté en posesión temporal de los bienes del ausente.

Conforme a lo anterior, el heredero forzoso que ha sido desheredado o declarado indigno no entrará en posesión temporal de los bienes del ausente. Sin embargo, esto no elimina la posibilidad de exigir alimentos sino que solo los limita conforme al artículo 485 del Código (*cfr.* RUBIO).

Tampoco consideramos que deba excluirse del supuesto de este artículo a los herederos forzosos que serían excluidos de la posesión temporal de los bienes del ausente en razón de ser de menor orden, según lo contemplado en los artículos 816 y 817 del Código. Sin embargo, esta situación no les quita su calidad de herederos forzosos. Así mismo, no podríamos limitar su posibilidad de acción ante un estado de necesidad por el hecho de estar excluidos por ser de menor orden (*cfr.* RUBIO).

Es claro, el estado de heredero forzoso no depende de tener la posesión temporal de los bienes del ausente o no. Depende de la necesidad alimentaria de los legitimados por ley, en este caso, los herederos forzosos, en abstracto (*cfr.* RUBIO).

Para estar legitimado a solicitar alimentos el heredero forzoso debe ser dependiente económicamente del ausente. Esto significa que el heredero forzoso debe estar en situación de dependencia económica actual, ya sea que se haya generado con anterioridad a la declaración de ausencia o con posterioridad a ésta (RUBIO), teniendo en cuenta, para este último caso las reglas establecidas en los artículos 474 y 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes.

El ser económicamente dependiente presupone el que la persona no reciba, por cualquier otro medio, ingresos que le permitan atender a sus necesidades alimentarias. Es obvio que, si recibiese rentas suficientes no sería dependiente económicamente de nadie.

Consideramos que el legislador ha errado al utilizar el término renta, un rendimiento de capital, ya que podríamos estar ante cualquier otro caso en que el eventual heredero forzoso del ausente pueda obtener los medios suficientes para atender a su subsistencia como el trabajo propio, la manutención por parte de otro obligado a prestar alimentos, una renta vitalicia, etc. El Código debió referirse genéricamente a cualquier supuesto en que la persona pudiese atender a su subsistencia por otro medio.

## 2. Criterios para determinar el monto y contenido de la pensión

Los requerimientos del legitimado para exigir la pensión conforme a este artículo pueden ser de dos tipos:

a) Conforme a lo que establece el artículo 472 del Código Civil los alimentos incluirán aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de la persona, según la situación y posibilidades de la familia, cuando el acreedor alimentario sea mayor de edad.

b) Para el caso de los niños y adolescentes los alimentos son mucho más amplios. El artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes establece que se entiende por alimentos todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente.

En cualquier caso, para determinar el monto, es necesario evaluar la condición socioeconómica del solicitante, esto es, apreciar su real necesidad.

Por otro lado, será también necesario tener en consideración la cuantía del patrimonio afectado con la finalidad de establecer una pensión que cubra las necesidades del acreedor alimentario en base a la posibilidad real de afectarlo.

Lo anterior se desprende de la regla, establecida en el artículo 481 del Código, que indica que los alimentos se fijan en función a las necesidades del alimentista ya las posibilidades del obligado a prestar alimentos.

### 3. Vía procesal

El Código establece que la presente pretensión se tratará conforme a las reglas establecidas para el proceso sumarísimo regulado en el Código Procesal Civil, en lo que sea aplicable.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DIEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; La *Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## **CESE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA**

*Cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por:*

- 1.- Regreso del ausente.*
- 2.- Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración.*
- 3.- Comprobación de la muerte del ausente.*
- 4.- Declaración judicial de muerte presunta.*

### **CONCORDANCIAS:**

|                 |                                               |
|-----------------|-----------------------------------------------|
| <i>C.C.</i>     | <i>arts. 49, 53, 60, 61, 63-66, 145, 1806</i> |
| <i>C.P.C.</i>   | <i>arts. 790, 793, 794</i>                    |
| <i>LEY26497</i> | <i>arlo 44/its. e) y e)</i>                   |

### **Comentario**

*Javier Pazos Hayashida*

Tal y como hemos visto al comentar el artículo 49 del Código la declaración judicial de ausencia es un fenómeno jurídico diferente al de la desaparición que lo justifica.

El texto de esta norma indica que en ella se regulan los supuestos de cesación de vigencia de la declaración judicial de ausencia. Sin embargo, consideramos que se regulan en él supuestos de fin de la desaparición y de la propia declaración de ausencia de manera indistinta.

Hay que considerar que jurídicamente las cosas se deshacen del mismo modo que fueron creadas. Así, si se requiere una declaración judicial para configurar la ausencia, se requerirá una declaración judicial para establecer la presencia de la persona no bastando, entonces, el retorno de la misma o la confirmación de noticias sobre ella, incluyendo el nombramiento de representante o mandatario con facultades suficientes (*cfr. CABANELLAS*).

De acuerdo a lo anterior, no es válido afirmar que los efectos de la declaración de ausencia cesarán a partir de la constatación de meros hechos.

#### **1. Reconocimiento de presencia**

El artículo 794 del Código Procesal Civil contempla el reconocimiento de presencia y cesación de los efectos de la sentencia que hubiera declarado la ausencia de una persona, el mismo que se tramita conforme a las reglas del proceso no contencioso.'

Este reconocimiento de presencia se puede efectuar a partir de dos hechos jurídicos:

a) Regreso del ausente.

Confirmado el regreso de la persona el hecho jurídico de la desaparición se extingue. A partir de esto se hace necesario que la persona solicite judicialmente que, por haber regresado, cesen los efectos de la declaración judicial.

b) Nombramiento de apoderado o mandatario con facultades suficientes.

El hecho jurídico de la desaparición también cesa cuando se nombra apoderado o mandatario con facultades suficientes. En este sentido, hablamos de una declaración de voluntad de la persona declarada ausente efectuada con posterioridad a la fecha en que se declaró su desaparición.

Cabe anotar que, conforme al artículo 53 se inscribió en el Registro de Mandatos y Poderes la declaración judicial de ausencia, por lo que es necesario inscribir la resolución de reconocimiento de presencia en dicho registro antes de hacer efectiva la inscripción del poder o mandato.

## 2. Causal de cese directo de la declaración de ausencia

Este artículo contiene un caso de cese directo de la declaración de ausencia: c)

c) Comprobación de la muerte del declarado ausente.

Nos encontramos aquí ante un caso en que la declaración de ausencia deja de tener efectos inmediatamente de ocurrido el hecho, debido a que el sujeto de derechos sobre el cual recaía la resolución judicial en cuestión, deja de existir. Recorremos que la muerte pone fin a la persona.

## 3. Resolución judicial que determina el cese de los efectos de la ausencia

El artículo bajo comentario contempla un caso en que, mediante una resolución judicial, distinta a la de reconocimiento de existencia, cesan los efectos de la misma:

d) Declaración judicial de muerte presunta.

Esta declaración contemplada en los artículos 63 y siguientes del Código, genera los mismos efectos que la muerte de la persona. Queda claro que no se requiere una resolución que haga cesar los efectos de la declaración de ausencia. El cese opera de pleno derecho.

## 4. Supuesto de cese de la declaración de ausencia no contemplado en el Código

El Código no se pone en el supuesto en que el declarado ausente no regrese o nombre mandatarios. Tal es el caso en que se verifique la presencia de la persona en un lugar determinado mediante fotografías u otros medios. En este caso se podrá verificar su presencia y solicitar judicialmente el cese de los efectos de la declaración.

Cabe anotar que esta situación determinará, mientras en los hechos no regrese la persona, el nombramiento de un curador de sus bienes.

##### **5. Inscripción de las resoluciones o hechos que determinan el cese de la declaración de ausencia**

Conforme a lo establecido en el artículo 44 literales c) y e) de la Ley NQ 26497 las resoluciones que declaran el reconocimiento de presencia, la muerte o la declaración de muerte presunta se inscriben en el Registro del Estado Civil.

#### **DOCTRINA**

ALBALADEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Dott A. Giuffre. Milano, 1990; CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en: *Themis*. Año 1 NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; *La Desaparición en el Nuevo Código Civil de 1984*, en: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen 11. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985; RUBIO. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## **RESTITUCIÓN O SUCESIÓN DEL PATRIMONIO DEL AUSENTE**

*En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia.*

*En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59, se procede a la apertura de la sucesión. (\*)*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 51,52,55 num. 3; 56,59,660,756,902 num. 1;  
917,918  
C.P.C. arto 794*

### *Comentario*

*Javier Pazos Hayashida*

Este artículo contempla los efectos del cese de la declaración de ausencia, estando los mismos determinados por la causal ante la cual nos encontramos.

#### **1. Efectos del cese por resolución que declara la presencia**

La principal consecuencia jurídica es que los bienes que estaban en posesión temporal se restituyen a la persona cuya presencia ha sido reconocida, o se entregan a los representantes o mandatarios con facultades suficientes que éste hubiese designado (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Cabe precisar que la entrega de los bienes se efectuará en el estado en que éstos se encuentren. Sin embargo, entendemos que, si se han efectuado mejoras a los bienes otorgados en posesión, aquél que poseyó el bien hasta el regreso del propietario tendrá derecho a que se le restituya el valor actual de las mejoras necesarias y útiles, pudiendo retirar las de recreo, conforme al artículo 917 del Código, teniendo el derecho de retención hasta el reintegro, de acuerdo al artículo 918.

Por otro lado, la persona cuya presencia ha sido reconocida recobrará la diferencia del precio de aquellos bienes que han sido enajenados por los poseedores temporales o el administrador judicial en casos de necesidad o utilidad conforme a los

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

artículos 52 Y 516 del Código. Dicha diferencia resulta de restar al precio de venta del bien la parte que se utilizó para cubrir el caso de necesidad u obtener la utilidad. Tendrá derecho, también, a los bienes comprados con dicha diferencia (CABANELLAS).

La persona declarada presente tendrá derecho a la restitución de los frutos reservados conforme a lo estipulado en los artículos 51 y 55 numeral 3. Estos frutos se restituirán en el estado en que se encuentren.

Los efectos extrapatrimoniales también se harán efectivos. Así por ejemplo, si la persona tuviese hijos y hubiese sido suspendida en el ejercicio de la patria potestad, la volverá a ejercer al desaparecer el hecho que la generó.

## 2. Efectos del cese por muerte o declaración de muerte presunta

En estos casos, conforme al artículo 660 del Código, desde el momento de la muerte o mediando la resolución judicial de muerte presunta, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

La apertura de la sucesión determinará, en caso de existir un testamento, la asignación patrimonial de los bienes, a título de propietarios, a los herederos forzosos. Los poseedores temporales de los bienes estarán obligados, sin embargo, a entregar los bienes que hayan sido dispuestos por el causante a título de legados, conforme al artículo 756 del Código, a las personas designadas con este objeto. También estarán obligados a entregar los bienes que poseían aquellas personas que han sido desheredadas a partir de la apertura del testamento.

En caso de sucesión intestada la distribución se efectuará según las mismas reglas que determinaron la posesión temporal de los bienes del ausente, salvo que durante la vigencia de la declaración de ausencia se haya promovido un proceso de exclusión de la sucesión a uno de los poseedores temporales.

A partir de lo anterior, en los casos que corresponde, desde la apertura de la sucesión cambiaría el título de los poseedores temporales de los bienes, constituyéndose en propietarios. Se efectúa, así, una *traditio brevi manu* conforme a lo estipulado en el artículo 902 numeral 1 del Código.

Respecto a los frutos reservados conforme a los artículos 51 y 55 numeral 3 yabe mencionar que los mismos se distribuirán entre los herederos forzosos en el estado que se encuentren.

Finalmente, los efectos extrapatrimoniales, en los supuestos bajo análisis, son los que surgen a partir de las reglas establecidas para el fin de las personas.

## DOCTRINA

ALBALAOEJO. *Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1983; BECERRA. *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*, en: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991; BIANCA. *Diritto Civile*. Oott A. Giuffre. Milano, 1990;

CABANELLAS. *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*. Heliasta. Buenos Aires, 1989'. CARPIO. *Desaparición, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta*, en; *Themis*. Año 1. NQ 3. Lima, 1985; DE BELAUNDE. *Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después*, en: *Themis* NQ 10. Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Bos~h. Barcelona, 1983; ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Huallaga. Lima, 2001; FERNANDEZ SESSAREGO. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo compiladora. Lima, 1985; *Derecho de las Personas*. Grijley. Lima, 1996; RUBIO. *El ser humano 90mo persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

## CAPÍTULO PRIMERO

### MUERTE

#### FIN DE LA PERSONA

*La muerte pone fin a la persona.*

##### CONCORDANCIAS:

|                                        |                                                                                                                                                                                    |
|----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>C.C.</i>                            | <i>arts. 1,59 ine.3) y4),318 ine. 5, 319, 331, 461 ine. 1),486,498 ine. 1)<br/>Y 3), 549ine. 1), 550ine. 1),660 ysgs., 772ine. 1), 1021 ine.4),<br/>1705ine.5, 1927, 1937,2068</i> |
| <i>C.P.</i>                            | <i>arts. 78, 106</i>                                                                                                                                                               |
| <i>C.P.C</i>                           | <i>arto 790</i>                                                                                                                                                                    |
| <i>.</i>                               | <i>art.5</i>                                                                                                                                                                       |
| <i>LEY23415</i>                        | <i>arto 1</i>                                                                                                                                                                      |
| <i>LEY24703</i>                        | <i>arts. 7 ine. b),44 ine. e)</i>                                                                                                                                                  |
| <i>LEY26497</i>                        | <i>arts. 1,2,3</i>                                                                                                                                                                 |
| <i>LEY26715</i>                        | <i>arto 108</i>                                                                                                                                                                    |
| <i>LEY26842</i>                        | <i>arto 77 ine. a)</i>                                                                                                                                                             |
| <i>LEY27337</i>                        | <i>arts. 36, 41</i>                                                                                                                                                                |
| <i>D.L. 17505</i>                      | <i>art.21</i>                                                                                                                                                                      |
| <i>0.5. 14-88-5ADS.015-<br/>98-PCM</i> | <i>arts. 3 ine. e), 49</i>                                                                                                                                                         |

#### *Comentario*

*Ronald Cárdenas Krenz*

. La brevedad del artículo 61 y lo aparentemente obvio de su contenido hacen que, por lo general, pase desapercibida su importancia real y trascendencia.

Así como la persona humana es tal desde su nacimiento, ella se extingue con la muerte. Más que ante una prescripción, en este caso parecería que estuvieramos ante la descripción de un hecho natural. En este sentido, el Código Civil de 1984, que brinda un tratamiento más específico a la materia, mejora el texto de su antecesor que decía (artículo 6) que "La muerte pone fin a la personalidad", con una afirmación que tiene diversos referentes similares en el Derecho comparado.

Así, por ejemplo, el artículo 1 O del Código Civil brasileño dispone que "La existencia de la persona natural termina con la muerte". A su vez, el artículo 1 03 del Código Civil argentino establece en su artículo 1 03 que "termina la existencia de las personas por muerte natural de ellas".

La muerte, como el nacimiento, constituyen hechos jurídicos o *jurígenos*, y tal es el tratamiento que le da al tema el artículo bajo comentario. Ello es importante porque el Código Civil, con bastante prudencia, si bien trata sobre el derecho a nacer, no se ha referido al tema del "derecho a morir", cuestión tan o más delicada que queda para el estudio de la doctrina y la orientación de la jurisprudencia. Menos discutible en cambio, pareciera conveniente incorporar en nuestra legislación la figura del "testamento vital".

Sobre la cuestión del "derecho a morir", véase Frosini (1997: 147 y ss.). Para un acucioso análisis desde una perspectiva católica v. Roger Rodríguez Iturri (1997). También desde una interesante óptica religiosa, aunque más bien favorable a la eutanasia, v. Kung y Jens (1997).

Asimismo, debe reconocerse el cuidado del legislador que ha preferido no entrar a definir un concepto eminentemente técnico como la muerte, que más pertenece al ámbito de la medicina. La cuestión ha quedado librada al progreso científico y tecnológico, como lo ha resaltado Arias-Schreiber (1991: 67), aunque ciertamente no puede dejarse de mencionar que la muerte también es un concepto cultural. Si bien ningún ser vivo puede escapar a ella, solo el hombre la ha convertido en un tema de reflexión permanente, de carácter existencial, en el que confluyen la preocupación por la esencia y trascendencia de la vida humana, y el eterno conflicto entre el ser y el no ser.

"Toda idea acerca de la muerte humana presupone una determinada concepción filosófica acerca del yo, del mundo y de la vida.

Pues no hay tema que dirija de modo tan profundo el curso del pensamiento como aquel que relaciona el tránsito entre el *ser* y el *no ser*. (...) es precisamente en ella donde se representa el dramático conflicto entre el yo, que tiende a perpetuarse, y lo desconocido, que lo envuelve, lo absorbe y lo subyuga" (Smith, 1979: 932).

Vida y muerte parecen oponerse, mas ambas terminan formando una unidad. Si *nacemos para morir*, estamos hablando de un mismo proceso, de dos términos que a la vez que se oponen se complementan, que a la par que se excluyen se exigen, independientemente de nuestras convicciones religiosas, éticas o jurídicas.

Aunque el artículo 61 no lo dice, se entiende que se refiere a la muerte *natural*, que es la única causa por la que se extingue de modo absoluto la personalidad jurídica de la persona natural. Una opinión crítica sobre el concepto de muerte en nuestra legislación para el transplante de órganos, expone en un artículo Vargas Prada (1997: 64).

Como afirma León Barandiarán (1980: 91), a propósito del código anterior, no necesita decir la ley que se trata de la muerte llamada física o natural, desde que no puede haber otro hecho que ponga fin a la personalidad de un modo absoluto, como sucedía con la llamada "muerte civil" que otrora existía.

La antigua figura de la "muerte civil" existió en algunos países hasta mediados del siglo XIX -recuerda Borda-, por la que los condenados por ciertos delitos graves a deportación eran reputados, a manera de condena condicional, como civilmente muertos, siendo de recordar las duras frases que pronunciaba el juez, en el Derecho germánico, al condenar a una persona por esta pena: "Tú quedarás fuera del derecho. Viuda es tu mujer; sin padre tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante ti para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz, tú no lo tendrás" (Borda, 1989: 153-154).

También sin necesidad de que la norma lo precise, se entiende que se refiere tanto a la muerte plenamente comprobada como a la muerte presunta, tema sobre el que especialmente se han ocupado en diversos artículos Jack Bigio Chrem (1988:59) y Juan Chávez Marmanillo (1994: 43).

Sin embargo, es importante observar que el Código no dice nada respecto al deceso del concebido. Así como la muerte pone fin a la vida de la persona,<sup>1</sup> ella también pone fin a la vida del embrión, aun cuando en dicho caso estemos ante cualquier tipo de aborto. De allí que, a fin de evitar interpretaciones antojadizas que puedan buscar facilitar la indebida manipulación de embriones o la clonación terapéutica, es conveniente precisar que la muerte, en general, pone fin al ser humano. En ese sentido, es acertada la idea de la Comisión de Reforma de Códigos designada en su oportunidad por el Congreso de la República, que plantea la sustitución del término "persona" por el de "ser humano" a fin de no excluir al concebido.

Espinoza Espinoza (1990:230) ha observado también que, al no tratarse del fin del concebido en un título independiente, el artículo 61 del Código Civil-que alude a la persona natural-, también debió referirse a aquél. Como anota el mismo autor, en el caso de los otros sujetos de derecho (las personas colectivas y las organizaciones de personas no inscritas), "... no cabe decir que su muerte pone fin a su existencia como centro de imputación de derechos y obligaciones, más propiamente, cabría decir que su fin llega por la disolución y liquidación a que lleguen esos sujetos de derecho" (ibid: 229).

Un asunto grave que no encontramos regulado en nuestra legislación civil es el referente al destino del cuerpo del concebido cuya vida se vio interrumpida por alguna circunstancia, sea provocada o fortuita. ¿Tiene derecho a la sepultura el concebido fallecido a los 6, 5 o 4 meses de embarazo? Es más, ¿no existe el deber de hacerla? Por otro lado, teniendo en cuenta el crecimiento del uso y "explotación" de las células embrionarias o fetales con distintos fines, parece imperativo exigir a los hospitales y clínicas que informen sobre el destino de dichos restos.

Volviendo a la consideración general del tema, con la muerte la persona humana pasa a convertirse, de sujeto de derecho, en objeto de derecho, aunque naturalmente se trata de un objeto sui géneris. Como dice Fernández Sessarego (1988: 163), "no existe más sujeto de derecho, ente o centro de referencia normativo al cual atribuir situaciones jurídicas, derechos y deberes (oo.) concluye la capacidad jurídica inherente a la persona en tanto ser humano viviente".

Naturalmente que ello quedará sin efecto en caso de que tratándose de una muerte presunta, la persona aparezca, solicite y obtenga la declaración de su existencia (artículo 67).

Por el solo hecho de la muerte, los derechos y obligaciones transmisibles del fallecido pasan a sus sucesores, fenece la sociedad de gananciales y se disuelve el matrimonio, se acaba la patria potestad, se extinguen las obligaciones personalísimas, se debe proceder a la apertura de la sucesión y se archivan definitivamente los juicios por responsabilidad penal, entre otros efectos.

Sin embargo, así como se extinguen la mayor parte de derechos de la persona, hay otros cuya efectivización se activará con dicho hecho jurídico, que se ejercen post mórem como el cumplimiento de las últimas voluntades del de *cujus*, la exigencia del pago de la obligación principal del contrato de seguro de vida y los derechos vinculados a la sepultura, por mencionar algunos.

Un asunto por analizar aquí son las disposiciones efectuadas en vida por los *extropianos*, quienes representan una corriente en Estados Unidos que, creyendo en las posibilidades de la ciencia, dejan expresado su deseo de que, una vez muertos, se conserven sus cerebros a la espera de una futura reanimación cuando la tecnología lo permita. Aunque no se refiere en especial a este grupo, Frosini (1997: 158) estima que la persona puede declarar en vida su intención de ser hibernado en espera de la resurrección.

Otros derechos, más bien, se mantienen no obstante la muerte, como el derecho a la imagen y la voz que solo se pueden disponer con autorización de los sucesores, o el derecho a la intimidad o el derecho al honor. En tal virtud, si bien los sucesores pueden tener legítimos intereses y facultades generadas vinculadas a dichos derechos, ello no significa que se les transfieran plenamente en su favor, lo que es independiente de las facultades que se les otorgue para su ejercicio. Tal es así, que incluso los actos de éstos que afecten, por ejemplo, la imagen del fallecido, pueden ser impugnados.

Estas consideraciones deben tenerse presente sin perjuicio de la cierta continuidad de la persona a través de sus obras o bienes, sea a través de un testamento o de una fundación (Fernández Sessarego, 1988: 164). En ese sentido, coincidimos con Carlos Rogel Vide (1998: 38) cuando habla de una **personalidad pretérita** que trasciende a la persona.

No puede dejarse de mencionar la vinculación de la muerte con cuestiones esenciales de la bioética: el aborto, el suicidio, la eutanasia, la clan acción terapéutica, la relación médico-paciente, etc., en cuyo contexto se evidencia la necesidad de un estudio interdisciplinario (que puede alcanzar, más allá de la medicina y el derecho, a la psicología, la genética, la biología, la química, la sociología, la antropología y la filosofía, entre otras disciplinas), lo que define una de las características que más enriquecen a esta nueva disciplina (Luna, 2001: 24).

La muerte, como hecho biológico (v. Morales, 1997: 26 y ss.),\_iconstituye un proceso que tiene por fases la muerte relativa o aparente (las funciones superiores se

suspenden por breve tiempo, sin que ello sea necesariamente irreversible), la muerte intermedia (cuando la paralización de dichas funciones es irreversible, aun si se mantienen algunas funciones biológicas mínimas) y la muerte absoluta (que implica el cese definitivo de toda actividad biológica, incluyendo la vida celular).

La muerte intermedia, llamada también muerte clínica, es el momento en que se producen los efectos legales de dicho hecho jurídico: En esta fase dejan de funcionar, en forma irrecuperable, las tres funciones superiores de la persona correspondientes a los sistemas respiratorio, cardiovascular y nerviosos.

**La crontanatognosis** tiene por función práctica primordial determinar el momento de la muerte definitiva, a partir del cual tiene incidencia el término destinado a ser considerado "...en que *el momento de la muerte* constituye elemento de relevancia primordial" (Limongi Franca, 1995: 251).

En la doctrina nacional, observa Espinoza Espinoza que debe distinguirse el concepto de muerte clínica o encefálica respecto a la denominada "muerte cortical", la que se da cuando es irrecuperable la actividad cerebral superior (vinculada a la vida intelectual y sensitiva, a la vida de relación), pero se conservan las funciones respiratoria y circulatoria; este funcionamiento de las funciones vegetativas es incompatible con la noción de muerte, como dice José Tobías, citado por Espinoza (1990: 228).

En un interesante estudio, Morales Godo (1997: 32) observa que el tema de los transplantes de órganos ha llevado a la necesidad de precisar precozmente el momento de la muerte, teniendo en cuenta que la única función actualmente irreversible es la del cerebro y la necesidad de un diagnóstico rápido para poder proceder a un trasplante, aun cuando la persona todavía respire y late su corazón artificialmente. Este concepto más refinado -agrega el referido profesor peruano- es el que corresponde a la muerte cerebral. En España, en forma similar al Perú, el Código Civil no se refiere el momento exacto de la muerte, pero se considera más fiable el concepto de muerte cerebral, requerido para el trasplante de órganos por el Real Decreto 426/ 1980, de 22 de febrero (Rogel Vide, Carlos, 1998: 36-37).

Para una mejor precisión de términos, el jurista brasileño Limongi Franca (1995: 254-255) distingue los siguientes cuatro conceptos: .

- *Muerte encefálica:* la del Cerebro *como un todo*, que sobreviene con la cesación del dinamismo del tronco cerebral.
- *Muerte cerebral:* la de *todo el cuerpo*, que sobreviene desde la cesación del dinamismo del Tronco pero también del *Córtex*
- *Muerte clínica:* Cuando cesan todas las actividades, no solo cerebrales sino también respiratorias y cardiovasculares no obstante la persistencia de alguna *vida residual*/en las llamadas *funciones vegetativas*.
- *Muerte definitiva:* A partir del momento de la desintegración final de los residuos vegetativos.

En nuestro ordenamiento positivo, el Código Sanitario definió la muerte haciéndola equivalente a la muerte clínica (D.L. NQ 17505, del 18.03.1969), como sigue: Artículo 36.- La muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas fun

cionales, considerando que el fin de la vida, productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica". Más adelante, el artículo 41 prescribió que para efectos del injerto o transplante de un órgano vital "...se considera muerte al paro irreversible, de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma u otro método científico más moderno empleado en el momento de la declaración".

Posteriormente, la Ley NQ 23415 (del 11.06.82) en su artículo 5, equivocadamente definió a la muerte como "...la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardiorrespiratoria...". Aun cuando el mismo artículo señala que dicha definición de muerte es "para los efectos de la presente ley...". Si bien este concepto de muerte está consignado en normas que se refieren específicamente al transplante de órganos y así se declara, consideramos que el concepto no se restringe a este ámbito -con lo que discrepamos de Morales Godo (1997: 71)-, a falta de otras normas que se pronuncien sobre el tema en general. Por lo demás, no nos parece prudente el que se manejen dos conceptos de muerte: uno para efectos de transplantes y otro respecto a la sucesión hereditaria.

Luego, la Ley NQ 24703, del 19.06.87, circunscribió la muerte a la "cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral...", modificando así el referido artículo 5. Posteriormente, el artículo 21 del Decreto Supremo NQ 014-88-SA establece que:

"La muerte cerebral de una persona es la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral la misma que tiene traducción clínica y electroencefalográfica.

La muerte cerebral corresponde a la muerte legal de una persona, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Civil".

No puede dejar de mencionarse como cuestión esencial la debida verificación de la muerte pues por ejemplo, aun cuando el electroencefalograma no registre actividad alguna, ello no implica necesariamente que la persona haya fallecido. En todo caso, se trata aquí de una cuestión técnica, supeditada al conocimiento médico.

Finalmente, es de mencionar que la Ley General de Salud, Ley NQ 26842 (09.07.97), dispone lo siguiente:

"Artículo 108.- La muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de transplante, injerto o cultivo.

El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardiorespiratorio irreversible confirma la muerte.

Ninguno de estos criterios que demuestra por diagnóstico o corroboran por constatación la muerte del individuo, podrán figurar como causas de la misma en los documentos que la certifiquen".

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Luces y sombras del Código Civil*. Librería Studium. Lima, 1991; BIGIO CHREM, Jack. *Declaración de muerte presunta y reconocimiento de existencia*, en: Varios autores. *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1988; BORDA, Guillerm<> A. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 14<sup>a</sup> edición. Perrot. Buenos Aires, 1989; CHA VEZ MARMANILLO, Juan. *Declaración de muerte presunta en el Código Civil vigente*, en: *Universidad Nacional Mayor de San Marcos. I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial* (24, 25 Y 26 de noviembre de 1993). Lima, 1994; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derecho de las Personas*. CONCYTEC. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 7<sup>a</sup> edición. Grijley. Lima, 1998; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Enmiendas propuestas al Libro Primero del Código Civil sobre el derecho del concebido y de las personas naturales. Con breve referencia al Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, en: MUNIZ, Jorge, ALTERINI, Atilio y SOTO, Carlos Alberto (coordinadores). *El Código Civil del siglo XXI* (Perú y Argentina. Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú. Ediciones Jurídicas. Lima, 2000. También puede encontrarse el mismo estudio en: Colegio de Abogados de Lima. *Revista Bibliotecal*. Año 1. NQ 1. Julio, 2000; FROSINI, Vittorio. *Derechos Humanos y Bioética*. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1997; KUNG, Hans y Walter Jens. *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*. TroUa S.A. Madrid, 1997; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 3<sup>a</sup> edición. Lima, 1980; LIMONGI FRANCA, R. *El concepto de muerte ante el derecho al transplante y el derecho hereditario*, en: *Código Civil peruano. Diez años. Balance y Perspectivas* (Congreso Internacional). Tomo 1. Universidad de Lima. Lima, 1995; LUNA, Florencia. *Ensayos de Bioética. Reflexiones desde el Sur*. Distribuciones Fontarama S.A. México D.F., 2001; MORALES GODO, Juan. *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*. Pontificia Universidad Católica. Lima, 1997; RODRIGUEZ ITURRI, Roger. *El derecho a amar y el derecho a morir*. Pontificia Universidad Católica. Lima, 1997; RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. XII. 2<sup>a</sup> edición Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995; SMITH, Juan Carlos. *Muerte*, en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XIX. Driskill S.A. Buenos Aires, 1979; V ARGAS PRADA, Julio. *Problemas jurídicos fundamentales*. Editorial San Marcos. Lima, 1997; VIDE, Carlos Rogel. *Derecho de la Persona*. J.M. Bosch editor. Barcelona, 1998.

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 61 del Código Civil, la muerte pone fin a los atributos jurídicos de la persona y, por ende, la capacidad procesal de ésta en el litigio también desaparece, debiendo continuarse el mismo a partir de dicho evento con los llamados por ley"



## JURISPRUDENCIA

(Exp. N!! 1391-89-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostra Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo IV, p. 43).

## PRESUNCIÓN DE CONMORENCIA

..

*Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay trasmisión de derechos hereditarios.*

CONCORDANCIA:  
C.C.

*arts. 660,2068*

### *Comentario*

*Ronald Cárdenas Krenz*

Al igual que el artículo 7 del Código anterior, la norma recoge la teoría de la conmorencia, descartándose por tanto la teoría de la promociencia; precisa además con acierto que entre estas personas no hay transmisión de derechos hereditarios.

Antiguamente, la teoría de la premorencia establecía ciertas presunciones respecto a que, en las mismas circunstancias, los niños morían antes que los hombres por ser más débiles o que en un naufragio moría después el que sabía nadar. La Partida VII, título XXXIII, ley 12, establecía que, al morir juntas dos personas, si no se sabía quién había muerto antes se entendía que la mujer moría primero que el marido; y si eran padre e hijo, primero éste si era menor de 14 años (Cabanellas, 1981, tomo V: 477).

Más modernamente, aun el Código Civil francés estableció que, muertos dos menores de 15 años, se presume que primero moría el menor y, si ambas personas pasaban los 60 años, se presume que primero fallece el mayor, entre otras presunciones.

Debe entenderse que el artículo 62 de nuestro Código se refiere a dos personas o más que fallecen en un mismo acontecimiento, o en otras circunstancias.

En ese sentido, el Código Civil argentino se refiere no solamente a un *desastre común*, sino también a *cualquier otra circunstancia*, anotando el distinguido maestro argentino Guillermo Borda (1989: 153) que "la presunción es aplicable a cualquier hipótesis en que no se pueda determinar quién ha fallecido primero, aunque no se trate de un mismo accidente o desgracia común; así, por ejemplo, podría ocurrir que dos personas mueran en lugares diferentes y por diferentes causas, y no hay posibilidad de determinar el día o momentos de las respectivas muertes".

En el mismo sentido, Cifuentes (1988: 137) apunta que la conmorencia "se aplica aunque las partes no hayan muerto en el mismo suceso, y aun hayan estado separadas en distintos lugares, bastando que no pueda establecerse el tiempo del fallecimiento de cada una". Al respecto, el Código de Vélez Sarsfield estableció literalmente

...

e "Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier q~a circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se o resume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas".

por su parte, el Código Civil español, en su artículo 33, rompiendo una tradición más que centenaria a favor de la premorencia establece que "si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una a otra, debe probarla: a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro".

Existían antes minuciosas presunciones de premorencia fundadas en criterios como la edad, el sexo o el vigor físico, "dichas presunciones -que no tienen en cuenta factores tales como el heroísmo, el amor, la abnegación, la caballerosidad, la valentía, las singulares destrezas físicas o de otro tipo cualquiera o, en fin e incluso, el mero azar, la pura suerte- fueron consideradas aleatorias, cuando no caprichosas, por los redactores del Código Civil, que prescindieron de ellas". (Vide, Carlos Rogel, 1948: 40).

Observan Díez-Picazo y Gullón (1990: 337) que la presunción de conmocencia es aplicable al supuesto de que dos o más personas hayan fallecido en un mismo suceso como en cualquier circunstancia, incluyendo la muerte en diferentes lugares.

Al estudiar el tema en nuestra legislación, apunta Espinoza Espinoza (1990: 231) que, yendo más allá que varios códigos del mundo, para los alemanes también se puede considerar que hay conmocencia, cuando dos o más personas vinculadas legalmente mueren al mismo tiempo, pero en distintos lugares, como por ejemplo, en una zona de guerra o en un terremoto.

En general, estimamos que, no restringiendo el tenor del artículo 62, la aplicación de la teoría de la conmocencia a un desastre común, es aplicable también a los casos de muerte en otras circunstancias. No siendo posible determinar el instante exacto, se asume la existencia de un tiempo común. En cuanto a la posibilidad de aplicarla para casos de personas ubicadas en distintos espacios, no habiendo restricción expresa al respecto en la referida norma, ello quedará, en todo caso, a la determinación de la doctrina y de la jurisprudencia.

## DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 14~ edición. Perrol. Buenos Aires, 1989; CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 16~ edición. Heliasta S.RL Buenos Aires, 1981; CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. Astrea. Buenos Aires, 1988; DÍEZ-PICAZA, Luis y GULLGN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. 7~ edición. Tecnos SA Madrid, 1990; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derecho de las Personas*. CONCYTEC. Lima, 1990; VIDE, Carlos Rogel. *DERECHO DE LA PERSONA*. J.M. Bosch editor. Barcelona, 1998.

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**DECLARACIÓN**  
**DE MUERTE PRESUNTA**

**SUPUESTOS DE DECLARACIÓN DE  
MUERTE PRESUNTA**

*Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:*

- 1.- *Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.*
- 2.- *Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.*
- 3.- *Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.*

CONCORDANCIAS:

|          |                        |
|----------|------------------------|
| C.C.     | att. 59 inc. 4)        |
| C.P.C.   | atts. 749 inc. 5), 790 |
| LEY26497 | att. 44 inc. e)        |

*Comentario*

*Olga A. Alcántara Francia*

El antecedente legislativo de la institución de la muerte presunta lo encontramos en el Código Civil de 1936, cuerpo normativo que se ocupó en forma inorgánica de esta figura en los artículos 611, 612 Y 1069, inciso 2. Situación que no se presenta ahora, pues, como podemos observar, la regulación es sistemática y autónoma.

La regulación de esta figura en nuestro Código Civil tiene por finalidad solucionar

situaciones inciertas respecto de la vida o fallecimiento de una persona que no se encuentra presente, o mejor dicho, se halla desaparecida, del lugar de su domicilio durante un tiempo prolongado. Es decir, tiene por objeto tutelar el interés de la persona desaparecida; el interés de los terceros, principalmente de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido; y, el interés general de la sociedad de que no haya bienes y derechos abandonados (ALESSANDRI). Así, para que pueda operar la presunción de muerte, se requiere el cumplimiento de determinados requisitos: (i) que la persona se encuentre fuera del lugar de su domicilio y que no se tengan noticias de ella; (ii) que el lapso de ausencia se ajuste a los plazos establecidos en los incisos 1 o 2 del artículo 63, o que, existiendo certeza de la muerte, el cadáver o haya podido ser encontrado o reconocido; (iii) que haya una resolución que declare la muerte presunta.

La resolución que declara la muerte presunta, denominada en el Derecho español *declaración de fallecimiento*, y *presunción de fallecimiento*, en el Derecho argentino, es expedida por un juez a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público. "La declaración de fallecimiento se apoya, en la probabilidad de la muerte del desaparecido; se realiza cuando dicha probabilidad prepondera sobre la de que esté vivo; pero no se excluye la posibilidad de esto" (ALBALADEJO). En ese sentido, nuestro Código Civil cautela el derecho del desaparecido que obtiene reconocimiento judicial de existencia. Veamos. La muerte presunta constituye una presunción *iuris tantum* (a partir de la sentencia que la declara, por cuanto al desaparecido se le presume vivo mientras no se le declare fallecido), por lo tanto, admite prueba en contrario; es decir, la demostración de la supervivencia del declarado muerto. El reconocimiento judicial de existencia del declarado muerto (o muerto presunto) destruye tal presunción, dejando sin efecto lo resuelto en la sentencia correspondiente.

Tal como lo señala el artículo en comentario, son tres los casos en que procede la declaración de muerte presunta. El primero de ellos, contempla el caso de una persona desaparecida o que no se encuentra en el lugar de su domicilio y de quien no se ha recibido noticias por un plazo de diez años; o en todo caso, cinco años si el desaparecido tuviera más de ochenta años de edad, por cuanto el fallecimiento de una persona que supera dicha edad tiene mayor probabilidad de producirse. El segundo caso, regula el supuesto de desaparición de una persona por el lapso de dos años siempre que ésta se haya producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. Tales circunstancias podrían ser, por ejemplo, la violencia subversiva sea ésta de orden político o social, la guerra, el naufragio de barcos, caída y destrucción de una aeronave, terremoto, etc. Cabe señalar que el cómputo de los dos años que señala el inciso, se inicia a partir del cese del evento peligroso.

A diferencia nuestra, el Derecho argentino clasifica los eventos constitutivos de peligro con la finalidad de establecer diferentes lapsos de desaparición que den lugar

a la presunción de muerte. Así, el artículo 23 de la Ley 14.394 califica como *caso extraordinario genérico*, que el desparecido haya estado en el lugar de un incendio, terremoto, guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte. En este caso la presunción de fallecimiento puede solicitarse luego del transcurso de dos años de ausencia sin noticias (al respecto, el artículo 23 de la Ley 14.394, pres-

cribe lo siguiente: "Se presume también el fallecimiento de un ausente: 1. Cuando se hubiere encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso...". El caso extraordinario específico, se presenta cuando el desaparecido ha estado en una nave o aeronave naufragada o perdida. La presunción de noticias se causa por el transcurso carente de noticias de solo seis meses (el inciso 2 del artículo 23, señala: "Se presume también el fallecimiento de un ausente: ...2°. Si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido"). La reducción del plazo para declarar la presunción de fallecimiento está justificada por la máxima probabilidad de muerte que se induce de la ausencia de noticias sobre el desaparecido en las circunstancias previstas por la ley (LLAMBÍAS).

El tercer y último caso, contenido en el inciso tercero del artículo en comentario, regula la posibilidad de que proceda la declaración de muerte presunta "cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido". Ello se explica, en la presencia de situaciones que, a través de testimonio indubitable, permitan llegar a la racional evidencia tanto del hecho que originó la muerte de la persona, como que, de tal acontecimiento no se podía salir con vida. En este sentido, el autor citado, señala como ejemplo, el caso del hundimiento de un bote de pescadores en un mar embravecido, evento del cual sobreviven algunas personas y dan un testimonio incuestionable de lo ocurrido. En este supuesto cabe la hipótesis de que, en efecto, los cadáveres (de los presuntamente fallecidos) no puedan ser encontrados () de que, habiéndolos hallado no pudieran ser reconocidos (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

En todos estos supuestos, la declaración de muerte presunta, como ya hemos señalado se declara judicialmente, sin que para ello se requiera previamente haber solicitado la declaración de ausencia del desaparecido.

Finalmente, conviene hacer referencia a los efectos jurídicos que produce la declaración de muerte presunta. En la esfera patrimonial cesan las relaciones jurídicas que se extinguirían por la muerte, puesto que la muerte presunta, tiene como efecto principal, ponerle fin a la persona. Entre éstas, se encuentra el matrimonio, contratos, obligaciones alimentarias, cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia si la hubiera, se abre la sucesión del muerto presunto a favor de sus herederos, etc.

## DOCTRINA

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, U. y A. VODANOVIC. *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. Ediar. 5<sup>a</sup> edición. Tomo 1. Santiago, 1990, p. 363; ATI3ATADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción y parte general*. José María Bosch Editor S.A. 14<sup>a</sup> edición. Tomo 1. Barcelona, 1996, p. 355; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Perrot. 14<sup>a</sup> edición. Tomo 1. Buenos Aires, 1991, p. 672; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentario*. Tomo IV. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. S. Editorial. Lima, 1988, p.157.

**JURISPRUDENCIA**

*"La posibilidad que abre la Ley del Registro Civil para inscribir la defunción, aunque el cadáver hubiese desaparecido o se hubiese inhumado, no pretende, como señala su Exposición de Motivos, 'desvirtuar los preceptos del Código sobre la declaración del fallecimiento' puesto que en los supuestos contemplados en la Ley se sabe 'sin duda alguna' que la persona ha fallecido, y quedan así excluidos aquellos casos en que no es el cadáver sino la misma persona viva la que desaparece, aunque pueda después inferirse el fallecimiento por el transcurso de tiempo sin tenerse más noticias de la persona, pues para estas hipótesis sigue vigente el régimen especial de la declaración de fallecimiento, al amparo de los artículos 193 y siguientes del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil",*

*(Resolución del 18/02/87, Código Civil (Español) p. 199).*

*"Constituye un requisito indispensable para declarar la ausencia o muerte presunta, demostrar el hecho de la existencia física de la persona".*

*(Exp. NI/5254-98 del 07/12/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

## DISOLUCIÓN DE MATRIMONIO POR DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

*La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones.*

CONCORDANCIAS:  
C.C.  
C.P.C. art.831

arts. 68, 70,274 (nº. 3), 319

### Comentario

*Oiga A. Alcántara Francia*

El tema referente a los efectos de la declaración de muerte presunta en el matrimonio no ha sido regulado de manera uniforme en el Derecho comparado. Así, podemos encontrar hasta cinco posiciones distintas. En el Código Civil de Brasil, por ejemplo, se mantiene intacta la subsistencia del matrimonio contraído por el desaparecido no obstante haber sido declarado muerto presunto. Otra corriente es la seguida por el Código Civil italiano, el cual en su artículo 65 establece que una vez que la sentencia que declara la muerte presunta sea exigible, el cónyuge puede contraer nuevo matrimonio; pero a su vez, en el artículo 68, primer párrafo, señala que: (i) El matrimonio contraído a tenor de la norma del artículo 65 es nulo, cuando la persona que fue declarada muerta presunta retorna o se declara su existencia (...) y el Código Civil francés, establece que el presunto viudo puede contraer segundas nupcias, las que pueden resultar inválidas si reaparece el muerto presunto.

Por otro lado, los Códigos Civiles de la mayoría de países divorcistas (Códigos suizo, mexicano, austriaco, portugués, húngaro, noruego, sueco y danés), admiten que el presunto viudo contraiga nuevas nupcias, siempre que, previamente, efectúe una declaración de divorcio por 'abandono' causado precisamente, por la prolongada ausencia del que fue declarado muerto presunto. Lo cierto es que de acuerdo a este sistema, la validez del segundo matrimonio se sustenta en la disolución del vínculo matrimonial anterior por abandono y no por la presunta muerte (así, por ejemplo, el Código Civil portugués, establece en el artículo 116, primer párrafo que "el cónyuge del ausente casado civilmente puede contraer nuevo casamiento; en este caso, si el ausente regresare, o hubiere noticia de que estuviese vivo cuando fueron celebradas las nuevas nupcias, considérase al primer matrimonio disuelto por divorcio a la fecha de la declaración de muerte presunta"). Los códigos civiles alemán, holandés Y argentino establecen que el fallecimiento o muerte presunta no disuelve de pleno derecho el matrimonio del desaparecido, pero sí autoriza al presunto viudo a disolverlo

mediante la celebración de nuevas nupcias. Efecto que se mantiene aunque reaparezca el desaparecido; así, el artículo 31 del Código Civil argentino, señala que "la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias. La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio". Y, el artículo 213 del Código Civil, modificado por Ley 23.515 establece que "el vínculo matrimonial se disuelve: (...) 2. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción del fallecimiento".

Finalmente, la corriente más radical es la seguida por el Código Civil español y por nuestro Código Civil, pues en ambos cuerpos normativos se establece que el matrimonio se disuelve por la declaración de muerte presunta o fallecimiento pudiendo de esta manera el presunto viudo contraer nuevas nupcias sin que éstas sean invalidadas por la reaparición del ausente (en ese sentido el artículo 85 del Código Civil español prescribe, "el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración por... la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges..." ; y, el artículo 68 del Código Civil peruano, establece que "el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge").

La declaración de muerte presunta es una figura jurídica que produce los mismos efectos que la muerte natural. Siendo así, resulta lógica la disposición que determina la disolución del vínculo matrimonial contraído por el presunto muerto. De acuerdo a lo establecido en nuestro Código Civil, la declaración de muerte presunta se convierte en una causa de disolución del primer matrimonio, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho argentino para el cual, la denominada *presunción de fallecimiento*, constituye una causal de *disolubilidad* de la unión conyugal, en el caso que el presunto viudo opte por las nuevas nupcias (LLAMSÍAS). Esto es, la declaración de muerte presunta no disuelve el vínculo matrimonial anterior de pleno derecho, como sí ocurre en nuestro país, sino que, autoriza al cónyuge sobreviviente a casarse de nuevo, de modo que este último matrimonio disolverá el anterior. "La declaración de fallecimiento no produce *ipso jure* la disolución del vínculo; solución razonable, pues el otro cónyuge puede no tener ningún interés en esa disolución o, por el contrario, tenerlo en que se mantenga el vínculo" (SORDA).

Como vemos, la fórmula adoptada por nuestro Código Civil se aparta también de la solución consagrada en el Código Civil italiano, que no obstante permitir al cónyuge desaparecido contraer nuevas nupcias no disuelve el matrimonio celebrado con la persona cuya muerte presunta fue declarada, siendo nulo si esta última reaparece. Al respecto, "el legislador del 84 ha considerado conveniente guardar coherencia al admitir que el cónyuge del muerto presunto puede contraer nuevo matrimonio, al quedar disuelto \_el anterior por la declaración judicial de muerte presunta" (SIGIO CHREM). En este sentido, el matrimonio anterior quedará disuelto en la fecha probable que se establezca en la correspondiente sentencia que declare la muerte presunta, la cual deberá inscribirse en el registro de defunciones (perteneciente al Registro del Estado Civil) así como en el Registro Público Personal del presunto fallecido.

Ahora conviene precisar lo que ocurre si después de celebrado el segundo matrimonio reaparece el desaparecido o declarado muerto presunto. A diferencia de la solución adoptada por el Código Civil italiano, nuestro Código opta por dejar indemne la validez del segundo matrimonio, es decir, no interesa que el declarado muerto presunto reaparezca, pues el vínculo matrimonial entre éste y su cónyuge quedó disuelto desde el momento en que se emitió la sentencia que lo declara como tal. De otro lado, el reconocimiento de existencia solo faculta a la persona que lo solicita (es decir, en este caso, el declarado muerto presunto) a reivindicar sus bienes (artículo 69, C.C.). El reconocimiento de existencia (o revocación de la declaración de fallecimiento, como se le denomina en el Código Civil español), permite a la persona recobrar sus bienes en el estado en que se encuentren, teniendo derecho al pago del precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero, no podrá reclamar a sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día en que se produjo su reaparición (LETE DEL RÍO).

## DOCTRINA

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Abeledo Perrot. 141 edición. Buenos Aires, 1991, p. 687; BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Perrot. 131 edición actualizada. Buenos Aires, 1986, p. 173; BIGIO CHREM, Jack. *Libro Homenaje a María Alzamora Valdez*. Cultural Cuzco. Lima, 1988, p. 60; LETE DEL RÍO, José M. *Derecho de la Persona*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 156.

## CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE MUERTE PRESUNTA

*En la resolución que declara la muerte presunta se indica la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido.*

CONCORDANCIA:

c.p.c.

artº 793

*Comentario*

*Olga A. Alcántara Francia*

La resolución que declara la muerte presunta debe contener la fecha probable de muerte y, si fuera posible, el lugar en que pudo haber desaparecido o fallecido la persona. Para ello, se deben tomar en cuenta el transcurso de los plazos de diez y dos años que señala la ley como referentes de la fecha en que pudo producirse la desaparición de la persona. La norma, así redactada, faculta al juez a hacer uso de conjeturas y cálculos, muchas veces falibles, para poder determinar, según su arbitrio, la fecha probable de muerte. Situación que no se presenta en otros países, pues en otras legislaciones se establecen parámetros más exactos para poder fijar tal fecha..

Así, por ejemplo, la Ley 6.162 de Chile en el artículo 81, inciso 6, establece que "el juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer plievo contado desde la fecha de las últimas noticias" (no obstante, hay que tomar en cuenta, además, que para que proceda la declaración de muerte presunta debe haber transcurrido por lo menos cinco años desde la fecha en que se recibieron las últimas noticias del desaparecido). Esto significa que, si las últimas noticias de una persona considerada desaparecida han sido recibidas por sus familiares el día 10 de octubre de 1990, para que proceda declarar su muerte presunta deberán transcurrir 5 años, es decir, hasta el 10 de octubre de 1995. Suponiendo que la fecha de la sentencia que declara la muerte haya sido emitida el 10 de octubre de 1996, deberá considerarse como fecha probable de muerte, de acuerdo a lo señalado en la ley, el 10 de octubre de 1992. Esta regla se aplica en casos de desapariciones ordinarias, es decir, aquellas que se producen con prescindencia de situaciones excepcionales como guerras, terremotos, atentados terroristas, etc. Porque si la persona hubiera desaparecido como consecuencia de una acción de guerra o de peligro, el juez fijará como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o si no hubiera podido ser determinado este, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el evento (al respecto, el inciso 7, del artículo 81, modificado por el artículo 1 de la Ley 6.162, prescribe lo siguiente: "Con todo, si después de que una persona

recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cinco años y practicándose la justificación y citaciones preventas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido").

La misma regla se aplica para los casos de desapariciones de personas que se encontraban en naves o aeronaves reputadas perdidas (el artículo 81, inciso 8, establece lo siguiente: "Se reputará perdida toda nave o aeronave que no apareciere a los seis meses de la fecha de las últimas noticias que de ella se tuvieron. Expirado este plazo, cualquiera que tenga interés en ello podrá provocar la declaración de presunción de muerte de los que se encontraban en la nave o aeronave. El juez fijará el día presuntivo de la muerte en conformidad al número que precede, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos. Si se encontrare la nave o aeronave naufraga o perdida, o sus restos, se aplicarán las mismas normas del inciso anterior, siempre que no pudieren ubicarse los cuerpos de todos o algunos de sus ocupantes, o identificarse los restos de los que fueren hallados (...)").

Al igual que en la legislación chilena, en la legislación argentina también se han adoptado reglas destinadas a establecer la probable fecha del fallecimiento. "El legislador, no ha querido dejar librada la determinación del punto al arbitrio judicial que sería ejercido sobre una materia necesariamente incierta. De ahí que haya adoptado criterios rígidos de fijación del día del fallecimiento, en función de la última noticia que se haya tenido del desaparecido" (LLAMSÍAS). Al respecto, el artículo 27 de la Ley 14.394, prescribe lo siguiente: "Se fijará como día presuntivo de fallecimiento: 1° En el caso del artículo 22, (es decir, los casos ordinarios, o de desaparición de una persona del lugar de su domicilio por el término de tres años), el último día del primer año y medio; 2° En el que prevé el artículo 23, inc. 1, (es decir, los casos extraordinarios genéricos, o de probable muerte por causa de guerra, terremoto, incendio, etc), el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; 3° En los supuestos del artículo 23, inc. 2, (estos son los casos extraordinarios específicos, es decir, las muertes que pudieron provocarse debido al naufragio o caída de naves y aeronaves), el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido".

Como se observa, el juez argentino debe fijar la fecha probable del fallecimiento en función a un doble criterio: el primero, de conocerse la fecha del evento, sea catástrofe natural o hundimiento de nave, por ejemplo, se considera como fecha probable la del día del suceso; pero, si ésta no se conociera, entonces, se fijará una fecha que se encuentre en el término medio de la época en que pudo ocurrir el evento. El segundo criterio utilizado (normalmente para los casos ordinarios) para determinar la fecha probable es ubicarla en el término medio del tránscurso del plazo que exige la ley: tres años; esto es, el último día del primer año y medio (en el mismo sentido, el artículo 128 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998, establece lo siguiente; Día presuntivo del fallecimiento.- Debe fijarse como día presuntivo del fa

\

fallecimiento: a) En el caso ordinario, el último día del primer año y medio. b) En el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido. c) En el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos. Si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento. En caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento). Veamos un ejemplo. Si los familiares reciben por última vez noticias de una persona desaparecida un 20 de noviembre de 1997, para que puedan solicitar la declaración de muerte presunta deberán transcurrir tres años, es decir, hasta el 20 de noviembre del 2000. Aun cuando la sentencia que declara el fallecimiento fuera expedida el presente año, éste no entrará en el cómputo del plazo legal de ausencia, ni para determinar la fecha probable de muerte, es decir, el juez deberá señalar como tal el día 20 de mayo de 1999.

Luego de lo señalado líneas arriba, es importante explicar por qué es importante la determinación de la fecha probable de muerte de la persona desaparecida. La fijación de la fecha presuntiva de muerte tiene como efecto principal abrir la sucesión del desaparecido y consecuentemente, determinar el carácter hereditario en unas u otras personas, que en algunos casos, pudieran ser distintas de aquellas que ostentaban tal carácter al momento de iniciar el juicio. Es importante, porque los efectos tienen naturaleza retroactiva, es decir, se remontan a la fecha en que el juez consideró al desaparecido como presunta o probablemente muerto. Citamos a continuación un ejemplo que puede ayudarnos a comprender mejor esta situación: "Si el desaparecido dejara dos hijos, uno de los cuales que estuviese casado sin descendencia hubiere fallecido durante el período previo a la declaración de la muerte presunta del padre, dependerá de la ubicación del día presuntivo del fallecimiento del desaparecido para que el hijo vivo reciba los bienes del muerto presunto, o para que los comparta igualitariamente con la viuda del otro hijo. En efecto, si el día presuntivo del fallecimiento se ubica antes de la muerte del hijo, entonces éste concurre a la sucesión de su padre y transmite por su propia muerte esa parte de la herencia a su cónyuge. Pero si dicho día presuntivo del fallecimiento cae en una fecha ulterior a la muerte del hijo fallecido, entonces la herencia total del desaparecido es recibida por el único hijo viviente en ese momento" (LLAMBIAS).

No queda ahora la menor duda, de que, la consecuencia jurídica más importante derivada de la fijación del día presuntivo de la muerte es la apertura de la herencia del desaparecido y la determinación de sus herederos; ello sin dejar de lado, la influencia o repercusión en los derechos condicionados a estos hechos, tales como, las pensiones de jubilación o cesantía, los seguros de vida, rentas vitalicias, etc.

## DOCTRINA

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Perrot. 14<sup>a</sup> edición. Tomo 1. Buenos Aires, 1991, p. 681; LLAMBÍAS, J.J. *Op. cit.* pp. 682-683.

## **DECLARACIÓN DE AUSENCIA POR IMPROCEDENCIA DE MUERTE PRESUNTA**

*El juez que considere improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia.*

CONCORDANCIA:  
C.C. art.49

### *Comentario*

*Oiga A. Alcántara Francia*

La presente norma le otorga al juez la potestad de declarar la ausencia en caso resulte improcedente la solicitud de declaración de muerte presunta. Tal caso se presenta, cuando no obstante presentarse la ausencia prolongada de una persona, no se observa los requisitos señalados en el artículo 63 del Código Civil.

En este sentido, el juez deberá evaluar las pruebas ofrecidas por la parte solicitante, y, de no poderse demostrar con éstas la muerte presunta de la persona, podrá declarar la ausencia. Tal es el caso, por ejemplo, de una solicitud presentada por desaparición de una persona en el año 1984. La Sala de Procesos Sumarísimos declaró improcedente la petición por cuanto las pruebas ofrecidas no permitían demostrar "el hecho de la existencia física de la persona", lo cual "resulta un requisito indispensable a efecto de declarar la ausencia, previa comprobación de la desaparición" (Exp. NQ 52-54-98: 07-19-98).

Las razones que inspiraron al legislador a la redacción de esta norma son básicamente de economía procesal, por cuanto no es necesario el inicio de otro procedimiento para declarar la ausencia, permitiendo por tanto, que a los herederos se les otorgue la posesión temporal de los bienes del ausente, y, a falta de éstos, al curador (SIGIO CHREM).

### **. DOCTRINA**

SIGIO CHREM, Jack. *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Cultural Cuzco. Lima, 1988, p.61.

## CAPÍTULO TERCERO

### RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA

#### VÍA PROCESAL DEL RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA

*La existencia de la persona cuya muerte hubiera sido judicialmente declarada, puede ser reconocida a solicitud de ella, de cualquier interesado, o del Ministerio Público. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta (\*).*

##### CONCORDANCIAS:

*C.C. art.63*

*C.P.C.*

*LEY26497*

*arts. 749, 794*

*arto 44 jnc.*

e)

ilJJ Comentario

*César Carranza Álvarez*

Arturo es Ingeniero Civil, casado, dos hijos y empleo en una empresa constructora. Como todos los días se levantó al alba, para tener tiempo de llevar a sus hijos a la escuela y, de allí, partir rumbo al trabajo. Efectivamente, luego de dejar a los niños en su centro de estudios y despedirse de ellos, toma su auto y emprende la marcha por una de las vías menos congestionadas de la carretera. Su familia lo espera de vuelta -como siempre- a las ocho de la noche para la cena; pero él no regresó más.

n Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

Lo que pareciera ser un simple hecho de la vida real, sin más importancia colectiva que la reservada a los miembros del entorno familiar de la persona de que se trate; constituye un hecho de tal relevancia, que el Derecho hace derivar a partir de aquél, una serie de consecuencias jurídicas orientadas a la protección de todo cuanto importe un interés al desaparecido.

Así, en el ejemplo propuesto, procederá la designación de curador interino, cuando hayan transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero (artículo 47, C.C.); la declaración de ausencia, cuando hubiesen transcurrido dos años desde la última noticia (artículo 49 C.C.); o la declaración de muerte presunta, cuando hayan pasado diez años desde las últimas noticias del desaparecido, cinco años si tuviese más de ochenta años de edad, dos años si desapareció en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, o exista certeza de la muerte, no obstante no haberse encontrado o reconocido el cadáver (artículo 63).

Cuando una persona ha desaparecido, no existe seguridad alguna en cuanto a si estará con vida o no; en la duda la ley provee a que sus intereses no se vean perjudicados. La desaparición -escribe Barassi- afecta no solo los intereses privados, sino también al Estado: no se protege únicamente un interés del desaparecido o de sus posibles herederos, sino a la vez un interés social. Ello se explica porque, no existiendo una persona que lo administre, el patrimonio deviene improductivo y, por ende, económicamente inútil, lo cual fuerza a la ley -contraria al hecho socialmente dañoso de que los factores de la producción permanezcan mucho tiempo inactivos- a intervenir en el estado de cosas producido por la desaparición.

Si aquella se prolongase en el tiempo, cualquier interesado o el Ministerio Público podrán solicitar la declaración judicial de ausencia o, en su defecto, la de muerte presunta.

La *declaración de ausencia* -situación de *derecho*, según Messineo- importa colocar en posesión de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla (previo inventario valorizado de dichos bienes); quienes asumirán los derechos y obligaciones inherentes a la posesión, así como los frutos de los mismos; con la limitación de reservar de ellos, una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente, y de no enajenarlos ni gravarlos, salvo los casos de necesidad o utilidad y previa autorización judicial (artículos 51, 2Q parte; 52 y 56 C.C.). Procederán, además, la inscripción de la declaración judicial de ausencia en el registro de mandatos y poderes, así como la designación -por quienes hayan obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente- de administrador judicial, quien desempeñará su función de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 del Código Civil.

Ahora bien, la situación del desaparecido que fue declarado ausente, o no, puede entrar a una nueva fase en la cual se le tendrá por fallecido, en mérito al transcurso del tiempo, o a determinadas circunstancias que hagan presumir su muerte: nos encontramos, así, ante la *declaración de muerte presunta*, que viene a ser la situación jurídica creada por medio de una resolución judicial, en virtud de la cual se califica a una persona desaparecida como fallecida, expresando la fecha a partir de la cual se considera ocurrida la muerte, y procediéndose a la apertura de la sucesión correspondiente (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

/

Puede acontecer, sin embargo, y siempre en el ejemplo anterior, que un día Arturo reaparezca: ¿Qué mecanismo habrá dispuesto el Derecho ante tal eventualidad? ¿Qué consecuencias jurídicas se derivarán de aquella "reaparición"?

El Derecho, atento siempre a cuanta vicisitud acontezca en los actos humanos, ha ideado una figura por medio de la cual, quien fue declarado presuntamente muerto -en virtud al tiempo transcurrido desde su desaparición o a circunstancias que hicieron presumir, efectivamente, su muerte-, pueda hacer cesar los efectos producidos por la declaración de fallecimiento. Esta figura recibe el nombre de Reconocimiento de Existencia, encontrándose regulado en el Código Civil, entre los artículos 67 a 69; cuyo alcance normativo oscila entre la determinación de la vía procesal para llevarla a cabo, efectos sobre el nuevo matrimonio de su cónyuge y respecto a sus bienes.

El artículo 67 contempla lo concerniente a las personas que podrán intentar el reconocimiento, la vía procesal para llevarla a cabo, así como las personas a ser citadas en el proceso correspondiente.

Efectivamente, podrán solicitar el reconocimiento: en primer lugar, la persona cuya existencia busca reconocimiento, así como cualquier interesado y el Ministerio Público; debiendo tramitarse bajo las reglas del proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta.

La redacción original del artículo 67 exigía, a quienes solicitaran el reconocimiento, la *prueba de la existencia* del declarado presuntamente muerto. Fernández Sesarego, comentando el precepto, se preguntaba si la declaración de existencia requería necesariamente la presencia física de la persona en el lugar de su domicilio, o tan solo era suficiente que de alguna forma idónea reivindique sus derechos y pruebe su supervivencia, aun encontrándose en el extranjero y valiéndose de un representante. Conforme a su contenido -continuaba- resulta evidente la no exigencia del retorno físico de la persona al lugar de su domicilio; por lo tanto, únicamente deberá probar su supervivencia.

Aunque el actual texto del artículo (según la 1º disp. modificatoria del T.U.O. del Código Procesal Civil) ha eliminado toda referencia a la *prueba de existencia*, nos parece claro que para lograr tal reconocimiento, aun cuando la presencia física no sea indispensable requisito, deberá presentarse prueba que de alguna manera demuestre verosímilmente la supervivencia del presuntamente muerto.

Finalmente, la resolución que declare el reconocimiento de existencia es inscribible en el Registro Personal (además de aquellas que declaren la desaparición, ausencia y muerte presunta).

## DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Bosch. Vol. 1. Barcelona, 1955, 522 pp.; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos. Vol. 1. Madrid, 1982, 681 pp.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro de Derecho de las Personas*. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compiladora: Delia Revoredo M. Tomo IV. Lima, 1988, 608 pp.; MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Ejea. Tomo 11. Buenos Aires, 526 pp.

## EFFECTOS SOBRE EL NUEVO MATRIMONIO DEL CÓNYUGE

*El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.*

CONCORDANCIA:

C.C.

arts. 64,274 (nº. 3)

*Comentario*

*César Carranza Álvarez*

La posición adoptada por el Código Civil en el artículo 68, se ha visto precedida por una diversidad de criterios, que no obstante distar mucho del texto actual, se orientaban a la búsqueda de la mejor solución frente a un tema ciertamente delicado, como lo constituye el nuevo matrimonio del cónyuge de quien fue declarado muerto presunto, y solicitante después del reconocimiento de existencia; y que ha llevado a decir a Fernández Sessarego, que esto es clara muestra de la complejidad del tema, en tanto existen varias valoraciones posibles frente a una complicada situación humana. Pero ocupémonos brevemente de ellas.

Fernández Sessarego, ponente del Libro de Derecho de las Personas, proponía que la declaración de existencia produjera la automática nulidad del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge de la persona cuya muerte presunta fue declarada judicialmente; basándose para ello en que, tratándose de muerte presunta, cabe la posibilidad de la plena rehabilitación civil del declarado muerto mediante el reconocimiento de existencia. De esta manera, si la persona readquiría sus derechos patrimoniales y personales, no existía impedimento alguno para que pueda suceder lo mismo dentro de su estatus matrimonial.

La Comisión Reformadora agregó una precisión a dicha propuesta: en el caso de nulidad, quien fue cónyuge de la persona cuya declaración de existencia se efectuó, debería decidir entre el primer y segundo cónyuge con el fin de contraer un nuevo matrimonio. Posteriormente, la Comisión Revisora dejó de lado ambas posiciones y adoptó la solución consignada en el actual texto del artículo 68. "

En el Derecho argentino, la ausencia -por más prolongada que ella fuera:"- no podía afectar al vínculo matrimonial; pues permitir lo contrarió, implicaba colisionar con el principio de indisolubilidad del matrimonio. Esta prescripción, "excesivamente rígida y de consecuencias injustas" en palabras de Borda, iba más allá incluso de la permisión católica de autorizar el nuevo casamiento, cuando existía la certeza moral del fallecimiento. Posteriormente, dicha orientación ha sido modificada, permitiendo

se al cónyuge contraer matrimonio, quedando disuelto el anterior vínculo matrimonial al celebrarse nuevas nupcias (BORDA, ALTERINI).

El Código Civil peruano se ha inclinado por mantener el nuevo matrimonio del cónyuge de quien fue declarado muerto presunto y luego reaparece solicitando el reconocimiento de su existencia; precepto concordante con el artículo 64, que sanciona la disolución del matrimonio del desaparecido cuando mediara declaración de muerte presunta.

Llamados a tomar posición respecto a esta opción, parece justa la asumida por el legislador. y justa, pues quien contrajo nuevo matrimonio precisamente lo hizo porque su cónyuge fue declarado presuntamente muerto, en atención al transcurso del tiempo o a circunstancias que hicieron presumir el fallecimiento. El cónyuge no esperaba más el retorno, por ello contrajo nuevo matrimonio; menos aún el nuevo esposo(a), que tampoco esperaba la eventualidad del regreso. Disponer lo opuesto, sería del todo injusto y perjudicaría inevitablemente la nueva unión; atentando contra toda lógica, pretender preservar un matrimonio (de quien se reconoce su existencia), valiéndose para ello de la destrucción de otro (del celebrado con posterioridad a la declaración de muerte presunta).

Ahora bien, tampoco es posible desafechar aquellas posiciones orientadas a soluciones distintas por cuanto, equivocadas o no, resuelven el problema desde una óptica particular; hacerlo significaría desconocer que en el Derecho las verdades absolutas no existen, sino tan solo aproximaciones.

## DOCTRINA

ALTERINI, AtilioAníbal. *Derecho Privado (primer curso)*. Abeledo Perrot. 2~ edición (1~ reimpr.). Buenos Aires, 1977, 781 pp.; BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Perrot. 13~ edición. Buenos Aires, 598; pp; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro de Derecho de las Personas*. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo M. Tomo IV. Lima, 1988, 608 pp.

## EFECTOS SOBRE LOS BIENES

-

*El reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes, conforme a ley.*

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 923. 927

*Comentario*

*César Carranza Álvarez*

Expresamos en su oportunidad, que la desaparición de una persona, que parecería ser un simple hecho de la vida real y sin más importancia colectiva que la reservada a los miembros del entorno familiar de aquél; significa un hecho de tal importancia, que el Derecho hace derivar a partir de su ocurrencia, una serie de consecuencias jurídicas, orientadas a proteger todo cuanto implique un interés para su persona.

Así, tratándose de la desaparición y habiendo transcurrido más de sesenta días sin noticias del paradero de la persona, cualquier familiar o quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, podrán solicitar la designación de curador interino, a fin de salvaguardar todo lo concerniente a su patrimonio.

Si aquélla se prolongase por dos años, desde la última noticia del desaparecido, permite la ley solicitar la declaración de ausencia. Esta presupone la formación de un inventario valorizado de sus bienes, para proceder a la solicitud de posesión temporal por parte de quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla, salvo que no hubiese persona con esta calidad, en cuyo caso se continuará la curatela establecida en el supuesto de desaparición. Si bien, quienes resultan beneficiados con la posesión temporal asumen los derechos y obligaciones inherentes a la posesión, además de gozar sus frutos, tienen como limitación reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente, y no enajenarlos ni gravarlos, salvo que medie necesidad o utilidad.

Puede suceder que, conjuntamente con el tiempo transcurrido, concurran circunstancias que efectivamente hagan pensar en el fallecimiento de la persona; frente a lo cual la ley ha establecido la procedencia de la declaración de muerte presunta ("realizada cuando dicha probabilidad prepondera sobre la de que esté aún vivo; pero no se excluye la posibilidad de esto", escribe ALBALADEJO), donde deberá establecerse la fecha probable del fallecimiento, y de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido; luego de lo cual se procederá a la apertura de la sucesión (*"hecho que autoriza a los herederos -según Planiol- a tomar posesión de los bienes de la persona que ha fallecido y que les trasmite la propiedad de los mismos"*; cit.: ECHECOPAR, Luis).

Dichos efectos pueden cesar, sin embargo. Esto es posible cuando el declarado ausente o presuntamente muerto reaparecen. En el primer caso, llegarán a su término los efectos de la declaración de ausencia, retornando los bienes a poder de su titular (o al apoderado designado por el ausente con posterioridad a la declaración), en el estado en que se encontraren, lo cual supone que "cualquier incremento o pérdida que aquel hubiese experimentado durante el período de la ausencia beneficiará o perjudicará, en su caso, al ausente" (FERNANDEZ SESSAREGO); en el segundo, será de aplicación el artículo 69 del Código Civil.

Efectivamente, el declarado presuntamente muerto puede reaparecer solicitando el reconocimiento de su existencia. Producida esta situación, la ley le faculta -por expresa disposición del artículo 69- a reivindicar sus bienes. No se olvide que declarada la muerte presunta, se produjo la apertura de sucesión, transmitiéndose los bienes del desaparecido a la esfera patrimonial de sus herederos, quienes pueden disponer de ellos, si así lo creen conveniente.

En tal sentido, debe entenderse que la persona cuya existencia ha sido reconocida, se encuentra facultado para:

- a) Reivindicar sus bienes en el estado que se encuentren, al momento de producirse el reconocimiento, no afectando la validez de los actos realizados por los herederos;
  - b) Exigir el precio no pagado o el obtenido por la enajenación de sus bienes;
  - c) Exigir la devolución de los bienes adquiridos con el producto de la venta de aquellos que le pertenecieron;
  - d) Exigir el cumplimiento de obligaciones consideradas extinguidas a raíz de su muerte
- (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

No podrá, por el contrario, pedir la restitución de las rentas, frutos ni productos obtenidos, sino desde el día de su presencia o del reconocimiento judicial; tampoco de bienes que hayan sido enajenados o de montos dinerarios que hubiesen sido destinadas al pago de obligaciones, que en suma hayan producido la disminución de su patrimonio.

En síntesis, quien obtuvo el reconocimiento de su existencia podrá reivindicar sus bienes, según el estado en que se encontraren, o el precio pagado si fueron enajenados; sin que todo aquello implique discutir o poner en duda, los actos realizados válidamente por sus herederos.

## ~ .DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. José María Bosch Editor. Vol. 1. 142 edición. Barcelona, 461 pp.; ECHECOPAR GARCIA, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica. Lima, 1999,301 pp.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Cultural Cuzco S.A. 52 edición. Lima, 248 pp.

## **DEROGADOS (\*)**

Los artículos 70 al 75 del Código Civil fueron derogados por la 71J disposición final de la Ley NQ 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- RENIEC) de 12-07-95. El texto de los artículos derogados era el siguiente:

*Artículo 70.- Los Registros del Estado Civil son públicos. En ellos se inscriben los nacimientos, los matrimonios y las defunciones.*

*El reglamento de dichos Registros determina los demás actos inscribibles conforme a ley*

*Artículo 71.- Habrá Registros a cargo de las autoridades o funcionarios competentes:*

*1. En todos los concejos municipales. 2. En los consulados del Perú. 3. En otros lugares donde fueren necesarios, por aplicación de la ley de la materia.*

*Artículo 72.- Las inscripciones se extienden en el Registro del lugar donde ocurren los respectivos hechos, con las formalidades que determina la ley.*

*Artículo 73.- Las partidas de inscripción prueban los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad.*

*Artículo 74.- Pueden hacerse rectificaciones o adiciones en las partidas de Registro sólo en virtud de resolución judicial, salvo disposición distinta de la ley*

*Artículo 75.- La persona afectada por la destrucción o pérdida de las partidas de inscripción puede probar los actos inscribibles por los medios que permite la ley, siempre que se acredite su inexistencia en el Registro respectivo.*

## Sección Segunda

# PERSONAS JURÍDICAS

### RÉGIMEN LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

*La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.*

*La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.*

#### CONCORDANCIAS:

|          |                                 |
|----------|---------------------------------|
| C.       | <i>arts. 2 (inc. 13), 89</i>    |
| C.C.     | <i>arts. 2072, 2073</i>         |
| C.P.C.   | <i>arts. 57, 58, 59, 69</i>     |
| LEY26887 | <i>arts. 2, 3, 295, 7º D. T</i> |

*Comentario*

*Javier de Belaunde López de Romaña*

Las personas jurídicas son centros de imputación normativa, formas que el Derecho proporciona para que los seres humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el ordenamiento jurídico estima dignos de amparo. Dada esta característica de ser creaciones del Derecho, el tipo de personas jurídicas que

se puede constituir es *númerus clausus*, debiendo encontrarse la forma prevista en algún cuerpo normativo, tal *como* el Código Civil o la Ley General de Sociedades. Así, si un grupo de personas decide formar una persona jurídica, deberá remitirse a la legislación y adecuarse a la forma que estime conveniente. Ello le permitirá alcanzar el fin que persigue, no siendo posible que creen una nueva clase de persona jurídica no prevista en el ordenamiento jurídico peruano. Lo dicho concuerda con lo establecido en la Constitución, pues ésta señala que las personas podrán constituir organizaciones jurídicas, pero con arreglo a ley.

De acuerdo con lo dicho, las personas jurídicas son entes que el Derecho crea, con el objetivo que los seres humanos se organicen para alcanzar ciertos fines. Al ser creaciones del Derecho, el artículo es claro en señalar que se regirán en cuanto a su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines por las disposiciones del Código Civil o de las leyes respectivas. Esta precisión resulta importante, pues las personas jurídicas tienen una vida y organización diferentes a las de las personas naturales. Por ejemplo, la persona natural es sujeto de derecho desde su nacimiento<sup>(\*)</sup> y su fin se da con la muerte, mientras que la existencia de la persona jurídica comienza el día de su inscripción, lo que constituye su "nacimiento" jurídico, y termina con la extinción. Respecto de la capacidad de la persona jurídica, en doctrina es pacífico que, en tanto es sujeto de derecho, ésta es titular de la capacidad de *goce*. Sin embargo, existen discusiones en lo que a capacidad de ejercicio se refiere. En efecto, hay autores que le niegan este tipo de capacidad, afirmando que la persona jurídica es incapaz de ejercicio y que por ello, sus derechos y obligaciones son ejercidos a través de sus representantes y otro sector, que se comparte, que admite que la persona jurídica tiene plena capacidad de ejercicio a través de sus órganos. Estimamos que las personas jurídicas tienen órganos que constituyen instancias en la formación de la voluntad. La organización que la persona jurídica contiene en su estatuto es pues una definición de ámbitos donde la voluntad de la persona jurídica se forma válidamente. Las personas jurídicas para relacionarse y para expresar su voluntad requieren de representantes, es decir de personas naturales que actúen a nombre de la persona jurídica sustentando su actuación en una previa decisión de órgano competente.

En las personas jurídicas podemos encontrar tanto la representación forzosa o legal como la representación voluntaria. En nuestro entender el representante legal es aquel señalado por la ley para que actúe a nombre de la persona jurídica. Además de esos representantes legales pueden existir representantes voluntarios con facultades amplias o restringidas.

En materia de derechos de la persona jurídica, estimamos que si bien la vida de ésta se rige por las disposiciones del Código y las leyes respectivas, los derechos y deberes que puede adquirir para el cumplimiento de su objeto social son todos los reconocidos en el ordenamiento jurídico que no sean inherentes a la condición de persona natural. Así por ejemplo, una persona jurídica gozará de los derechos fundamentales a la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, pero no del derecho a la integridad física.

(\*) No analizaremos la especial condición jurídica del concebido por no ser relevante para el ejemplo.

El segundo párrafo del artículo alude a las personas jurídicas de derecho público interno, las cuales se rigen por la ley de su creación. En este punto creemos necesario realizar dos observaciones. En primer lugar, debe entenderse que el Código define aquí cual es el acto formal para que la persona jurídica de derecho público exista: la promulgación de una ley. Las disposiciones del Código Civil solo se aplicarán supletoriamente y siempre y cuando no se opongan a su naturaleza a las personas jurídicas de derecho público interno, siendo la norma rectora de éstas la ley de su creación y las que rigen el sector público.

En segundo lugar, el párrafo bajo comentario alude a la "ley de creación" de la persona jurídica de derecho público interno. Estimamos que por ley se debe entender ley en sentido material, es decir, toda norma que tenga rango de ley, como un decreto legislativo o una ordenanza municipal, y no solo las dadas por el Congreso de la República. Esta interpretación coincide con el uso que en la Constitución se hace del término "ley", pues cuando ésta habla de ley se refiere a toda norma con rango de ley y no solo a ley en sentido formal.

## ~ DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invertiendo en el Perú*, Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP, W 36, diciembre; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial. Sociedades Anónimas*. *Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## ~ JURISPRUDENCIA

*"Si bien existe la más amplia libertad para que los fundadores indiquen las normas que han de regular las relaciones de los asociados, entre ellos y con referencia a la Asociación, sin embargo, deberán hacerla, circunscribiéndose al marco establecido en la ley, en este caso, el Código Civil"*

(R. N!! 118-98-ORLC/TR, *Jurisprudencia Registral*, Año 11, vol. VI, p. 432).

*"La persona jurídica es un centro unitario de imputación de derechos y deberes, y supone una organización de personas que actúan en su nombre".*

(Res. N!! 024-2001-ORLCffR del 18/01/2001. *Jurisprudencia Registral*. Vol XII. T.II. Año. VII. Pág. 164).

## **PRINCIPIO DE LA PERSONA JURÍDICA**

*La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.*

*La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito ya su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.*

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

### **CONCORDANCIAS:**

|                   |                                                              |
|-------------------|--------------------------------------------------------------|
| <i>C.C.</i>       | <i>arts.124, 127,130, 135, 1183yss.,2008inc.2);2024a2029</i> |
| <i>D.L. 21621</i> | <i>arto14</i>                                                |
| <i>LEY26887</i>   | <i>arts. 6, 7, 295, 7. D. T.</i>                             |
| <i>REG./NS.</i>   | <i>arto128 y ss.</i>                                         |

### *Comentario*

*Javier de Belaunde López de Romaña*

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN señalan que la persona jurídica es siempre y en última instancia obra del Estado, por lo que es el reconocimiento o atribución de su personalidad por parte de éste lo que contribuye a que surja a la vida. En este sentido, el elemento formal requerido para que el ordenamiento jurídico le reconozca personalidad jurídica a la persona jurídica de derecho privado es la inscripción en el registro, salvo disposición distinta de la ley. Así, la persona jurídica será un sujeto de derechos y deberes distinto de los miembros que la componen desde el día de su inscripción, por lo que es recién desde ese momento que tendrá existencia para el Derecho.

No obstante, es posible que entre el momento en que se produce el acuerdo de voluntades para formar una persona jurídica y el de su constitución -la inscripción en registros- resulte necesario practicar determinados actos o celebrar ciertos contratos, como el alquiler o la compra de un local. En estos casos el Código Civil de 1936 establecía que bastaba con la inscripción para que los efectos de la misma se retrotrajeran a los actos y contratos celebrados previamente. El actual Código Civil, en el presente artículo, establece que la eficacia de dichos actos queda subordinada a la ratificación dentro de los tres meses de constituida la persona jurídica.

En primer lugar, debe precisarse que lo que queda subordinado a la ratificación es la eficacia del acto respecto a la persona jurídica, esto es, la posibilidad de vincularla,

mas no la eficacia del acto en sí. Si el acto no es ratificado no será oponible frente a la persona jurídica, pero sí desplegará sus efectos frente a quien lo celebró en nombre de ésta. En este sentido, el artículo establece que quienes hubieran celebrado el acto son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros si la persona jurídica no se constituye o no ratifica el acto. Entonces, no es que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción quede subordinada a ésta y a su ratificación, sino que lo que queda subordinado es la eficacia frente a la persona jurídica.

Respecto a la ratificación, ésta constituye un requisito junto con la inscripción para que los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes que se constituya sean eficaces respecto a ésta. Si la persona jurídica no se inscribe en el registro o si los actos no se ratifican dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita, los actos celebrados en nombre de ella no le serán oponibles y serán de entera responsabilidad de quienes los hubieran celebrado. Además, la responsabilidad será solidaria entre éstos.

El problema surge al aplicar el artículo en la realidad por el poco asesoramiento legal con que cuentan muchas personas jurídicas, lo que las lleva a no ratificar los actos celebrados antes de su inscripción por desconocimiento de la ley. Sin embargo, estimamos que la ratificación no requiere ser expresa, sino que también puede ser tácita<sup>(\*)</sup>). En este sentido, si durante los tres meses posteriores a la inscripción la persona jurídica se comporta como si hubiera ratificado el acto, deberá entenderse que lo ha ratificado tácitamente. Así por ejemplo, si con anterioridad a la inscripción de una asociación se alquila un local en su nombre y luego de la inscripción la asociación comienza a hacer uso del local, ya pagar la merced conductiva, no será necesaria una ratificación expresa, pues ésta se habrá dado de forma tácita.

Se debe tener en cuenta, tanto el Código Civil (artículo 162) como la Ley General de Sociedades (artículo 7). Así, el primero precisa, en su primer párrafo que "el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración". Al respecto, en opinión que compartimos, se afirma que "la norma ha de entenderse en el sentido que la ratificación debe cumplir con los requisitos formales del poder que se hubiera requerido para el negocio celebrado que se desea ratificar" (LOHMANN).

Por otro lado, el ya mencionado artículo 7 de la Ley General de Sociedades establece que:

"La validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro está condicionada a la inscripción ya que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes. Si se omite o retarda el cumplimiento de estos requisitos, quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros" (el subrayado es nuestro).

(\*) Señala OÍEZ-PICAZO (*Ibid.* p. 587) que "La ratificación tácita es un comportamiento del principal llevado a cabo mediante actos concluyentes, que entraña una inequívoca aceptación de lo hecho por el representante (...)".

## DOCTRINA

DIÉZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. tomo 1. Tecnos. Madrid, 1998; LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. 2<sup>a</sup> edición. Grijley. Lima, 1994; CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invertiendo en el Perú*, Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. diciembre; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001. SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEL TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## JURISPRUDENCIA

"El primer párrafo del artículo 77 del Código Civil, establece que 'La existencia de la Persona Jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley', es decir, se ha optado por la inscripción registral como 'requisito determinante para atribuir formalmente a una cierta organización de personas la categoría de persona jurídica, o sea (...) centro ideal autónomo de imputación de deberes y derechos' (Fernández Sessarego, *derecho de las personas*. P. 193); sin embargo, el legislador podría - hipotéticamente- modificar a futuro el mecanismo de atribución de la calidad de persona jurídica, por ejemplo, vía reconocimiento gubernativo u otra modalidad distinta a la publicidad registral".

(Res. N° 461-2000-ORLCfR del 21/12/2000. *Jurisprudencia Registral*. Vol XI. T. II. Año. V. Pág. 139).

"Encontrándose inscrita la institución, en la fecha que se celebraron los actos jurídicos <sup>(.00)</sup> se incurre en interpretación errónea del artículo 77 del Código Civil, al afirmar que el representante como persona natural, debe responder por los actos realizados en nombre de su representada, en forma solidaria e ilimitada; de la citada norma debe entenderse que los efectos de los actos jurídicos celebrados por el representante legal del organismo no gubernamental Esade, después de su inscripción en el registro correspondiente, son de responsabilidad única y exclusivamente de la mencionada persona jurídica, y no del recurrente como persona natural".

(Cas. NI! 689-99 de/29/07/99. Exp/orador Jurisprudencia/. Gaceta Jurídica).

## DISTINCIÓN ENTRE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS MIEMBROS

*La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.*

CONCORDANCIAS:

D.L. 21621      *afl 1*  
LEY26887      *arts. 6, 31,*  
*7ºO.T.*

Comentario

*Javier de Belaunde López de Romaña*

El artículo bajo comentario tiene dos precisiones importantes, por un lado establece, aunque no con la claridad que se hubiese deseado, la distinción entre la personalidad jurídica de la persona jurídica y la de sus miembros; por otro, y consecuencia de lo anterior, la separación entre el patrimonio de aquélla y el de éstos.

La existencia distinta de la persona jurídica frente a la de sus miembros tiene su origen en la distinción entre esferas jurídicas que surge con el nacimiento de la persona jurídica. Así, al nacer una persona jurídica surge para el Derecho un nuevo sujeto de derechos y deberes, por lo que se da una autonomía jurídica entre la personalidad de ésta y la de sus integrantes. En definitiva, es el ordenamiento jurídico el que reconoce capacidad para adquirir derechos y ser sujeto de deberes y es en este sentido que reconoce a la persona jurídica como un ente autónomo y diferenciado jurídicamente.

Consecuencia de lo dicho es que los miembros de la persona jurídica no tienen derecho al patrimonio de la misma ni se encuentran obligados a satisfacer sus deudas. No obstante, el que se establezca la separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros, debido a la distinción entre sus personalidades jurídicas, no significa que al momento de acordarse la disolución de la persona jurídica e iniciarse la respectiva liquidación los miembros no puedan tener derecho al haber neto resultante.

Así el derecho o no al haber neto resultante de la liquidación depende del tipo de persona jurídica ante el cual nos encontramos, a saber, con fines de lucro o no. En este sentido, en las personas jurídicas lucrativas, tal como lo son las sociedades, los miembros -socios- tendrán derecho a participar en el haber neto en forma proporcional a su participación en el capital, salvo que el estatuto establezca otras proporciones. Por el contrario, en las personas jurídicas sin fines de lucro, como las asociaciones, los miembros no tendrán derecho alguno sobre el haber neto resultante, el mismo

que, en el caso de la asociación, habrá de ser entregado a las personas designadas en el estatuto, las que no deben ser miembros de ésta, o, en caso no haber provisión en el estatuto al respecto, ser aplicado a fines análogos en interés de la comunidad.

Por otro lado, el principio de responsabilidad limitada que establece el artículo cuando señala que los miembros de la persona jurídica no responden respecto de las deudas que ésta pueda tener, es una consecuencia de la distinción de esferas jurídicas. En efecto, si la persona jurídica es un ente autónomo y tiene una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, las deudas de aquélla no pueden ser imputadas a éstos. El artículo 78 establece el principio general aplicable, salvo excepciones expresas, a todo tipo de persona jurídica: la limitación de responsabilidad. Ello lleva a decir que la persona jurídica, por regla general, goza del principio de autonomía patrimonial perfecta. Sin embargo, existen casos, como la sociedad colectiva, en el cual rige el principio de la autonomía patrimonial imperfecta, en el cual los socios responden personal, ilimitada y solidariamente de las deudas de este tipo de persona jurídica, aunque gozan del beneficio de excusión.

No obstante el principio de autonomía aparece como una de las mayores ventajas de la persona jurídica, a veces sirve para el desvío de sus fines, para la comisión de fraudes y actos ilícitos. Ello ha motivado diversas aproximaciones doctrinarias que han tenido en algunos países un desarrollo jurisprudencial, que ha llevado a que los jueces en determinadas circunstancias puedan dejar de lado los efectos jurídicos de la constitución de la persona jurídica para vincular su responsabilidad con la de sus integrantes, impidiendo así la consumación de fraude a la ley, a terceros o abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica. En circunstancias así, los jueces han declarado que la diferencia de personalidad entre la sociedad y sus integrantes no constituye un derecho absoluto, por estar sujeto a las teorías sobre el fraude a los acreedores y el abuso de derecho. Se trata pues de evitar de que la persona jurídica se convierta en un vehículo de ilicitud, para ello la doctrina del *disregard*, como se conoce en el Derecho anglosajón, permite descorrer el velo de la personalidad para dejar de lado la distinción de esferas jurídicas antes señaladas e ir directamente a quien es miembro de la persona jurídica.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invertiendo en el Perú*. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil Peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAÚNDE LOPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo código civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP, N° 36, diciembre; FERNANDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil Peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas*. Revista de Derecho Comercial. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## JURISPRUDENCIA

*"El artículo 78 del Código Civil dispone que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros"*

*(Cas. N° 2028- T-96-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 16/03/98, p. 555)*

*"El artículo 78 del Código Civil dispone que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. Por ello, el actor no puede ser condómino de los bienes de la persona jurídica. No se trata de un caso de legitimidad activa, porque estando vigente la persona jurídica, los miembros que la componen no pueden solicitar individualmente la administración de sus bienes ante el Poder Judicial invocando su condición de condóminos de dichos bienes".*

*(Cas. N° 1804-98-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 12/01/99, p. 2461)*

*"Los miembros de una persona jurídica, que tiene existencia distinta de éstos, no resultan obligados a satisfacer las deudas de ésta"*

*(Exp. N° 1705-87-Lima, Gaceta Jurídica N° 7, p. 9)*

*"En relación a la inaplicación del artículo 78 del Código Civil, cabe precisar que las recurrentes reclaman la aplicación únicamente de la primera parte del mismo, según la cual la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros, pero olvidan que acto seguido la norma expresa y ninguno de éstos ni todos ellos tiene derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. El verdadero sentido de la acotada norma de derecho material se ilumina a partir de su texto íntegro, del cual se concluye que da existencia formal a la persona jurídica en vinculación con los aspectos patrimoniales a que el precepto alude".*

*(Cas. N° 461-97 del 03/06/98. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

## REPRESENTACIÓN DE PERSONA JURÍDICA MIEMBRO DE OTRA

*La persona jurídica miembro de otra debe indicar quién la representa ante ésta.*

### Comentario

*Javier de Belaunde López de Romaña*

Una persona jurídica puede tener como miembros tanto a personas naturales como a personas jurídicas, salvo excepciones, como en el caso de las comunidades campesinas y nativas que por disposición de la ley solo podrán estar integradas por personas naturales.

Antes de profundizar en el análisis del artículo es necesario realizar algunas precisiones. En primer lugar, la persona jurídica requiere para actuar de órganos que formen su voluntad y de representantes que la ejecuten, pudiendo unirse en una cabeza la calidad de órgano y representante, como es el caso del gerente en la sociedad anónima. El órgano, de acuerdo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, personifica a la persona jurídica, razón por la cual debe considerarse, jurídicamente, la voluntad del órgano como la voluntad de la persona jurídica. En cambio, el representante es una persona que actúa en nombre de la persona jurídica y cuyos actos son eficaces respecto a ésta y la vinculan, pero no constituyen su voluntad. Cuando un representante realiza actos jurídicos no emite la voluntad de la persona jurídica, sino que actúa en nombre de ésta, al contrario del órgano, el cual sí emite la voluntad de la persona jurídica.

En los casos en que una persona jurídica sea miembro de otra deberá nombrar un representante para que sea éste el encargado de actuar en su nombre en todo lo concerniente a su calidad de miembro de esa otra persona jurídica. De acuerdo con lo que se dijo el representante no será un órgano de la persona jurídica, pues no la personifica, sino que su actuación se encuadrará dentro de la teoría de la representación del acto jurídico, según la cual el representante actúa en nombre de la persona jurídica y sus actos producen efectos directamente respecto a ésta si son realizados dentro de los límites del poder otorgado. En este sentido, cualquier vicio en la declaración de voluntad habrá de ser visto en cabeza del representante y no del órgano que otorgó el poder de representación.

Es necesario precisar que el artículo bajo comentario no impone un deber, sino establece una carga a la persona jurídica miembro de otra que quiera ejercer ciertos

## **DEFINICIÓN DE ASOCIACIÓN**

*La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.*

### **CONCORDANCIAS:**

|                                                                       |                               |
|-----------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| <i>C.</i>                                                             | <i>arts. 2 jnc. 13), 88</i>   |
| <i>C.C.</i>                                                           | <i>arts. 124,2024 jnc. 1)</i> |
| <i>D.S. 039-2000-ITNCI<br/>(T.U.O. D.LEG. 716) artº4<br/>LEY26887</i> | <i>artº4<br/>artº 333</i>     |

### *Comentario*

*Javier de Belaunde López de Romaña*

El derecho de asociación (reconocido por la Constitución en su artículo 2, inciso 13) constituye uno de los más importantes mecanismos que el ordenamiento jurídico proporciona a los ciudadanos para que, en forma conjunta, lleven a cabo las actividades de participación política, educativa, social, cultural o deportiva necesarias para un adecuado desarrollo de las personas y de la comunidad en general. Este derecho permite a quienes tengan intereses comunes agruparse, de manera estable y permanente, alrededor de un fin no lucrativo para desarrollar y potenciar tales actividades. (FERNÁNDEZ FARRERES).

Este derecho se configura a su vez, en dos vertientes: una positiva y otra negativa. La primera, llamada también libertad positiva de asociación, es la libertad de todas las personas de constituir una asociación o de integrantes a otra, siempre y cuando cumpla con los requisitos de admisión exigidos. La vertiente negativa, o libertad negativa de asociación, es la contrapartida de la anterior y significa la posibilidad

de retirarse de una asociación, que tiene una persona o de no asociarse si no lo desea, siendo violatorio de su derecho constitucional, cualquier intento de afiliación obligatoria a una asociación, puesto que la pertenencia a una asociación constituye un acto que se integra, también, dentro de los ámbitos de la autonomía personal. (FERNÁNDEZ SEGADO).

Un elemento indispensable del derecho de asociación (lo que en doctrina se conoce como contenido esencial de los derechos fundamentales) lo constituye el derecho de autoorganización que posee la asociación civil. Este derecho de autoorganización le permite a todas las asociaciones organizarse de la manera más conveniente a sus intereses con el objeto de lograr sus fines sociales. Así se determinarán, en primer lugar, los objetivos que la asociación pretende alcanzar, los mecanismos de ingreso de futuros asociados, la distribución de cargos y responsabilidades y las sanciones que se puedan imponer a los asociados que incumplan con sus deberes pudiendo, inclusive, estipular la sanción de expulsión de un asociado por las causales que considere pertinentes, siempre y cuando éstas no violen, en sí mismas, otros derechos constitucionales.

Por ello, las personas jurídicas son instrumentos de organización de la sociedad. Aquí es donde interviene el Código Civil, que regula aquellas figuras que son idóneas para realizar actividades no lucrativas.

Con el propósito de organizar y realizar ciertas actividades las personas pueden optar por una serie de alternativas, algunas de las cuales son proporcionadas por el derecho. Cuando la finalidad que se pretende lograr tenga estabilidad en el tiempo, no requiriéndose una permanencia mínima pero sí presuponiéndose cierta duración, y siempre y cuando los fines no sean lucrativos, las personas podrán optar por constituir una asociación. Esto les dará la ventaja de contar con un nuevo centro de imputación de derechos y deberes a través del cual cumplir sus finalidades bajo un manto jurídico.

Es de suma importancia el delimitar de manera clara lo que debe entenderse por fin no lucrativo, pues no pocas veces se ha llegado a interpretaciones erróneas. Al emprender esta tarea debe tenerse en cuenta que toda persona jurídica, ya sea una asociación, fundación, comité, sociedad u otra clase, requiere de un patrimonio para llevar a cabo sus fines. Si el fin que persigue implica que la persona jurídica deba tener existencia por un período prolongado, es de por sí evidente que ésta habrá de generar algún tipo de ingresos que le permita seguir realizando los actos encaminados a lograr su fin. Así por ejemplo, si una asociación tiene por fin difundir la cultura jurídica organizando seminarios y publicando libros, es lógico que dicha asociación cobre por los seminarios y por los libros a precios que le permitan tener suficientes excedentes para seguir realizando seminarios y editando libros.

Teniendo en cuenta lo dicho podemos decir que el perseguir un fin lucrativo no se da por la realización de actividades económicas en las cuales se genere excedentes, sino por el reparto directo o indirecto de esos excedentes entre los miembros de la persona jurídica. Es importante notar que no se está lucrando cuando se vende bienes, se presta servicios o se realiza otras actividades por las cuales se cobra y de las cuales se obtiene excedentes, pues el lucro no está en la obtención de excedentes

sino en el destino de éstos. Entonces, el que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus miembros se relacionen con ella; esto es, si buscan en la realización de las actividades un beneficio propio a través del reparto de utilidades, en cuyo caso será lucrativa, o conseguir fondos para dedicarlos a realizar su fin social, en cuyo caso será no lucrativa

De lo antedicho se sigue que lo que no podrá hacer la asociación del ejemplo es repartir los excedentes generados por la venta de libros y la realización de seminarios entre sus miembros, pero sí podrá dedicarlos a continuar difundiendo la cultura jurídica.

En conclusión, la asociación, al perseguir un fin no lucrativo, podrá realizar actividades económicas que generen excedentes, pero no podrá repartirlos entre sus miembros sino que habrá de destinarlos a alcanzar su fin.

## DOCTRINA

FERNÁNDEZ FARRERES. *Asociaciones y Constitución*; FERNÁNDEZ SEGADO. *El sistema constitucional español*; IUNA VICTORIA. *El régimen patrimonial de las asociaciones civiles*. Thémis. W 5. 1986; PARODI IUNA. *Hacia la regulación de nuevos tipos legales de personas jurídicas no lucrativas: el caso de las organizaciones sociales de base*. Aequitas. W 3,1996; CAPIILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BEIAUNDE IÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú. Apoyo*. 1994; DE BEIAUNDE IÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil Peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE IÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEI TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial. Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*. Año VII, W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrol. Buenos Aires, 1993.

## JURISPRUDENCIA

"La Constitución de 1993, en su artículo 2, inciso 13, reconoce al derecho de asociación como un atributo de las personas, naturales o jurídicas, a asociarse libremente, sin autorización previa y con arreglo a la ley, con el objeto de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; así como la garantía institucional de la asociación, como forma de organización jurídica, constituida como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación, limitado en los fines que se propone, los que no serán de lucro"

(Exp. N!! 004-96-InC-Lima, Sentencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomo 1/, 5-324)

-- ~ .  
~

"La asociación implica un grupo de personas que realizan, en un espacio temporal determinado o indeterminado, una actividad en común a través de la distribución de tareas y roles para el logro de un fin altruista, personas que constituyen en última instancia su substrato material".

(R. N° 241-98-0RLCITR, Jurisprudencia Registral,  
Año 11, vol. VI, p. 435)

"Lo que define a la asociación no es la actividad común que desarrollen los asociados - que podría ser cualquier actividad-, sino la finalidad con la que se realiza dicha actividad común, que necesariamente debe ser no lucrativa, esto es, que no deben repartirse ganancias entre los asociados. Que, lo que distinguiría a las asociaciones que realizan actividades económicas de las sociedades -que se caracterizan por realizar actividades económicas conforme al artículo 1 de la Ley General de Sociedades-, sería la distribución de beneficios a los socios, que es propia de las sociedades conforme a los artículos 39 y 40 de la referida ley. (...) El mercado comprende actividades encaminadas a lograr su buen funcionamiento y que indirectamente pueden redundar en obtener un beneficio económico, no implicando ello fin lucrativo, por lo que debe revocarse el tercer extremo de la observación".

(Res. N° 024-2001-DRLCnR del 18/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 164).

"En una constitución de asociación no corresponde exigir la presentación obligatoria del Libro Padrón de Asociados, en la medida que no existe legalmente una persona jurídica, tampoco órgano decisorio como la Asamblea General de Asociados, sino solo un conjunto de personas naturales cuya voluntad se dirige a la constitución de la asociación".

(Res. N° 461-2000-0RLCnR del 21/12/2000. Jurisprudencia Registral. Vol XI. T. 11. Año. VI. Pág. 138).

## ESTATUTO DE LA ASOCIACIÓN

*El estatuto debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley.*

*Si la asociación es religiosa, su régimen interno se regula de acuerdo con el estatuto aprobado por la correspondiente autoridad eclesiástica.*

### CONCORDANCIAS:

*C.C. art.124*

*C.P.C.*

*art.235 (n.c. 2)*

*Il;J Comentario*

*Javier de Belaunde López de Romaña*

En el pacto social, que es el acuerdo por el cual un grupo de personas decide formar una persona jurídica, se encuentra el estatuto de la misma. El estatuto es, tal como lo señala GUTIÉRREZ ALBORNOZ, "un conjunto de normas que determinan la estructura interna de la persona jurídica, que rigen su actividad, que señalan sus fines y que regulan sus relaciones con el mundo exterior".

La existencia de toda persona jurídica, salvo disposición distinta de la ley, comienza con su inscripción en el registro respectivo, inscripción que se dará en mérito del pacto social que debe contener el estatuto. Al requerirse para la inscripción que el título conste en instrumento público, de acuerdo al artículo 2010 del Código Civil, el pacto social, y por ende el estatuto, habrá de constar necesariamente por escritura pública, por lo cual será jurídicamente imposible la existencia de una asociación cuyo estatuto no conste por dicho instrumento público, salvo, claro está, que exista una disposición distinta en alguna ley. Debido a esto consideramos innecesario lo establecido en el primer párrafo del artículo bajo comentario.

El segundo párrafo del artículo constituye una importante excepción al régimen general de organización impuesto por el Código Civil a las asociaciones, pues permite que las de tipo religioso tengan una organización distinta acorde con su especial naturaleza. Esto obedece a que el régimen general impuesto por el Código está pensado en función de asociaciones civiles en las cuales se tenga un consejo directivo y el órgano supremo sea una asamblea general integrada por todos los miembros. Sin embargo, esta estructura no se condice con la especial forma de organizarse de ciertas asociaciones de fines religiosos, ya que en éstas suele haber una ordenación altamente jerarquizada.

Entonces, es en atención a la especial naturaleza de las asociaciones de fines

religiosos que el Código Civil les permite establecer en su estatuto una organización que se aleje de lo estipulado para la generalidad de asociaciones.

Otro punto de suma importancia en el segundo párrafo del artículo 81 es el referido al aparente requisito de que la autoridad eclesiástica apruebe el estatuto. Si fuera esa la interpretación, es decir, si para poder constituir una asociación de fines religiosos debiera contarse con la autorización de la autoridad eclesiástica correspondiente, se estaría violando los derechos de asociación y de libertad de religión en forma asociada que reconoce la Constitución. Por tanto, una interpretación del segundo párrafo del artículo 81 que respete los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución debe aceptar que toda asociación con fines religiosos podrá regular su funcionamiento interno de acuerdo a su estatuto y que no requerirá de aprobación por autoridad eclesiástica alguna. De esta suerte toda asociación religiosa tiene el derecho de regular su régimen interno de acuerdo a su estatuto -pudiendo apartarse del régimen general establecido por el Código- sin necesidad de someterlo a aprobación alguna.

En efecto, consideramos que el artículo 81 del Código Civil no ha pretendido establecer una autorización previa a la constitución de asociaciones con fines religiosos. Lo que ha intentado es establecer un régimen de excepción para determinado tipo de asociaciones religiosas, permitiéndoles tener una organización distinta a la que el Código Civil ha previsto para las asociaciones civiles.

¿Se imaginan una orden religiosa en la cual el máximo órgano es la asamblea y no el superior jerárquico? Obviamente, es bastante difícil.

Creemos que el legislador ha tenido en mente a un tipo determinado de asociaciones que persiguen fines religiosos, concretamente a las órdenes religiosas, que para actuar en la vida civil deben, generalmente, constituirse como asociaciones. Así lo previó el artículo 9 del Decreto Ley NQ 23211 :

"Artículo 9. Las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos Seculares podrán organizarse como asociaciones conforme al Código Civil peruano, respectándose su régimen canónico interno". (El subrayado es nuestro).

El Código Civil ha querido que su régimen canónico interno -es decir su organización, las instancias de formación de voluntad, su representación, etc.- sea el que rija para su vida civil. Por ello ha establecido que su régimen interno se regula de acuerdo con el estatuto aprobado por la autoridad eclesiástica.

Conviene destacar que, en ningún momento el Código prescribe que la autoridad eclesiástica debe aprobar el estatuto; no es mandato, sino la posibilidad de un régimen excepcional, en razón de la naturaleza especial de la asociación.

De este modo se podrá inscribir como persona jurídica una orden o congregación religiosa o un instituto secular cuya organización interna (por ejemplo, la jerarquía de sus órganos) sea distinta a la prevista en el Código Civil para las asociaciones.

Ello concuerda plenamente con el artículo 9 del Decreto Ley NQ 23211. Si bien el segundo párrafo del artículo 81 no formó parte de la ponencia del Dr. Carlos Fernández Sessarego ni del proyecto de la Comisión Reformadora y su introducción en el

"".. O.

Código se debe a la Comisión Revisora, tiene obviamente como antecedente el artículo 1 057 del Código Civil de 1936, que en la Sección sobre Registros Públicos, Título del Registro de Personas Jurídicas, prescribía:

"Artículo 1057.- Para la inscripción de una comunidad religiosa, basta que el respectivo superior declare en escritura pública cuáles son sus fines y qué es una asociación permitida por la Iglesia".

Dicha norma es el antecedente del segundo párrafo del artículo 81 del Código Civil vigente. De modo bastante claro, estaba destinada a facilitar la inscripción de las órdenes y congregaciones religiosas, así como al mantenimiento de su organización jerárquica para efectos civiles.

En resumidas cuentas, el segundo párrafo del artículo 81 del Código Civil no se aplica para el caso de las asociaciones civiles con fines religiosos.

## ~ DOCTRINA

FERNÁNDEZ FARRERES. *Asociaciones y Constitución*; FERNÁNDEZ SEGADO. *El sistema constitucional español*. LUNA VICTORIA. *El régimen patrimonial de las asociaciones civiles*. Thémis. W 5. 1986; PARODI LUNA. *Hacia la regulación de nuevos tipos legales de personas jurídicas no lucrativas: el caso de las organizaciones sociales de base*. Aequitas. W 3. 1996; CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú. Apoyo*. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo código civil en lo referente a personas jurídicas, en Derecho*. PUCP. W 36. diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El Poder Judicial disuelve asociación con fines religiosos*, en *Justicia*. Agosto, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil Peruano*. Cultural Cuzco, Lim'a, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial. Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*. Año VII, W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrol. Buenos Aires, 1993; GUTIÉRREZ ALBORNOZ. *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1963.

## JURISPRUDENCIA

*"Los estatutos constituyen la 'Carta Magna' de la voluntad social"*

(Exp. N!! 1198-91-Piura, Ejecutoria Suprema del 20/09/91, SPIJ)

## CONTENIDO DEL ESTATUTO

*El estatuto de la asociación debe expresar:*

- 1.- *La denominación, duración y domicilio.*
- 2.- *Los fines.*
- 3.- *Los bienes que integran el patrimonio social.*
- 4.- *La constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación.*
- 5.- *Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros.*
- 6.- *Los derechos y deberes de los socios.*
- 7.- *Los requisitos para su modificación.*
- 8.- *Las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes.*
- 9.- *Los demás pactos y condiciones que se establezcan.*

### CONCORDANCIAS:

|      |                                             |
|------|---------------------------------------------|
| C.C. | arts. 80, 84, 86, 87, 94, 98, 113,2025 inc. |
| 1)   | <i>LEY26572 art.12</i>                      |
|      | <i>LEY26887 arts. 54, 55</i>                |
|      | <i>LEY26789 arto único</i>                  |

### Comentario

*Gastón Castillo Delgado*

El derecho de asociación presupone la libertad de quienes deciden asociarse para organizar el funcionamiento de una entidad y establecer en su estatuto las normas que van a regir sus relaciones internas. En este artículo se detallan los elementos mínimos a tomarse en cuenta para su regulación y que en conjunto constituyen características esenciales de la asociación.

Los integrantes de una asociación cuentan con libertad para regular sus relaciones internas, siempre que se norme dentro del marco legal para este tipo de persona jurídica, en consecuencia se pueden pactar reglas que en apariencia son poco democráticas y que terceros inclusive pueden tildar de inconstitucionales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se dan con el fin de preservar la realización de la pureza de sus fines o para mantener las orientaciones originarias de su administración. Por estas razones en algunas asociaciones se suele negar a determinados socios el derecho a votar en una asamblea, como ocurre por ejemplo en aquellas organizaciones que cuentan dentro de sus socios con aprendices y se quiere que solo ejerzan el derecho a voto los calificados como maestros, en otras el ejercicio del

voto está condicionado a los años de antigüedad en la organización, o también se estipula que solo será ejercido por socios que ejerzan determinada profesión u oficio, se dan casos en que se restringe el voto cuando no están al día en sus obligaciones económicas, en otras se regula que la administración solo puede estar conformada por socios fundadores, o que cumplan con cualidades previamente determinadas, así también se advierten casos en que el ingreso a una asociación se condiciona a razones de sexo, religión, lugar de nacimiento, edad.

Dentro del marco de libertad para regular las relaciones internas de una asociación también es posible establecer exigencias mayores a las legales como en el caso del quórum mínimo requerido para llevar adelante una asamblea, esta regulación admite variantes, es así que puede establecerse que para modificar el estatuto de la asociación la asamblea se instale con la presencia de todos sus asociados -asamblea universal- o con un quórum más alto que el legal, y que los acuerdos se adopten por todos los asociados -unanimidad- o mayorías más altas a las legales. Para su elaboración o modificaciones debe cuidarse de no regular en contravención de los elementos que caracterizan a la asociación, como por ejemplo no se puede establecer reglas que permitan la distribución de dividendos.

El artículo nos detalla los elementos esenciales que debe constar en el estatuto dentro de ellos tenemos:

#### 1. La Denominación, duración y domicilio de la asociación

La denominación.- Constituye un atributo de la persona jurídica que sirve para identificarla, tratándose de una asociación le corresponde la utilización de una denominación y no una razón social. Si bien las asociaciones tienen libertad para elegir su nombre, no es posible utilizar una denominación igual a la de otra asociación o persona jurídica de cualesquiera otro tipo, de hacerlo no podrán acceder al Registro de Personas Jurídicas. El registro cuando califica el nombre de una asociación ha introducido otros conceptos de identidad, estableciendo como igual, no solo la coincidencia total y absoluta entre las denominaciones sino otros como la utilización de las mismas palabras en distinto orden, variación del género, o por distinto número cuando refiere a palabras en singular o plural. La asociación al decidir su denominación deberá cuidar también que ésta se encuentre acorde con el tipo de persona jurídica, por tal razón no deberá incluirse en la denominación términos como "sindicato", "comité", "sociedad", "fundación", pues estos son términos que aluden a otras personas jurídicas y se puede confundir su tipología.

En cuanto a la utilización de un nombre abreviado en las asociaciones, si bien no se ha regulado su uso en este tipo de personas jurídicas, no existe prohibición alguna para su uso como elemento complementario de identificación y consideramos que si es posible su utilización en forma simultánea con la denominación en extenso, esta fórmula se ha admitido como válida en innumerables oportunidades en el Registro de Personas Jurídicas.

Duración.- Las personas interesadas en la formación de una asociación pueden optar por establecer un plazo fijo o señalar que éste será indeterminado, una u otra

opción estará dada en función de la estimación de sus fundadores sobre la posibilidad de que se agote el fin para el cual se asociaron o que decaiga el interés de sus asociados en seguir desarrollando sus fines. Sin embargo, lo más usual es señalar en el estatuto un plazo indeterminado, decisión que guarda relación con la naturaleza de la asociación tal como nuestro Código Civil la define, esto es, como una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas que a través de una actividad común persiguen un fin no lucrativo. Este ánimo de permanencia que se puede descubrir fácilmente en asociaciones culturales, deportivas, recreativas, religiosas, gremiales, hacen que los socios de la asociación estimen que esta sobreviva más allá de las personas naturales que la integran y optan en su estatuto por normas de plazo indefinido.

**Domicilio.-** Como toda persona jurídica, la asociación debe señalar un domicilio, entendiendo como tal al lugar donde los asociados han decidido establecer la administración, el cual será vinculante para los terceros, quienes considerarán como domicilio al que hayan decidido señalar los asociados en sus estatutos. El domicilio sirve para determinar la competencia del Registro de Personas Jurídicas en que deberá inscribirse la asociación y en el ámbito procesal el domicilio sirve para determinar la competencia del juez en las relaciones internas de los asociados en caso de impugnación de acuerdos e igualmente en sus relaciones externas. Es necesario precisar que el requerimiento del Código Civil no se refiere a indicar la dirección de la asociación sino el domicilio, por lo que bastará consignar la localidad, distrito o provincia en que se establecerá la administración. Asimismo, puede mencionarse en el estatuto que la asociación podrá establecer filiales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

## **2. Los fines**

Quienes decidan asociarse pueden optar por cualesquiera de las actividades permitidas por la ley, siempre que no persigan repartirse los dividendos que resulten del desarrollo de la actividad, el fin debe precisarse en su estatuto, la gama de motivos es muy variada, así puede establecerse la práctica de un deporte individual o colectivo, dedicarse a promover la educación, cultura, religión, cocina, la promoción de la agricultura, pesca, danza, música, la investigación científica, la adquisición de viviendas para los socios, prevención de la salud, la capacitación en un oficio o arte, la búsqueda de financiamiento, la defensa de intereses comunes, la adquisición de productos, etc., en realidad la lista de posibilidad de elección de fines a que puede avocarse una asociación es interminable.

Para la consecución de estos fines las asociaciones pueden desarrollar actividades económicas de modo habitual tan igual como lo hace una sociedad, a este respecto la diferencia entre las sociedades mercantiles y las asociaciones está dada en que las primeras tienen como finalidad distribuirse las utilidades, lo que no se da en una asociación como ya comentamos.

## **3. Los bienes que integrarán el patrimonio social**

Siendo la asociación una persona jurídica de responsabilidad limitada, los asocia

doS que la integran no responden por las deudas de ésta, para desarrollar el fin institucional y hacer frente a las obligaciones asumidas con terceros, la asociación requiere de un patrimonio, debe tener su propio peculio, que se forma con el aporte ordinario de sus socios mediante pago de cuotas, las donaciones que reciba, los bienes que adquiera como producto del desarrollo de actividades económicas, no se requiere indicar en los estatutos el valor de los mismos, debe indicarse qué bienes no integran el patrimonio cuando de sus fines se desprenda que ésta opera como una

intermediaria a fin de que no se confunda con su patrimonio.

#### **4. Constitución Y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación.**

La asamblea es el órgano de mayor jerarquía en la asociación, constituida por la reunión de asociados debidamente convocados según las formalidades, requisitos y garantías legales y las establecidas en el estatuto, para deliberar y decidir por mayoría los asuntos propios de su competencia; sus acuerdos mayoritarios obligan a todos los asociados, tanto a los que votaron a favor como a los disidentes y a los que no participaron en la reunión.

Al regular sobre las normas estatutarias, en lo concerniente a la asamblea, es conveniente incluir: los asuntos y materias de su competencia, quiénes pueden participar en ella, determinándose la forma como se efectúa la calificación de socio hábil, de tal manera que facilite la determinación del quórum, los requisitos con los que se cita a los socios, tales como, la anticipación, el medio utilizado para la citación, pudiendo utilizarse para ésta medios escritos, orales (por pregón) o electrónicos. La forma como se va a dejar constancia de la citación positiva y negativa. El lugar en que se citará a cada asociado. El contenido de la esquila, el quórum y las mayorías necesarias para adoptar la adopción de acuerdos.

Si bien todos estos requisitos son importantes para determinar la validez de la asamblea, el más delicado y difícil de hacer cumplir por quienes dirigen la asamblea es el referido a los asuntos o temas que la asamblea puede abordar válidamente; los asambleístas suelen insistir en discutir asuntos no incluidos en la citación, por esta razón es necesario regular en sentido positivo y negativo los temas que la asamblea puede o no discutir, señalando que no son válidos los acuerdos adoptados sobre temas no incluidos en la citación, con la sola excepción de aquellos acuerdos que sean una consecuencia del tema tratado.

Sobre la importancia de los asuntos u orden del día en la asamblea, considero que puede ser aplicable lo señalado por Pedro Ávila en su obra "La Sociedad Anónima", quien señala, "qué es lo más delicado de la convocatoria y lo más peligroso para la validez de la junta..."; por esta razón el estatuto debe establecer reglas de validez de la asamblea.

También se requiere en el estatuto la regulación del quórum para la instalación de la asamblea, tanto en primera como en segunda convocatoria, para lo cual deberá tener presente que puede establecerse un quórum mayor al legal pero nunca menor, incluso para determinados asuntos puede señalarse un quórum distinto incluyendo

como alternativa la reunión de todos los socios hábiles, del mismo modo se puede señalar las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos. Asimismo, puede establecerse en el estatuto que para que los acuerdos sean válidos se requiera que éstos se adopten con la presencia o decisión de determinados socios.

Igualmente, puede regularse sobre las formalidades que deben observarse al extender el acta de la asamblea materia de convocatoria, los acuerdos adoptados y el número de votos emitidos, así como las constancias que quieran dejar los asistentes. Si el estatuto no dispone algo distinto, en lo concerniente a la suscripción del acta ésta será firmada por quienes actuaron como presidente y secretario o por quienes fueron expresamente designados para tal efecto en la asamblea.

Puede establecerse en el estatuto que la asamblea general esté conformada por delegados, para tal caso debe señalarse los requisitos y procedimientos de elección.

**Administración.-** La regulación sobre la organización, funcionamiento y atribuciones del consejo directivo y de otros órganos internos merecen similar tratamiento en el estatuto al de la asamblea de asociados, debiendo cuidarse de incorporar normas sobre convocatoria, quórum y mayoría necesarios para adoptar sus acuerdos, número de personas que lo integran, los cargos y atribuciones de los mismos, plazo de duración, y en especial precisar si procede la reelección y si dichos órganos continúan en funciones al vencimiento del plazo para el que fueron elegidos, también deberá regularse para los casos en que la asamblea no se reúna para elegir el consejo directivo y quién reemplazará al presidente en casos de ausencia o vacancia.

Para sus relaciones con terceros debe precisarse qué funcionarios ejercen la representación de la asociación, cuáles son sus facultades y atribuciones, de tal manera que permita determinar de qué manera el acto realizado por el órgano o representante es imputable a la asociación. Debe establecerse quién será el funcionario encargado de dar fe de los acuerdos.

## **5. Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros**

Los requisitos que los socios fundadores impongan a aquellas personas que deseen incorporarse a la asociación en sus estatutos son variados, estar condicionados a calidades personales, profesión, edad, sexo, origen, nacionalidad. Además de estas condiciones se suele señalar un procedimiento de admisión, el más usual suele ser la presentación por otro socio, un aporte económico, una etapa de prueba. Debe establecerse también la posibilidad de salir en forma voluntaria por ser ésta una característica del ejercicio del derecho de asociación. Debe procurarse establecer en el estatuto las causas y procedimientos de exclusión de sus socios, así como los mecanismos de impugnación de estas decisiones, a fin de asegurar el derecho del asociado, la asamblea debe ser la última instancia interna a la que el asociado puede recurrir para evitar su separación. Los motivos de separación pueden ser económicos, por falta de intereses, alejamiento, ir en contra de los intereses mayoritarios y otros que deben expresarse en el estatuto.

## **6. Los derechos y deberes de los asociados**

La Constitución Política regula la libertad de asociación así como la libertad de contratación, existe libertad para determinar en el estatuto los derechos y deberes que los socios deseen otorgarse, señalando así las reglas de juego, las que sirven para determinar las sanciones al incumplimiento de normas estatutarias, de tal suerte que quienes ingresan o desean permanecer en ella tienen el derecho a que esas disposiciones se cumplan y si no son cumplidas podrán someterse a la decisión de sus órganos, de no hacerse podrán desasociarse (retirarse) o hacer su reclamación ante el órgano jurisdiccional.

## **7. Los requisitos para su modificación**

Los estatutos de una -asociación no tienen que ser rígidos, la tesis de la inmutabilidad de los estatutos de una persona jurídica tiene cada vez menos adeptos. La asociación ante la imposibilidad de prever al momento de su fundación todas las circunstancias que le permitan desarrollar con movilidad sus fines, tiene la opción de modificar parcial o totalmente aquellas disposiciones que no permiten funcionar adecuadamente.

Las modificaciones estatutarias pueden ser estructurales como en el caso de la transformación de una persona jurídica a otra, lo cual no es motivo de comentario en este tema, y modificaciones propias que pueden ser variadas y van desde cláusulas que buscan mejorar la administración como, por ejemplo, ampliar las facultades del gerente, del presidente del consejo directivo y otras que por su importancia podrían dar origen al derecho de separación de los socios como en el caso de ampliación o modificación de los fines, cambio de domicilio, incremento de cuotas o aportaciones, el estatuto puede regular en forma genérica los requisitos necesarios para estas variaciones o establecer mayores formalidades para determinadas materias.

Los cambios que se deseen introducir en el estatuto deben acordarse en asamblea bajo estricto cumplimiento de las reglas de convocatoria, quórum y mayorías previamente establecidos en los estatutos.

## **8. Las normas para la disolución**

Por la disolución los integrantes de una asociación acuerdan no seguir desarrollando sus fines, o también puede darse por mandato judicial; la disolución es un presupuesto para la extinción de la asociación, con ella se da inicio a un período de liquidación de su patrimonio y la eliminación de las relaciones jurídicas internas y con terceros, hasta llegar al fenecimiento de la persona jurídica con la extinción. La disolución se produce como consecuencia de un acto jurídico como es la decisión de la asamblea general, resolución judicial, o a consecuencia de un hecho jurídico como es el vencimiento del plazo. Corresponde señalar en el estatuto cuáles son las circunstancias que pueden y deben producirla, siendo necesaria una enumeración de éstas o dejar a la asamblea para su determinación si así se considera conveniente. Puede establecerse como causa de disolución la conclusión del fin de la asociación o que sea imposible su realización, el estatuto debe señalar los requisitos mínimos

de validez de la asamblea general para este fin, las reglas de convocatoria, quórum y mayorías necesarios, para la adopción del acuerdo.

Las circunstancias de disolución pueden estar referidas al decaimiento de la finalidad, al alejamiento de los socios, a la pérdida del patrimonio, no obstante se debe precisar que cuando concurra cualesquiera de estas causas no quiere decir que la asociación vaya a quedar disuelta pues se requiere para que esto suceda el acuerdo de la asamblea, además puede establecerse en el estatuto la forma como se levanta

### **9. Liquidación de la asociación**

el estado de disolución.

El término liquidación tiene dos acepciones, una es el estado en que se encuentra la asociación desde el acuerdo de disolución hasta la extinción, y otra como un procedimiento; en esta segunda acepción corresponde fijar en el estatuto la determinación del número de liquidadores, sus atribuciones y facultades dentro de las cuales se incluirán las que fueran necesarias para resolver las relaciones que vinculan a la asociación con sus miembros y con terceros, para disponer de los bienes de ésta a fin de cumplir con sus obligaciones y satisfacer a los acreedores, y las relativas al destino final de sus bienes, así como la de solicitar la cancelación de la asociación en el Registro de Asociaciones.

El estatuto debe regular la institución a la que se transferirá el haber neto resultante, siendo suficiente señalar que ésta será una institución que realice fines análogos, o reservar a la asamblea la atribución de hacerlo cuando acuerde disolverse o al momento de aprobarse el balance final de liquidación.

### **10. Los demás pactos y condiciones que se establezcan**

Forma parte del ejercicio de la libertad de asociación y contratación la atribución de sus asociados de establecer otras reglas que permitan a la asociación un adecuado ordenamiento en las relaciones internas de sus socios y con terceros, como por ejemplo el señalamiento de las causales y las sanciones a imponer a los asociados cuando incurran en faltas, la libertad para separarse y otras que así dispongan sus asociados y demás que estimen necesarias.

## **DOCTRINA**

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium. Lima-Perú, 1986; SALVADOR CODERCH, Pablo; VON MUNCH, Ingo; FERRERI RIBA, Josep. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Civitas S.A. 1<sup>a</sup> edición. 1997; BELTRÁN, Emilio. *La Disolución de la Sociedad Anónima*. Civitas S.A. 1997; RUBIO CORREA, Marcial. *El Derecho Constitucional de Asociación. El Notario Peruano*. Publicación realizada por la Junta de Notarios del Perú.

## JURISPRUDENCIA

"El artículo 82 del Código Civil establece los requisitos que debe contener el estatuto de una asociación, al respecto debemos señalar que dichos requisitos deben ser considerados como mínimos necesarios, de tal modo que son imprescindibles para la constitución de una asociación; sin embargo, la ausencia de uno de ellos no impedirá la constitución de la persona jurídica, en la medida que dicha materia sea regulada por el Código Civil, pues en dicho supuesto éste será aplicado supletoriamente a todo lo no previsto por el estatuto; así el inciso 4) del acotado código se refiere a la constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación; y estando a que no existen normas en el Código Civil referentes al funcionamiento del consejo directivo es necesario que el estatuto de una asociación establezca el quórum y las mayorías requeridas para que el citado órgano adopte acuerdos".

(Res. N° 024-2001-ORLC/TR del 18/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 165).

"Los estatutos de las personas jurídicas no pueden ser sometidos al control del Supremo Tribunal por tratarse de normas jurídicas nacidas de la voluntad privada, estando reservadas (sic) la interpretación de dichas declaraciones de voluntad, así como el análisis de sus posibles transgresiones a los jueces de instancias a través de la apreciación de los medios probatorios actuados en el proceso".

(Cas. NS! 3273-99 del 07/03/2000. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

, "No son inscribibles en el registro de personas jurídicas los acuerdos de exclusión de un asociado. El plazo para impugnar un acuerdo adoptado por la asamblea de socios es de sesenta días".

(Cas. NS! 136-94 del 03/05/96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).

## **LIBROS DE LA ASOCIACIÓN**

*Toda asociación debe tener un libro de registro actualizado en que consten el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos de administración o representación.*

*La asociación debe contar, asimismo, con libros de actas de las sesiones de asamblea general y de consejo directivo en los que constarán los acuerdos adoptados.*

*Los libros a que se refiere el presente artículo se llevan con las formalidades de ley, bajo responsabilidad del presidente del consejo directivo de la asociación y de conformidad con los requisitos que fije el estatuto.*

### **CONCORDANCIAS:**

|           |                  |
|-----------|------------------|
| C. de C.  | arts. 34 a/49    |
| C.C.      | arts. 84, 85, 87 |
| C.P.C.    | arto 420         |
| D.L.26002 | arts. 112 a 116  |

### *Comentario*

*Walter Poma Morales*

La exigencia que los distintos órganos de las asociaciones, y en general de las personas jurídicas, lleven libros en los que consten las actividades, operaciones, y actas de las sesiones o asambleas, tiene su fundamento en tanto que ellas permiten establecer en el tiempo, y sobre todo en su veracidad y exactitud, los distintos aspectos, y asimismo los distintos acuerdos que se hubieran tomado en los referidos órganos de la asociación.

Se entiende además, en lo que respecta a los acuerdos tomados, que la mejor forma de acreditar que ellos fueron adoptados, es precisamente transcribiéndolos en las denominadas actas, las que se extienden en los referidos libros correspondientes a cada órgano de la persona jurídica.

En este sentido Juan Espinoza Espinoza señala que la asociación requiere verificar legalmente todos los actos que realiza, en cuanto persona colectiva. Por este motivo, el artículo 83 obliga a la asociación llevar Libro de Registro, donde consten los datos esenciales de la misma (estructura y funcionamiento).

Contenidos los acuerdos en actas y éstas a su vez extendidas en los citados Libros es evidente que es necesario que se encuentren debidamente a salvo de

cualquier alteración que se pretendiera efectuar en los mismos. Por ello se entiende deben estar a cargo de algún miembro de la asociación que asuma la responsabilidad de su cuidado.

Por ello la atribución de tal responsabilidad al miembro de más alto cargo dentro de la asociación: el presidente del consejo directivo.

Como es de apreciarse la norma no extiende su tratamiento hasta agotar los distintos aspectos que se comprende en lo referido a los libros de la asociación. Ello permite afirmar que el legislador ha dejado en manos de cada asociación la regulación de tales otros aspectos, y que normalmente se regulan en el Estatuto de cada una de ellas. Distintos aspectos que comprenden el incluir mayores datos de los asociados o el de determinar que las actas se extiendan cumpliendo con requisitos adicionales, etc.

La primera referencia que este artículo hace es al Libro Registro de Asociados, también denominado Libro Padrón de Asociados que como su nombre lo dice está destinado a que en él se registren a todos los miembros de la asociación, lo cual va a servir para conocer no solo el número de ellos sino también para identificarlos. Dice al respecto León Barandiarán: "Con la inscripción en la matrícula mencionada, se obtiene también el resultado de saber en todo momento cuántos son los asociados, con la importancia que esto tiene para el cómputo del quórum y la validez de las decisiones en las asambleas generales".

Ello tiene pues una significación en tanto que importa determinar a la celebración de una asamblea o sesión de un órgano de la asociación, si ésta se constituyó con el quórum necesario establecido en el estatuto o en su caso el requerido por la ley, y a partir de ello determinar si los acuerdos fueron tomados por las mayorías que igualmente sean exigibles.

Un segundo aspecto ligado al primero es el referido al contenido que debe tener el Libro Registro de Asociados. La norma se ha referido a los datos más importantes que permitan identificar a los asociados, señalando así que debe contener los requisitos del nombre, actividad, domicilio, y la fecha de admisión de cada uno de sus miembros, indicándose a los que ejerzan cargos de administración o representación. Estos requisitos se entiende son los que necesariamente deben contener estos libros. Nada impide que cada asociación pueda establecer que a ellos se agreguen otros que estime también necesarios de acuerdo a los requerimientos de la asociación.

Esta norma no solo exige que el Libro Padrón de Asociados contenga los referidos datos, sino que adicionalmente requiere que debe ser actualizado, es decir, que debe "mantenerse siempre al día en lo que respecta a los miembros que la conforman, y además en cuanto a los datos que de ellos allí se consignan. Esto en la medida en que pueden producirse variaciones en el número de los socios, por razones de renuncia, muerte, remoción o ingreso de nuevos socios.

Este aspecto normalmente se evidencia en su utilidad, cuando se trata de la inscripción en el Registro de determinados acuerdos tomados en asambleas generales y en la que participaron asociados que no figuraban en el Libro Registro o no se tuvo

en cuenta que los asociados registrados inicialmente no tenían tal calidad a la indicada fecha.

En cuanto a la obligatoriedad de llevar este libro, cabe señalar lo que al respecto dice Fernández Sessarego: "La norma prescribe como obligatorio que la asociación lleve un registro actualizado de sus asociados...". En el mismo sentido lo señalan Carbonell Lazo, Lanzón Pérez y Mosquera Laguz al señalar: "La norma prescribe

como obligatorio que la asociación lleve un registro actualizado de sus asociados y

precisa los datos que deberán consignarse en el Libro correspondiente".

Pero no es este el único libro con que debe contar una asociación, la norma contempla que las asociaciones deben contar además con libros de actas de las sesiones de asamblea general, órgano supremo de la asociación (artículo 84 C.C.), y del consejo directivo. Al respecto debe señalarse que, al igual que los datos que debe contener el Libro Registro de Asociados, no son estos tampoco los únicos libros que puede tener la asociación, sino más bien los que obligatoriamente debe tener.

En tal entendido la asociación podría tener tantos libros como órganos comprende, y así que consten en cada uno de ellos los acuerdos que adopten.

La norma atribuye al presidente del consejo directivo la responsabilidad de llevar estos libros, lo que importa es que se encuentren bajo su custodia y vigilancia. No está de más señalar que el presidente del consejo directivo, lo es del órgano permanente de la asociación.

El llevar estos libros tampoco está al libre arbitrio de la asociación, pues debe el presidente tener presentes los distintos requisitos que al respecto establece el estatuto de la asociación.

Se dice además que estos libros deben ser llevados con las formalidades de ley. Esto implica que tales libros deben ser llevados con la formalidad que establece por ejemplo la Ley del Notariado (Decreto Ley NQ 26002, artículos 112 a 116), la cual establece que corresponde al notario certificar la apertura de libros u hojas sueltas de actas, entre otros, lo cual significa que para su utilización requieren de una legalización.

Esta legalización, como lo señala el artículo 113 del citado decreto ley, consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro o primera hoja suelta, con indicación del número que el notario le asignará, del nombre, de la denominación o razón social de la entidad, el objeto del libro, número de folios de que consta y si esta es llevada en forma simple o doble, día y lugar en que se otorga, y sello y firma del notario. Igualmente señala que todos los folios llevarán sello notarial.

Tratándose de la apertura de un nuevo libro por haberse concluido o perdido el anterior debe señalarse que todo nuevo libro igualmente corresponde seguir el trámite de su legalización. Solo se exige que se efectúe una previa verificación por el notario de que el libro anterior a quedado concluido, o que este se ha perdido, acreditándolo con la respectiva certificación de pérdida del mismo. Ello no debe entenderse, necesariamente, que tal verificación notarial importe extender una constancia de tal hecho en la hoja de apertura del libro. A nivel de la jurisprudencia registral ha

quedado claro que tal constancia puede o no ser extendida por el notario, y que en caso de extenderse ella no necesariamente debe hacerse en la hoja de apertura del libro. No obstante ello, en tanto que se pretendiera la inscripción registral de algún acuerdo, para los efectos de la calificación registral, es necesario que el notario al momento de legalizar la apertura de un nuevo libro indique el número que le corresponde a fin de verificar la continuidad de los libros, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104 de la misma Ley, que expresamente señala que el notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente del acta y demás documentos, con indicación en su caso, de la legalización del libro u hojas sueltas, folios de que consta y dónde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido.

Respecto al contenido de dichos libros cabe referirse a las actas que contienen los acuerdos. Como ya se ha dicho la norma civil no contiene norma que regule este aspecto, por lo que su contenido se encuentra fundamentalmente sujeto a lo que se regule al respecto en el estatuto de la asociación o en las normas internas que para tal efecto se dicten, siendo aplicable al caso las normas que el Código de Comercio establece respecto de los libros de los comerciantes.

No obstante ello refiriéndonos al contenido del acta debe señalarse que ella no debe ser una transcripción literal o textual de lo ocurrido en las sesiones, sino tan solo un resumen de las mismas. En todo caso sí cabría transcribir literalmente los acuerdos adoptados e igualmente en los casos de votaciones.

Los requisitos mínimos que debe tener un acta son los que resultan comunes a este tipo de documentos. Así podría decirse que deben contener fundamentalmente los acuerdos que se hubieran tomado, y las votaciones que se hubieran efectuado, además de ello deben señalar el lugar y fecha en que se lleva a cabo; asimismo la persona que dirige la asamblea o la sesión, además de otros.

## DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Editores Cultural Cuzco S.A. 4~ edición. Lima, 1990; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derecho de las Personas*. Huallaga E.I.R.L. Lima, 1996; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Compiladora, Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo IV. 3~ edición. Lima, 1988; CARBONELL LAZO, Fernando R., LANZON PÉREZ, Jorge T., MOSQUERA LAGUS, Silvia. *Código Civil*. Comentado, concordado, anotado. Tomo 2. Ediciones Jurídicas. 1996; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1991.

## JURISPRUDENCIA

... efectos de su inscripción en el Registro, la formalización de los acuerdos colegiados de toda persona jurídica debe aparecer rodeada de una serie de cautelas tendientes a garantizar tanto la realidad de su existencia, como su válida formación

*y exacto contenido y que se traducen ante todo, en la exigencia de su reflejo en actas que recojan todas las circunstancias que garanticen aquellos extremos, y cuyo contenido, una vez aprobados, se ha de extender o transcribir en libros debidamente diligenciados y acompañar se de los documentos complementarios exigidos por la ley o el Estatuto"*

*(R. N!! 231-97-QRLCITR, Jurisprudencia Reglstral, Año 11, Vol. IV, p. 330)*

*"El 'Libro de Registro de Miembros', también llamado, 'Libro Padrón de Asociados', tiene el carácter de 'documento privado', toda vez que resulta indispensable para la calificación del quórum y la determinación de la calidad de asociados en un momento dado, el mismo que según doctrina registral participa de la calidad de 'Registro de Información Administrativa"*

*(R. N!! 241-98-ORLCIR, Jurisprudencia Reglstral, Año 11, Vol. VI, p. 437)*

*"La legalización de apertura de un nuevo libro se realiza en los supuestos señalados en el artículo 115 de la Ley del Notariado - 'Para solicitar la legalización de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida'-, sin embargo, no es el Registrador el funcionario competente para comprobar que ello haya sucedido, pues éste solo verifica que se haya cumplido con la legalización de apertura, que el libro pertenezca a la persona jurídica y su concordancia con el antecedente registral, siendo el notario el competente para verificar el cumplimiento de los supuestos a que hace referencia el artículo 115".*

*(Res. N!! 062-2002-ORLC/TR del 31/01/2002. Diálogo con la Jurisprudencia. N!! 43. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 228).*

*'~ efectos de subsanar formalidades del acta de las asambleas no es necesario la celebración de una nueva asamblea como señala el registrador, pues el defecto es solo un aspecto de forma, debiendo reunirse los que firmaron el acta original a efectos de reabrirla y proceder a la nueva firma acompañados además de la firma de aquellos que no lo hicieron en su oportunidad'.*

*(Res. N° 583-2001-ORLC/TR del 17/12/2001. Jurisprudencia Reglstral. Vol XIII. T. II. Año. VII. Pág. 140).*

*"El acta de la asamblea del 16 de enero del 2000 no se encuentra inserta dentro del libro de actas de asamblea general, libro que según establece el artículo 83 del*

*Código Civil, las asociaciones están obligadas a llevar; al respecto, son aceptadas las actas extendidas en hojas sueltas para acceder al Registro, cuando se trate de asambleas convocadas judicialmente, así como en todo caso en el que el órgano que convoque a la asamblea no sea el órgano encargado de llevar los libros, situación excepcional que no se presenta en este caso"*

*(Res. N° 332-2001-QRLC/TR del 02/08/2001. Jurisprudencia Reglstral. Vol XIII. T. II. Año. VII. Pág. 138).*

*"Sobre los requisitos señalados en el artículo 83 del Código civil, respecto al libro de registro de asociados, mencionado en el tercer extremo de la observación, cabe señalar que anteriormente esta instancia se ha pronunciado en el sentido que no compete al registro verificar que la asociación cumpla con llevar debidamente sus libros, sino en lo que fuere necesario a efectos de acreditar el quórum requerido, resolución N° 208-2000-ORLCITR del 23 de junio de 12000; con mayor razón, no resulta exigible dentro de la función calificadora del Registrador que se consignen datos que no están señalados en el precitado artículo 83 del Código Civil, entre ellos que en cada hoja del libro padrón conste la firma del asociado".*

*(Res. N° 423-20D0-ORLCnR de 30/11/2000. Jurisprudencia Registral. Vol X. T. II. Año. V. Pág. 72).*

## ÓRGANO SUPREMO DE LA ASOCIACIÓN

*La asamblea general es el órgano supremo de la asociación.*

CONCORDANCIA:  
*C.C.*                   *arts. 85, 86, 87*

*Comentario*

*Luis Aliaga Huaripata*

La asociación una vez inscrita en el registro, desde un punto de vista formal o legal, adquiere autonomía respecto de sus miembros, convirtiéndose en sujeto de derecho distinto (FERNÁNDEZ SESSAREGO), tal como se colige de los artículos 77 y 78 del Código Civil; en virtud de tal autonomía, la persona jurídica posee una estructura y organización definidas y, conforme a ellas, para formarla "voluntad social" es preciso que sus miembros se hayan constituido en asamblea-general, con las formalidades y garantías exigidas por su estatuto y la ley (DE LOS MOZOS); en el caso de las asociaciones no inscritas, tal como señala el artículo 124, el ordenamiento interno y la administración se regulan por "los acuerdos de sus miembros", es decir, no existe propiamente un "órgano".

¿Quiénes integran la asamblea general?, el artículo 84 no ha señalado su composición, sin embargo, de la naturaleza de la propia asociación se entiende que "está integrada por la totalidad de los asociados que constituyen la persona jurídica" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

La asamblea general-según la doctrina-, es el órgano "dominante" de la asociación (VEGA MERE), al ser la instancia que decide en torno a las actividades, fines y demás aspectos trascendentales de la persona jurídica; constituye, un medio de expresión de la voluntad colectiva e individual-donde rige el "principio mayoritario" (los acuerdos válidamente adoptados obligan a todos los miembros)-, de los asociados, i conforme a los quórum y mayorías establecidos en el artículo 87, estos últimos se han entendido como mínimos, ya que podría establecerse estatutariamente exigencias mayores (DE BELAUNDE L. DE R.), incluso la unanimidad; asimismo, la asamblea general es un órgano de control del consejo directivo y de los propios asociados, inclusive.

Entre las facultades de la asamblea podemos citar las siguientes, elección de las personas que integran el consejo directivo, aprobación de las cuentas y balances, modificación del estatuto, disolución de la asociación y la decisión respecto de los demás asuntos que no sean de competencia de otros órganos (artículo 86 C.C.); de

lo anterior, podría deducirse que, en principio, la asamblea como órgano supremo tiene todas las facultades, salvo aquellas reservadas expresamente por el estatuto a otros órganos.

El Estado, a través del ordenamiento jurídico, no solo reconoce el derecho a asociarse libremente (inc.13, artículo 2 Constitución Política), sino que, también faculta a las personas que se asocian a autorregular su organización a través de su propio estatuto (artículo 82, C.C.), dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley, siendo estos últimos aplicables supletoriamente; en ese sentido, el estatuto constituye ley fundamental de la persona jurídica -aplicable por igual a todos sus miembros-, en tanto "conjunto de normas que determina la estructura interna de la persona jurídica, que rige su actividad, que señala sus fines y que regula sus relaciones con el mundo exterior" (GUTIERREZ ALBORNOZ); el estatuto no puede imponer obligaciones a los terceros (ej. pago de cuotas), sino que éstos en sus relaciones jurídicas con la asociación deberán respetar el derecho de autoestructura interna de la asociación en materia de representación, capacidad y facultades (LLUIS y NAVAS).

El inciso 6) del artículo 82 del Código Civil señala que el estatuto debe expresar -entre otros-, "los derechos y deberes" de los asociados, sin precisar cuáles son los derechos y deberes mínimos; solo tratándose del derecho de votación -artículo 88 del mismo cuerpo legal-, se enfatiza que "ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto"; en ese orden de ideas, la asociación en el ejercicio de la autonomía que le reconoce el ordenamiento jurídico tiene la potestad de regular estos aspectos, dentro de los límites establecidos legal y constitucionalmente.

¿Existe solo un tipo de asociado, con iguales derechos y deberes?, entendemos en principio que sí; sin embargo y dado que el estatuto es una norma de obligatorio cumplimiento para sus miembros (reconocido y protegido por el Estado), podría válidamente establecerse en el mismo -como una forma de coerción para su cumplimiento-, sanciones de carácter patrimonial o no patrimonial a los asociados que no la acaten, sea en forma de multas o restricciones temporales o definitivas en el ejercicio de los derechos, como el impedimento de asistencia y votación en las asambleas generales o la expulsión en casos extremos, resultando entonces válido la distinción entre asociados "hábiles" e "inhábiles" como ocurre en la práctica, siendo que solo los primeros pueden asistir y votar en las asambleas; consideramos que en este caso no existe forma alguna de discriminación entre los asociados, sino que la restricción temporal de derechos a unos se deriva de su propia falta a las obligaciones estatutarias; existen sin embargo, connotados especialistas que entienden que tal distinción tiene en la actualidad "discutible sustento legal" (DE BELAUNDE L. DE R.); en ese sentido, la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil-creada por Ley NQ 26394 del 22 de noviembre de 1994, modificada por la Ley NQ 26673 del 2 de octubre de 1996-, tiene entre sus propuestas el incorporar tal distinción en el Código (MUNIZ ZICHES).

**DOCTRINA**

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil*. Librería Studium. Lima, 1986, p. 84. Véase del mismo autor: *Doctrina y Legislación sobre la persona en el siglo XX*, en: *Instituciones del Derecho Civil Peruano* (visión histórica). Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Tomo 1. Lima; DE BELAUNDE L. DE R., Javier. *Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas*, en: *Congreso de la República: Reforma de Códigos*. 2~ edición. Tomo 11. Lima, 1999, p. 494; DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*. Civitas S.A. Madrid, p. 293; VEGA MERÉ, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Tomo 49. Diciembre. Lima, 1997, p. 36-B; GUTIÉRREZ ALBORNOZ, Javier. *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1963, p. 91; LLUÍS y NAVAS, Jaime. *Derecho de asociaciones*. Librería Bosch. Barcelona, 1977, pp. 125-126; MUÑÍZ ZICHES, Jorge. *Reformas al Código Civil de 1984*, en: *Comisión de Reforma de Códigos (difusión legislativa - eventos académicos y ponencias)*. Congreso de la República. Tomo 11. Lima, 1999, p. 396.

**JURISPRUDENCIA**

'~ pesar de no haber sido regulado expresamente por el Código Civil, la figura de la Asamblea Universal, tiene plena vigencia en nuestro país, considerando que la asamblea, 'es el órgano supremo de la asociación', vale decir, 'órgano dominante'

(R. N!! 241-98-ORLC/TR, *Jurisprudencia Registral*, Año 11, Vol. VI, p. 437)

## CONVOCATORIA A ASAMBLEA GENERAL

*La asamblea general es convocada por el presidente del consejo directivo de la asociación, en los casos previstos en el estatuto, cuando lo acuerde dicho consejo directivo o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados.*

*Si la solicitud de éstos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.*

*La solicitud se tramita como proceso sumarísimo. (\*)*

*El juez, si ampara la solicitud, ordena se haga la convocatoria de acuerdo al estatuto, señalando el lugar, día, hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dé fe de los acuerdos.*

CONCORDANCIA: c.p.c.

art. 546

### Comentario

Eugenia Ariano Dj

#### 1. Premisa: la asamblea general como óreano deliberante

La asamblea general de asociados constituye por su esencia el *órgano deliberante* de la asociación, la misma que está constituida -en principio, normal y potente mente- por todos los miembros de la asociación. Luego, estamos en presencia, un órgano necesariamente colectivo que como tal manifiesta la *voluntad de la asociación* a través de la fusión de las voluntades individuales de los asociados en los denominados *acuerdos*, los que una vez adoptados despliegan sus efectos para todos los asociados, hayan o no participado en la formación de los mismos.

De allí que para que los *acuerdos* o *decisiones asamblearias* puedan valer la manifestación de la voluntad del ente se requiere que la asamblea sea convocada reunida y celebrada con arreglo a las correspondientes disposiciones legales y tutarias (artículo 82 inc. 4 C.C.).

(\*) Texto del párrafo según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto Único N° 010-93-JUS de 23-04-93.

## 2. La convocatoria como primera fase en el procedimiento de formación de los acuerdos

La asamblea general presenta como nota esencial el de no ser un *órgano permanente*, en cuanto los asociados que *de suyo* la conforman, se reúnen esporádicamente y específicamente cuando son *convocados* para constituir la asamblea, en un determinado *lugar y tiempo*, con el objeto de *deliberar* la adopción de determinados *acuerdos*.

La *convocatoria*, vale decir, el *llamado* que se hace a los asociados para que se reúnan y se constituyan en concreto en asamblea general se presenta como la primera fase de todo un *procedimiento*, en cuanto cadena de actos consecutivos y entrelazados de formación de la voluntad de la asociación.

## 3. El acto de convocatoria: función del presidente del consejo directivo

El artículo 85 se ocupa solo de uno de los aspectos de esta fase: a quién le corresponde regularmente la función de realizar la convocatoria. Del primer párrafo del artículo 85 se infiere claramente que dentro de la organización de la asociación quien *debe* realizar el acto de convocatoria es el presidente del consejo directivo. Esto representa una singularidad de la asociación frente al tratamiento normativo de otras organizaciones, como es el caso de las sociedades anónimas, en las cuales el poder de convocatoria del órgano supremo del ente es dado o al directorio como órgano colegiado o genéricamente a los administradores (artículo 113 L.G.S.).

Esto implica que en las asociaciones el único que puede legítimamente convocar a la reunión de la asamblea general es quien se desempeñe como presidente del Consejo directivo y como consecuencia, el consejo directivo no puede *directamente* convocar a la reunión de la asamblea sino solo *acordar convocar*, pues el acto concreto de convocatoria podrá ser realizado únicamente tras el acuerdo por su presidente.

## 4. Oportunidades para la convocatoria

Según siempre el primer párrafo del artículo 85 la asamblea general *debe* y *puede* ser convocada por el presidente del consejo directivo: a) *En los casos previstos en el estatuto*. Esto significa que en nuestra ley, ya diferen-

cias del tratamiento de las sociedades anónimas (artículo 114 L.G.S.), no existe asamblea *legal obligatoria* alguna, pues la ley civil ha dejado en libertad a los asociados el establecer en el *estatuto* cuándo *debe ser* convocada por el presidente. *Ergo*, será el estatuto de cada asociación, y no la ley, el que establecerá la necesidad de la reunión en asamblea para tratar determinados asuntos (así, la aprobación de cuentas y balances, elección de consejo directivo, etc.) en determinados períodos temporales, recayendo únicamente sobre el presidente la responsabilidad por los daños que pudiera provocar a la asociación la no convocatoria en las oportunidades estatutarias así establecidas. Ahora, es perfectamente legítimo que el estatuto nada diga sobre las oportunidades para la convocatoria, por lo cual su convocatoria quedará totalmente librada a la voluntad del presidente;

b) *cuando lo acuerde el consejo directivo.* Como lo dijimos líneas arriba, el consejo directivo, como órgano colectivo, puede *acordar convocar*, pero no convocar directamente a la reunión de asamblea general. En estos casos, se agregará al procedimiento de formación de la voluntad de la asociación, como precedente, el acuerdo del consejo directivo y, luego, el acto de convocatoria propiamente dicho por parte del presidente, acto que ya no responderá a la mera voluntad del presidente (en aplicación del propio estatuto o por motu proprio) sino como deber del mismo frente al acuerdo del órgano de gestión.

c) *Cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados.* A fin de evitar una gestión autoritaria por parte o del presidente del consejo directivo o del consejo directivo de la asociación, la ley permite a los asociados que tomen la iniciativa de convocatoria para la reunión de la asamblea general. Pero, así como el consejo directivo no puede convocar por sí mismo a asamblea, tampoco lo pueden hacer los asociados: los asociados tienen el *derecho a solicitar la convocatoria mas no a convocara asamblea*.

En tales casos surge el deber del presidente de convocar, si la solicitud reúne los requisitos establecidos, en este caso imperativamente, por la ley. Ahora la ley no establece más requisito que el que la solicitud sea presentada por no menos de la décima parte de los asociados. Se cuestiona si el estatuto podría establecer un porcentaje mayor. En nuestro concepto la respuesta debe ser negativa. Si bien en una asociación no podemos hablar, como se hace respecto de las sociedades capitalistas, de derechos de las minorías en cuanto al control de la gestión social, gestión que le corresponde a las mayorías, bien podemos decir que latamente estamos en presencia de un "derecho de las minorías" a que se convoque a asamblea, y como tal el porcentaje establecido por la ley no puede ser variado estatutariamente hacia arriba (p. ej. establecer que se requiera la solicitud del 15% de los asociados). Si así se estableciera estatutariamente, se tendría por no puesto y primaría la disposición legal sobre la estatutaria. Pero, que esta norma sea imperativa, en el sentido que no se pueda establecer un porcentaje mayor para solicitar la convocatoria a asamblea no implica que estatutariamente pueda establecerse un porcentaje menor (p. ej. el 5% de los asociados, o que baste la solicitud de un solo asociado), en cuyo caso la cláusula estatutaria sería perfectamente legítima pues la *ratio* de la norma estriba justamente en permitir a los asociados tomar la iniciativa de la reunión de la asamblea frente a un posible manejo autoritario por parte o del presidente o del consejo directivo en el llamado al órgano supremo de la asociación. Cabe señalar que la solicitud debe dirigirse al presidente del consejo directivo, pues como ya lo hemos dicho reiteradas veces es él y solo él el que está legitimado para convocar.

Ningún requisito ulterior es establecido por la ley. Así, no se indica que la solicitud deba indicar el objeto específico sobre el que deba deliberar la asamblea, pero debe entenderse que efectivamente se precisa de la indicación del objeto a tratar.

## 5. Convocatoria judicial

El segundo párrafo del artículo 85 establece un supuesto en el cual la convocatoria a asamblea general puede ser efectuada por el juez: cuando frente a la presentación

de la solicitud de convocatoria de los asociados (en el porcentaje legal o estatutario, como ya se ha dicho) la solicitud sea expresamente denegada (entendemos por el Presidente del consejo directivo) o bien pasen quince días sin que se haya materializado la convocatoria.

Conforme a lo dispuesto en la ley el juez competente para convocar a asamblea es el "juez de primera instancia" (léase: el juez civil especializado) del domicilio de la asociación, vale decir, el juez del lugar donde la asociación haya fijado estatutariamente su domicilio (artículo 82 inc. 1).

La solicitud de convocatoria judicial debe ser presentada por los mismos asociados que la solicitaron, infructuosamente, al presidente del consejo directivo.

Uno de los aspectos más lamentables del artículo 85 es el procedimiento establecido para obtener la resolución convocatoria del juez. Como es sabido, el texto original del tercer párrafo del artículo 85 había establecido para dicho fin un procedimiento especial. Así decía el texto original: "De la solicitud (de los asociados) se corre traslado a la asociación por el plazo de tres días, y con la contestación o en rebeldía resuelve el juez en mérito del libro de registro". El procedimiento no podía ser más plausible, pues aun estableciéndose (en mi concepto innecesariamente) una estructura bilateralizada, dada la brevedad de sus plazos, en nada afectaba la verdadera esencia *no contenciosa* de la actividad del juez, el que, una vez verificado que los asociados solicitantes de la convocatoria judicial eran los mismos que habían solicitado la convocatoria al presidente del consejo directivo y que representaban, conforme al libro registro de asociados no menos de la décima parte del total de asociados, simplemente convocabía, completando con su resolución la voluntad faltante del presidente del consejo directivo que debiendo convocar no convocó.

Sin embargo, con la modificación aportada por la primera disposición modificatoria del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo W 768) este procedimiento especial ha sido eliminado, de tal forma que hoy la solicitud de convocatoria judicial a asamblea general se debe tramitar "como proceso sumarísmo", lo que no solo significa un mayor plazo de "traslado" (cinco días, primer párrafo del artículo 554 C.P.C.) -lo que no es per se nada grave-, sino la necesaria citación a audiencia (segundo párrafo del artículo 554 C.P.C.), con todo lo que ello significa, que no es únicamente un deplorable desconocimiento de la esencia de la actividad del juez (*no contenciosa*, o sea de gestión de intereses privados encomendada al juez, el que, en este caso, con su acto de convocatoria suple el acto del presidente del consejo directivo), sino una pérdida inútil de tiempo tanto para los particulares como para el juez, en un supuesto en el cual lo único que éste debe hacer es comprobar que se solicitó la convocatoria a asamblea al presidente del consejo directivo, que no se convocó oportunamente y que el número de solicitantes es el indicado por la ley, lo que a plena luz evidencia lo innecesario de llevar adelante todo un procedimiento declarativo (y pensado para asuntos contenciosos) como el sumarísmo. Resulta por demás contradictorio que para las sociedades anónimas se establezca que la convocatoria judicial se hace por el "proceso" (*rectius*, procedimiento) *no contencioso* (artículos 117 Y 119 L.G.S.) y para las asociaciones a través de un "proceso sumarísmo", todo ello sin perjuicio de aclarar que la estructura del procedimiento no contencioso está bilate

Ahora respecto del contenido, si bien la ley nada dice, es obvio que el contenido mínimo del acto de convocatoria, dado que se trata de reunir en un determinado lugar y tiempo a los asociados en asamblea para que se adopten determinados acuerdos,

será la indicación del lugar, día y hora de la reunión y el objeto de la misma, pues de lo que se trata, justamente, es deliberar y, de ser el caso adoptar (o no) determinados acuerdos, de todo lo cual los convocados deben estar debidamente informados.

En cuanto a la forma del acto de convocatoria los asociados son libres de establecer estatutariamente (a diferencia que en materia de sociedades anónimas) la forma y el modo el cual ésta convocatoria es puesta en conocimiento de los convocados.

Luego, todas las disposiciones sobre la convocatoria son normas estatutarias con lo que ello significa para los efectos de la impugnación de acuerdos (artículo 92 C.C.).

Ahora, sería posible que el estatuto nada haya dispuesto sobre la forma de realizar la convocatoria. En tales casos, dado el silencio legal, será aplicable el artículo 143 del Código Civil que establece que "cuando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

## ~ DOCTRINA

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil Peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA

*"El artículo 85 del Código Civil, no solo debe entenderse de manera literal, aplicable en casos de existencia de presidente con mandato vigente (ante quien se solicita la convocatoria), sino también y con mayor razón (a fortiori) inaplicable cuando no existe presidente ni consejo o junta directiva con facultades vigentes, pues la situación derivada de este último caso, sería más grave que el anterior, podría generar efectos negativos afectando los fines valiosos y altruistas de toda persona jurídica no lucrativa"*

(Res. NI 042-98-ORLC/TR, Jurisprudencia Registra, Año 11, Vol. VI, p. 459)

*"Conforme lo indica la primera parte del artículo 85 del Código Civil, la convocato*

*"ria a asamblea general será solicitada por no menos de la décima parte de los asociados"*

*(Exp. N! 1071-97, Resolución del 13/01/98, Sala Civil Corporativa Subespecializada en Procesos Sumarísimas y No Contenciosos de la Corte Superior de Lima)*

*"La convocatoria a asamblea general de las asociaciones debe señalar las materias a tratar, no siendo válido adoptar acuerdos respecto a materias no consignadas en la convocatoria".*

*(Res. N! 143-2002-ORLC/TR. El Peruano del 05/04/2002, Pág. 220862).*

*"La relación de asistentes a una asamblea general puede obrar en copias legalizadas o a uterica das por notario o fedatario, por tanto la relación presentada respecto de la asamblea general del 21 de octubre de 2001 en tanto obra en copia legalizada notarial es admisible, debe por tanto revocarse el inciso r) del segundo extremo de la observación"*

*(Res. N! 062-2002-ORLC/TR del 31/01/2002. Diálogo con la Jurisprudencia. N! 43. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 228).*

*"De conformidad con el artículo 85 del Código Civil, es el presidente del órgano directivo el encargado de realizar las convocatorias a asambleas, no estableciendo la citada norma ni el estatuto la formalidad que éstas deben revestir; en ese sentido, ninguna norma establece que en el aviso de convocatoria deba constar el nombre de la persona que efectúa la misma; al respecto, considerando que la convocatoria no se efectúa a título personal sino en razón al cargo de presidente que se ejerce, el Registro no podría exigir que en el aviso conste el nombre de quien convoca, bastando con que se consigne el cargo que ejerce quien efectúa la convocatoria (...) si bien el Código Civil ha dispuesto que sea el presidente del consejo directivo el que convoque a asamblea general, sin embargo, establecer una fórmula distinta en el estatuto, como que otro integrante del consejo directivo efectúe la convocatoria no afecta la esencia de este tipo de organización denominada asociación, dado que se trata de un miembro del órgano directivo elegido por la propia asamblea general, órgano supremo (Resolución N° 447 del 18 de diciembre de 2000)"*

*(Res. N° 583-2001-ORLC/TR del 17/12/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XIII. T. II. Año. VII. Pág. 143).*

*"Siendo imperativas las normas que establecen la convocatoria a asamblea general, no podrán dejar de aplicarse, aun cuando el estatuto, en su artículo 12, contempla la celebración de asamblea general extraordinaria con la asistencia de más del cincuenta por ciento de los asociados, sin convocatoria previa"*

*(Res. N° 217-2001-ORLC/TR del 22/05/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. II. Año. VII. Pág. 145).*

*"No se requiere que la junta directiva corra inscrita para que se encuentre legitimada para convocar a asamblea general, pues basta con que haya sido regularmente elegida"*

*(Res. N° 005-2001-ORLCR del 03/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 111).*

*"La nulidad de convocatoria y celebración de la asamblea general de la asociación conlleva la nulidad del acuerdo adoptado en dicha asamblea, siendo lo relevante que el demandante no haya dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo"*

*(Exp. N° 02-96 del 13/12/96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica)*

## ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

*La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.*

*Comentario*

*Max Salazar Gallegos*

Al margen de aquel sector de la doctrina que considera a la asamblea general de asociados como un obrar de la persona jurídica por sí misma (PÁEZ), sea cual fuere su objeto, en la práctica se visualiza a ésta y se le reconoce legislativamente como el órgano supremo de decisión. Como tal, es posible considerarla para las atribuciones y deliberaciones más importantes y trascendentales en la vida de aquella.

El artículo bajo análisis tiene su antecedente inmediato en el artículo 49 del Código Civil peruano de 1936 que a la letra señalaba: "Artículo 49. - *La junta general resuelve sobre la admisión de los asociados, sobre las personas que deben ejercer la autoridad directiva, y sobre los demás asuntos que no sean de la competencia de otros órganos*".

La concepción orgánica del estamento no ha variado entonces; si bien es cierto lo ha hecho su *nomen iuris*, en la medida que admitimos que para referirnos a tal órgano podemos adoptar una serie de denominaciones distintas. Sin embargo, la modificación en este acápite resulta adecuada en tanto se zanja una diferencia con aquellos órganos correspondientes a otro tipo de personas jurídicas, como pueden ser las sociedades anónimas.

Resulta obvio que para la toma de las decisiones pertinentes la asamblea debe quedar debidamente constituida; es decir, que ésta guarde las formalidades del caso, tanto en su convocatoria o reunión universal, como en la presencia y deliberación de los asuntos a tratar por parte de los asociados; así como en la materialización de los acuerdos.

El legislador, en su accionar, ha querido apartar ciertos aspectos que consideró fundamentales en la marcha de la asociación para que sean discutidos únicamente en asamblea, sea que se trate de una ordinaria o extraordinaria; no obstante el Código no hace distinción al respecto.

Existe sí un cambio de parecer en cuanto a la fórmula utilizada en nuestro anterior Código, que contrasta con el actual. Se ha obviado el pronunciamiento formal que correspondía a la admisión de nuevos asociados. Esto es atendible en la medida en

que se trata de un tema que bien podría y debe estar perfectamente regulado al interior de la asociación, estableciéndose requisitos explícitos, de tal manera que tal función pueda ser cumplida por otro órgano de menor jerarquía, simplemente remitiéndose a tales requisitos, lo que resulta más práctico.

Hay que dejar sentado que en cuanto a las atribuciones, si bien es cierto que hay quien se pronuncia por la exclusividad en la ejecución de las mismas, no es menos atendible aquél que esgrime la facultad de delegarlas, por lo menos en parte.

En este sentido, mientras no se trate de una norma de mandato imperativo, y que adicionalmente encontramos en ella la objetividad, economía y razón jurídica pertinentes, deberá ser observada como tal.

En el texto bajo comentario encontramos algunos vacíos en los que no es aconsejable dejar de recalcar.

En primer lugar, las decisiones apartadas no son las únicas importantes, y en ese rango, hay otras del mismo nivel que pudieron haberse observado, en la medida que se hace una enunciación taxativa de aquellas. En efecto, y como un ejemplo podemos mencionar: aplicación de utilidades; acuerdo de endeudamientos; apertura de establecimientos anexos; nombramiento de directores facultativos o alternos; compraventa de bienes onerosos; nombramiento de liquidadores; entre otros. Si la idea es guardar una sistemática adecuada respecto al control y marcha de la asociación, entonces se deberá conceder que estas faenas deben ser merituadas en asamblea. Si bien no se encuentran previstas en la ley, deberían estarlo en el estatuto.

En segundo lugar, la remisión última del texto podría perfeccionarse, pues al haber considerado una fórmula excluyente respecto de terceros órganos para la toma de ciertas decisiones resulta poco ilustrativa. En la práctica deberá considerarse que la asamblea puede resolver sobre: cualquier tema que el estatuto haya considerado como privativo o facultativo para ella; aquellos que los asociados decidan tratar cuando se trate de una asamblea no convocada y universal, o aquellos que figuren en agenda, cuando se trate de una asamblea apropiadamente convocada; y en general, los que la ley disponga y demás de interés social.

Esto último también debe entenderse en el extremo de que la asamblea puede y debe resolver aun cuando se trate de asuntos de la competencia de otros órganos. Si bien es cierto el estatuto puede consignar que determinados aspectos vivenciales sean vinculados a un órgano menor en específico, no debe la razón esquivar el hecho de que la asamblea es el órgano supremo de hecho y de derecho. Aquí vale aclarar. El artículo 84 de este cuerpo legal le reconoce a la asamblea el carácter de órgano, y como dijéramos en el primer párrafo de este comentario, si bien es cierto esto lo discute la doctrina, el solo hecho de haberse reconocido tal cualidad permite apreciar que como supremo, este órgano puede atribuirse excepcionalmente las facultades de los menores, sea en última instancia, en ausencia o en suplencia o per se.

De otra parte, nada obstaría para poder delegar estas ocupaciones (las que le son propias). Empero, para el legislador (FERNÁNDEZ SESSAREGO) estas son exclusivas e indelegables. En tanto no la observemos como norma de carácter impe

rativo y no exista la imposibilidad jurídica de delegar, estas facultades podrían limitarse.

Es importante mencionar que el articulado nada dice respecto a la autocomposición del consejo directivo, en el caso del fallecimiento de uno de sus miembros en medio de un período; no obstante, no encontramos razón para no consignar en el estatuto dicha fórmula. En este sentido, si la ley atribuye la designación de los miembros del consejo a la asamblea general de asociados, podemos ver aquí un claro ejemplo de una atenuación de estas atribuciones.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que toda decisión adoptada en asamblea debe tomar como antecedente inmediato el estatuto, que fijará los límites y procedimientos correspondientes para cada caso.

## DOCTRINA

PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Tercera edición. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed.Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas. 3~ edición*. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA

*"El consejo directivo es elegido por la asamblea general que es el órgano supremo de la asociación y ésta se encuentra conformada por los asociados que integran la persona jurídica, consecuentemente, si bien la elección del consejo directivo se dio al interior de un proceso eleccionario con características propias, no teniendo exactamente la estructura de una asamblea, ello no implica que la elección del consejo no se haya realizado en asamblea general, porque el desarrollo de una asamblea adopta matices diferentes, cuando se trata de elegir a los órganos de gobierno"*

(Res. N° 123-98-ORLC/TR, Jurisprudencia Registral, Año 11, Vol. VI, p. 401)

*"No se requiere para la apertura del libro registro de asociados que el presidente del consejo directivo corra inscrito a la fecha de la apertura, pues la inscripción no es un requisito previo para el ejercicio del cargo, en todo caso, incluso para solicitar al juez la convocatoria a asamblea general la asociación requiere contar con*

*un registro de asociados a efectos de acreditar la calidad de asociados de quienes solicitan la convocatoria".*

*(Res. N° 005-2001-ORLCnR de/ 03/01/2001. Jurisprudencia Registral. Volumen XI. 7/1. Año. VII. Pág. 111).*

*"En efecto el Tribunal Registral en vía de interpretación jurisprudencial ha reconocido a favor del consejo directivo facultades excepcionales de convocatoria a asamblea, cuya única agenda sea la elección del nuevo consejo directivo llamado a sucederle, pese a haber vencido su mandato; esto a fin de evitar que la persona jurídica quede sin órgano directivo en funciones y se continúe con el desarrollo normal de sus actividades; debe precisarse que esta opción adoptada en consideración a la naturaleza de la persona jurídica que no puede quedar acéfala, no implica en modo alguno la prórroga del mandato del consejo directivo, ya que de ser así este órgano podría continuar ejerciendo todas sus facultades, además de convocara asambleas con cualquier agenda".*

*(Res. N° 423-2000-0RLCflR de/30/11/2000. Jurisprudencia Registral. Volumen XI. 7/1. Año. VII. Pág. 71).*

## QUÓRUM Y REPRESENTACIÓN DE ASOCIADOS

*Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.*

*Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte.*

*Los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.*

*La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea.*

*Comentario*

*Max Salazar Gallegos*

El artículo bajo comentario impone un límite mínimo razonable de asistencia y votos para la deliberación y toma de acuerdos en las reuniones de la asamblea general de asociados. Sin embargo, la norma no señala nada respecto a la posibilidad de vetar la asistencia de algún asociado y pareciera abrir la posibilidad para un conflicto en torno a este tema.

En efecto, en la práctica encontramos que los asociados de una asociación civil como la regulada, están sujetos al pago de ciertas cuotas, ordinarias y extraordinarias, y también con determinada periodicidad. Si bien es cierto se trata de un tema que debe estar regulado en el estatuto y al cual solo se refiere de manera tangencial la ley (artículo 91 C.C.), este aspecto tiene trascendencia en las reuniones de la asamblea. Un asociado que no paga sus cuotas tiene frente a la asociación una deuda y ésta, a su vez, una acreencia sobre aquél. El carácter de esta relación jurídica puede imponer una serie de consecuencias lógicas para ambos, como puede ser la exclusión temporal (pudiendo convertirse en permanente) por parte del moroso del

seno de las asambleas, o el impedimento al voto en las mismas, y la exigencia judicial para el pago de las cuotas impagadas.

Es obvio que si el remedio temporal o definitivo a la morosidad se encuentra plasmado en el estatuto, este, como ley interna, deberá observarse en forma fiel. Normalmente, esta solución correrá por el derrotero de impedir al moroso el votar en las reuniones de la asamblea, siendo que el voto es la máxima expresión de la voluntad del asociado; aunque en algunos casos se le podrá impedir incluso su participación negándole además la asistencia.

Otro caso es aquel en el que el estatuto admite la presencia de más de una clase de asociados, donde determinada categoría podría tener restringida la facultad de voto. Esta es una circunstancia que puede presentarse y en ese sentido debe ser admitida.

Ahora bien, y siguiendo el razonamiento expresado en líneas anteriores, y respec-

to a la adopción de acuerdos, cabe aclarar la frase utilizada:

*"...Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes..."*.

Existe la posibilidad, como lo hemos enunciado, de que el estatuto presente algún tipo de sanción, por ejemplo, al asociado moroso, restándole la facultad del voto; no

obstante, este podrá asistir a las asambleas y computar su presencia para establecer el quórum. En este caso, deberá entenderse el precepto de adopción de acuerdos como aquel donde valga el voto de aquellos asociados concurrentes y hábiles para ejercer su derecho, excluyendo a los inhábiles. Sin perjuicio a ello, el estatuto también podría comprender de plano, La exclusión del moroso de la asamblea, con la consecuente sanción al voto. Lo mismo para el caso de establecer mayorías.

Todavía esto, como hemos señalado, siempre que exista el antecedente estatutario, de lo contrario, y conforme al texto expreso del artículo, cualquier asociado podrá participar y decidir en asamblea legalmente constituida.

El antecedente legislativo, el artículo 50 del Código Civil peruano de 1936 rezaba: "Artículo 50.- La junta general adoptará sus decisiones por mayoría de votos de los presentes, salvo las reservas de los estatutos.

No votará el asociado cuando se trate de asuntos en que tenga interés el mismo, su cónyuge o sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o afines dentro del segundo".

Asimismo, la primera parte del actual artículo 87 guarda una gran semejanza al primer párrafo del artículo 21 del Código Civil italiano de 1942.

Podemos observar como es que actualmente se ha obviado en el articulado la mención a los intereses opuestos que podrían presentarse entre el asociado y la asociación. Entendemos en este paradero que en tanto se han suprimido ciertos artículos, ha sido para darle más funcionalidad al Código y las regulaciones concernientes a este tipo de persona jurídica, librando al arbitrio de las partes la posibilidad de reglamentar a su criterio estos temas. Sobre el particular, si bien el propio estatuto

puede contener normas que establezcan las limitaciones al voto en caso de intereses opuestos, queda la remisión precisa al artículo 92 del Código, para la impugnación de aquellos acuerdos considerados violatorios de disposiciones legales o estatutarias. Sin embargo, a falta de mención expresa por parte de la ley, bueno será que el estatuto de toda asociación mencione de manera clara que habrá lugar a la impugnación en el caso se lesionen los intereses de la asociación, de cualquier modo, mediante la adopción de determinados acuerdos, sea que se vea o no favorecido determinado asociado o grupo de ellos.

De otra parte, y con relación al número de asistentes, debe tomarse en cuenta que se trata de un quórum mínimo y nada obsta para que el estatuto solicite mayorías más altas para la toma de acuerdos, incluso, podría llegar a requerir la presencia del total de asociados para tal efecto. Esto, obviamente, en mérito a las apreciaciones de los asociados.

La norma es clara en precisar que para la instalación de la asamblea y la deliberación para la toma de acuerdos en general, hay necesidad, en primera convocatoria, de la concurrencia de más de la mitad de los asociados, entendidos estos como los que cuentan con el derecho a concurrir propiamente, como ya hemos explicado en líneas anteriores.

Esto no tiene nada que ver con la formalidad o aviso para la instalación. Aquí lo que se pretende es lograr una asistencia mínima, considerada necesaria para la buena marcha de la asociación. Esto se explica en la medida en que se cumple el objetivo de informar a los asociados respecto de los temas que interesan a la persona jurídica y el de poder discutir y votar con un mínimo de representatividad, con lo que la mayoría se encontrará al tanto de lo concerniente a estos temas.

En segunda convocatoria, bastará la asistencia de cualquier número de asociados.

En ambos casos, se señala, los acuerdos deberán adoptarse por más de la mitad de los concurrentes. Esta fórmula no resulta la más adecuada en tanto no siempre los concurrentes, si bien pueden formar parte para el cómputo del quórum, gozarán del derecho a voto. Este puede ser un caso muy frecuente, ya falta de estipulación legislativa, deberá recurrirse a la estatutaria.

Otro es el caso del quórum calificado, el mismo que la ley reserva para dos temas o decisiones de particular importancia: la modificación del estatuto y la disolución de la asociación. En estos dos casos se requiere en primera convocatoria las mismas reglas del caso anterior, pero en segunda convocatoria las decisiones deben adoptarse con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte (obvamente, este último porcentaje responde al criterio del legislador).

Asimismo, las condiciones para la convocatoria, para un tercer o cuarto llamado, en caso desecharlo, deberán regularse por la ley interna.

La asamblea está constituida por asociados. Sin embargo, y a efecto de no frustrar la marcha de la asociación, la ley propone una fórmula para el caso de ausencia de sus miembros. Se plantea entonces la facultad de los asociados para otorgar poder en otras personas, de tal manera que estos califiquen para el quórum y expre

sen parecer y voluntad en las reuniones que se susciten. En este caso, el interesado confiere el poder de acuerdo a su propio interés; es decir, se hace representar para en caso de ausencia poder tomar parte en las discusiones y decisiones mediante interpósita persona; y hacer quórum en caso haga falta, además de limitar o extender el poder de representación conforme a su voluntad.

La ley tampoco limita la representación para uno u otro acto en particular, por lo que debe entenderse que ésta puede convenirse para cualquier tipo de asamblea (ordinaria o extraordinaria), en la cual, asimismo, se trate de cualquier tipo de agenda.

Existe un caso de excepción para la "reunión" de asociados, y es el caso en que se convoque a una asamblea donde asista una sola persona en representación de todos y cada uno de los asociados.

Ahora bien, la regla general dicta que cualquier persona puede representar a un asociado en asamblea, siempre que este último le otorgue poder, pero, tal y como lo señala el artículo, por excepción, el estatuto puede exigir que tal representación esté a cargo obligatoriamente de otro asociado, con lo cual, si bien se limita el universo de personas a las cuales delegar poder, también es cierto que es una forma de mantener en reserva los asuntos que competen a la asociación, solo para conocimiento de los asociados, quienes son la parte interesada.

Las consideraciones expuestas para formar quórum y tomar acuerdos, como mínimos indispensables, son de observancia obligatoria por parte de todas las asociaciones; es decir, se trata de una norma de carácter imperativo.

Para que opere la representación es necesario entonces un acto formal por parte del poderdante: otorgar poder. Este acto debe encontrarse revestido de las formalidades que la ley señala (en concordancia con el artículo 140 del mismo Código).

En principio, el poder deberá constar por escrito. Si se trata de un poder de representación destinado a servir para una sola asamblea, bastará que conste en cualquier medio escrito, señalándose su carácter especial para dicha asamblea.

En caso se desee otorgar un poder para más de una asamblea, es necesario que dicho poder conste por escritura pública.

## DOCTRINA

PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Tercera edición. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*. Ed.Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001 ; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA

*"No procede amparar la inscripción del consejo directivo de una asociación si es que no es posible determinar la concurrencia de los socios al acto de sufragio respectivo, el quórum de la asamblea y por ende, la validez de los acuerdos en ella adoptados"*

(Res. N!! 038-97-ORLCffR, Jurisprudencia Registral, Año 11, Vol. ,V, p. 302)

*"Para que se celebre válidamente la asamblea general con el objeto de elegir al consejo directivo, se deberá reunir el quórum requerido, según se trate de primera o segunda convocatoria"*

(Res. N!! 292-2002-ORLCffR del 13/06/2002. Diálogo con la Jurisprudencia N!! 46. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 224).

*"Dentro de la función calificadora que realiza el Registrador Público está la facultad de verificar que la asamblea general ha ya cumplido con el quórum en la instalación así como la mayoría requerida para adoptar los acuerdos a inscribir, según se trate de primera o segunda convocatoria, conforme a lo regulado en el estatuto de la asociación; para ello resulta indispensable que se presente la relación de asociados asistentes firmada por las personas concurrentes, así como el libro padrón de asociados; por cuanto del cotejo de ambos documentos se comprueba el quórum".*

(Res. N° 332-2001-ORLCffR del 02/08/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XIIII. T.II. Año. VII. Pág. 139).

*"El artículo 86 del Código Civil establece que la asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, mas no señala a qué órgano corresponde revocar a los integrantes del mismo; al respecto en principio ha de señalarse que -no estando contemplada dicha materia en el Código Civil-, las asociaciones tienen plena libertad para regularla en su estatuto, no existiendo limitación para establecer el órgano al que corresponde acordar la revocatoria; de otra parte la designación de los reemplazantes en caso de revocatoria puede atribuirla el estatuto al consejo directivo o al presidente del consejo directivo, ya que si bien el Código Civil establece que a la asamblea general le corresponde la elección de las personas que integran el consejo directivo, se entiende que le corresponde la elección regular u ordinaria, resultando admisible que en caso de vacancia el estatuto asigne la función de cubrir las vacantes al propio consejo directivo; por lo tanto, debe revocarse el quinto extremo de la observación"*

(Res. N° 024-2001-ORLCnR del 18/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T.II. Año. VII. Pág. 165).

*~ efectos de acreditar que la asamblea se celebró con el quórum requerido, debe*

*presentarse el listado de asociados asistentes a cada asamblea, en copia certificada notarial o autentificada por fedatario.*

*La asamblea universal es una alternativa para aquellas personas jurídicas que no tienen directivos con mandato vigente, es decir, con facultades para convocar válidamente a una asamblea, siendo que la 'universalidad' de la asamblea debe ser evaluada por el Registrador así como por esta instancia con criterios de calificación apropiados de acuerdo a su naturaleza, de manera que merituando los documentos se tenga plena certeza de que quienes concurren a la asamblea están efectivamente legitimados para ello al ser asociados ya su vez representar a la totalidad de los miembros de la persona jurídica"*

*(Res. N° 005-2001-DRLC/TR del 03/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 114).*

*"No se requiere la inscripción del representante de la asociada, sea esta persona natural o jurídica, u organización de personas no inscrita, sino que basta con que dicha representación se acrede ante la propia asamblea mediante documento privado, no requiriendo se acrede ante el registro, pues ninguna norma así lo dispone".*

*(Res. N° 006-2001-ORLC/TR del 03/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 136).*

## DERECHO A UN SOLO VOTO

■  
*Ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto.*

*Comentario*

*Max Salazar Gallegos*

Esta norma constituye una novedad con respecto al Código Civil anterior. Se consagra de manera expresa la regla: "un asociado, un voto", de tal forma que la asamblea se constituya por pares, donde todos los asistentes gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a la asociación.

No obstante lo acotado, el Código Civil del 1936 contenía una norma., el artículo 50, que bien puede considerarse su antecesora, al señalar que: "*La junta general adoptará sus decisiones por mayoría de votos de los presentes, salvo las reservas de los estatutos*"; es decir, que cada asistente tendría derecho a un voto, siempre que no exista impedimento estatutario.

La calidad de asociado entonces es en principio la misma en todos los miembros, y en tal sentido, la voluntad de los mismos se expresa en igualdad de condiciones, ya sea por sí o mediante representante.

Hay que aclarar que la calidad de asociado es la misma dentro de la clase a la que cada asociado pertenezca. Debe tomarse en consideración para este tema, lo expuesto en los anteriores artículos respecto al derecho al voto. En este sentido, no todos los asociados tendrán en mérito a su condición, la misma cantidad de derechos, y podrá haber alguno que no goce de esta facultad. Pueden existir, por ejemplo, asociados fundadores; asociados adherentes; asociados honorarios; etc.; cada cual con una distinta carga de deberes y derechos. Sin embargo, si se goza del derecho, se hará uso del mismo de la forma indicada, es decir, contabilizando un voto por persona.

El artículo bajo comentario deberá entenderse como la limitación impuesta para aquellos que sí gozan del derecho de expresar su voluntad mediante el ejercicio del voto; y no como obligatoria para todos los asociados (merced a su condición, como ya dijimos).

Este ejercicio, en todo caso, corresponderá a la persona natural o jurídica que aparezca como asociado en el libro de registro (padrón) respectivo de la asociación, el que deberá estar actualizado (conforme a las disposiciones del artículo 83 del Código Civil).

El voto implica una gran responsabilidad, y por tanto, su uso puede estar restringido, no solo para aquellos asociados, que como hemos indicado, carezcan del goce del mismo per se; es decir, por su calidad exenta de tal privilegio (cuestión debida

mente confirmada por el estatuto), sino también para aquellos que de alguna manera tengan de manera coyuntural o permanente, intereses, si bien no opuestos, po.r lo menos sí en conflicto con la institución.

Al mencionar el artículo 83 del Código Civil líneas atrás, hicimos referencia al libro de registro de asociados. Este último, de acuerdo a ley, debe indicar qué asociados ejercen cargos de administración. El precepto apuntado, para el caso que nos encontramos analizando, es de particular interés, pues no solo cumple una función informativa, sino también de prevención.

En efecto, la lectura del libro padrón nos ayudará a verificar quienes de los presentes en una asamblea, además de asociados, conforman también parte de los órganos de administración general, como pueden ser el consejo directivo, las gerencias, y demás cargos u órganos internos. Si la agenda a tratar, por ejemplo, tiene que ver con la fiscalización de sus funciones, estas personas, obviamente, tendrán una opinión subjetiva, donde la valorización de sus actuaciones no se entenderán comprometidas primero con la institución, sino con ellas mismas, como asociadas y administradoras a la vez.

En este y otros casos similares, el estatuto puede disponer que estas personas deban abstenerse de votar; lo que no constituirá una privación ilegítima de sus derechos. Bastará entonces con verificar en el registro respectivo la calidad de cada uno de los presentes para poder hacer funcionar la fórmula y evitar infructuosas deliberaciones y decisiones que puedan dañar de una u otra forma la buena marcha de la asociación.

El paralelo al voto en este tipo de personas jurídicas corresponde a lo que sucede en las sociedades de capital, y en particular las sociedades anónimas. Allí el voto no es "personal" sino que rige el precepto "una acción es igual a un voto". Esto, por supuesto, si bien es la regla, tiene sus atenuantes, pues en ese tipo de personas jurídicas también pueden existir ciertas variantes a considerar, como es el caso de las diferentes clases de acciones; algunas con derecho a voto y otras no; el voto acumulativo como modalidad de elección, etc.

La razón de tal regla es que al contrario de lo que sucede en la asociación, el accionista paga por serio mediante la suscripción y/o compra de un título nominativo al que denominamos "acción". En este sentido, la inversión es la que garantiza la capacidad de decisión en reunión, y con razón. Una persona que aporta la mayor parte de recursos necesarios para el desarrollo de la actividad (lucrativa), tiene derecho a manifestar con mayor relevancia y a decidir en superioridad, la manera como se organiza y gestiona el proceso de producción (aunque en la práctica, en las grandes corporaciones, ello no ocurra por diversas razones). Hay una relación de propiedad e interés privado que no se encuentra en el caso de las asociaciones civiles.

La acción también tiene la característica de ser indivisible, lo que no es óbice para que una acción tenga más de un propietario, pero esta deberá ser representada por alguno de ellos, en caso sea computada para establecer quórum y posteriormente para el voto.

## **DOCTRINA**

PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Tercera edición. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*. Ed.Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁN DEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001 ; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## CALIDAD PERSONAL DEL ASOCIADO

*La calidad de asociado es inherente a la persona y no es trasmisible, salvo que lo permita el estatuto.*

### CONCORDANCIAS:

*C.C.:*

*arts. 80, 82 incs. 6) y 9)*

### *Comentario*

*Beatriz Parodi Luna*

El presente artículo deriva del carácter persona lista de la asociación. En efecto, de conformidad con el artículo 80 del Código Civil, la asociación es fundamentalmente una organización estable de personas (naturales o jurídicas, o ambas) que a través de una actividad en común persigue una finalidad no lucrativa; es decir, en una asociación prima el elemento personal, lo que se denomina el "espiritu asociativo", entendido éste como la aptitud intencional de agruparse en base al convencimiento de satisfacer un objetivo o interés en común.

Como consecuencia de lo anterior, la calidad de asociado es inherente a la persona y, en principio, no es transmisible (objeto de cesión), salvo que lo permita el estatuto. De manera general, se reconoce el carácter personal de la condición de asociado, pero esta característica no lo es esencialmente o, de otro modo, no constituye un requisito de orden público en materia de asociaciones. En efecto, naturalmente en una asociación prima la unión de personas agrupadas en torno a un objetivo común compartido por éstas; sin embargo, nada impide que los mismos asociados, a través del estatuto, establezcan la posibilidad de transmisión de la condición de asociado, por así considerarlo conveniente a los intereses sociales. Piénsese, por ejemplo, en asociaciones de un volumen importante de asociados o, en cierto tipo de asociaciones en donde existe un interés patrimonial (sin que ello implique vulnerar la finalidad no lucrativa propia de una asociación), como es el caso de los clubes de playa.

La transmisibilidad de la condición de asociado implica la transmisión de los derechos y deberes inherentes a tal condición; así, por ejemplo derecho de voto en la asamblea general de asociados, deber de pago de cuotas, entre otros. Sin embargo, el tratadista Juan PÁEZ realiza la distinción entre atributos de carácter personalísimo a determinado asociado y atributos que tendrían la condición de accesorios a la condición de asociado. Así, en el primer caso, no se puede transmitir la antigüedad; de ahí que no se podría transmitir la condición especial de "asociado vitalicio", por ejemplo. En el segundo caso, se cita el caso del asociado que, por haber pagado determinadas sumas ha adquirido un derecho especial (como, por ejemplo, uso perma

*nente de ciertas instalaciones), el cual representa una ventaja material que puede ser materia de transferencia a tercero.*

por otra parte, es importante tener en cuenta que, aun cuando el estatuto permita la transferencia de la condición de asociado, la asociación como tal no puede permanecer ajena a esta situación. Por tanto, resulta necesario que se formalicen al interior de la asociación los acuerdos sociales destinados a la incorporación (admisión) del nuevo asociado (cesionario) y retiro del anterior asociado (cedente); procediendo, además, a realizarse las anotaciones pertinentes en el Libro Registro de Asociados, a que se refiere el artículo 83 del Código Civil.

## DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero: Studium*. Lima, 1986; LUIS Y NAVAS, Jaime. *Derecho de Asociaciones*. Bosch. Barcelona, 1967; PÁEZ, Juan. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; LÓPEZ-NIETO y MALLO, Francisco. *La Ordenación Legal de las Asociaciones*. 2@ edición. Dykinson. Madrid, 1995.

## JURISPRUDENCIA

*"La libertad de asociación impide que se le obligue a un club a tener como socio a una persona con la que sus miembros no quieren asociarse"*

(*Exp. Ni! 871-95-Lima, Ramírez Cruz, Eugenio, "Jurisprudencia Civil y Comercia!", p. 165*)

*"Resulta evidente que el derecho de igualdad expresamente reconocido en la Constitución ha sido violado en perjuicio del demandante, al recibir trato diferente a otros asociados que incurrieron como él en la falta de pago de sus cuotas de asociados".*

(*Exp. Ni! 871-95-Lima, Voto Singular del señor Roncal Valdivia y Vásquez Cortez, Ramírez Cruz, Eugenio, "Jurisprudencia Civil y Comercia!", p. 165j*)

## RENUNCIA DE ASOCIADOS

..  
*La renuncia de los asociados debe ser formulada por escrito.*

### CONCORDANCIAS:

C. artº 2 jne. 13)  
C.C. arts. 82 jne. 5), 91

*Comentario*

*Pedro Álamo Hidalgo*

Este artículo debe concordarse con el inciso 5) del artículo 82 del Código Civil, relativo al contenido del estatuto de la asociación, en el sentido de que ineludiblemente la renuncia de los asociados debe revestir la forma escrita, esto es, que la norma comentada tiene la característica de la imperatividad, sin que por ejemplo el estatuto admita la posibilidad de la renuncia por otro medio distinto o alternativo y es que la forma adoptada responde a la necesidad de establecer una fecha cierta para los efectos del artículo 91, es decir, para determinar hasta qué momento el asociado renunciante está obligado a pagar las cuotas a su cargo (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El derecho a asociarse se encuentra consagrado en el inciso 13) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, de lo que se desprende que así como existe un derecho positivo de solicitar la pertenencia a una asociación y de ser admitido de acuerdo a las reglas propias que la gobiernen, también y como ejercicio del derecho constitucional de constituir y/o conformar asociaciones, cabe el derecho de renunciar a ella en cualquier momento, guardando no obstante la formalidad antedicha.

Ahora bien, la omisión de la renuncia escrita a la asociación o la renuncia formulada de manera distinta a la prevista en la ley, no va a generar otros efectos que los de estimar como asociado hábil -si estuviera al día en sus cuotas- o asociado en la situación de mora en el pago de sus obligaciones -asociado inhábil-, a la persona de que se trate, con lo que, en este último supuesto, se abriría las puertas de la exclusión o separación de la asociación por la mora en el cumplimiento del deber primordial de todo asociado como es el pago de sus aportes.

Surge en este punto la cuestión de la validez de la renuncia hecha a través de medios electrónicos, teniendo en mente la innovación de la legislación a este respecto provocada por la Ley N° 27269 -Ley de Firmas y Certificados Digitales- y la modificación del artículo 141 del Código Civil, es decir, si p.ej. un asociado envía un correo electrónico a la dirección también electrónica de la asociación con el contenido de la renuncia a su pertenencia. En principio, debemos reputar válida la renuncia instrumentada por este medio a raíz de la reciente incorporación del artículo 141-A al Código Civil que determina que "*en los casos en que la ley establezca que la manifiesta*

ción de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o se requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo... ", haciendo la salvedad de que la fortaleza y aceptación de esta modalidad estará en relación directa con la reglamentación de la Ley acotada y de la efectiva intervención de las llamadas entidades de certificación y de registro.

Con la premisa de que la asociación puede estar integrada por personas naturales y/o jurídicas, es pertinente preguntarse a quién le corresponde formular la renuncia cuando estemos ante la presencia de un asociado persona jurídica, a la persona natural nombrada por ésta para que la represente o al órgano competente de la persona jurídica. La solución reposa en nuestro concepto en las facultades con que ha sido investido el representante: si entre ellas está la de apartarse de la asociación no quedará otro remedio que aceptar la renuncia escrita que presente. En caso contrario,,el órgano respectivo -si no estuviere previsto en el estatuto, el órgano por defecto es la asamblea general en el caso de asociaciones y comités y el directorio en las sociedades anónimas- deberá pronunciarse sobre este hecho, aclarando sin embargo que. la manera de expresar el acuerdo será siempre a través de una persona natural, que ordinariamente es el presidente del consejo directivo o el gerente general.

## ~ DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invertiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*, Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

## EFECTOS DEL RETIRO Y LA EXCLUSIÓN DE ASOCIADOS

*Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones.*

CONCORDANCIA:  
C.C. arts. 89, 90, 660, 661

### Comentario

*Pedro Álamo Hidalgo*

En el entendimiento de que los aportes de los asociados pasan a formar parte del patrimonio de una persona distinta a sus miembros, radica el sustento de la norma comentada. Entregados o efectuados los aportes, los asociados no tendrán derecho a pedir reembolso alguno. Tan es así que uno de los rasgos que definen a la asociación es que inclusive a su disolución, el haber neto resultante puede ser entregado a cualquier persona natural o jurídica, menos a quienes hayan sido sus integrantes.

Aunque el patrimonio se forma con las aportaciones y cuotas de los socios, no es, en principio, propiedad expectante de ellos, pues cuando se disuelve la asociación -a diferencia de las sociedades- su destino habitual no es el reparto entre los socios (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA).

Pero, así como los asociados no tienen derecho alguno a los aportes, tampoco les son exigibles las obligaciones contraídas por la asociación.

El privilegio de no pagar las obligaciones de la asociación tiene como contrapartida el no tener facultad para exigir el reembolso de las aportaciones efectuadas a la asociación (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Se explicitan en el artículo dos categorías de asociados: los renunciantes y los excluidos; y se agrega una más relativa a los sucesores de los asociados muertos. Acerca de los asociados renunciantes, el término para los efectos del pago de las cuotas dejadas de abonar será la fecha de la presentación de su renuncia escrita. De allí en adelante no le será exigible pago de aporte alguno, ordinario o extraordinario, por cuanto se presupone el ejercicio de un derecho constitucional. Del mismo modo como se facilita la solicitud para formar parte de una asociación, también está implícito el derecho de apartarse voluntariamente y en cualquier tiempo de la misma, sin que quepa la aplicación de disposiciones estatutarias contrarias a esta atribución, como podría ser el hecho de fijar un plazo para la aceptación de la renuncia.

No debemos perder de vista esta facultad -renuncia de la asociación- por el hecho de que la baja es la única posibilidad que tiene el asociado de escapar a las consecuencias de una modificación de estatutos o de cualquier decisión de la asamblea general o la junta directiva: por ejemplo, una elevación de cuotas (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA).

La exclusión de los asociados forma parte del contenido del estatuto de la asociación, pudiendo responder a tantas motivaciones como asociaciones hayan, habiendo en este sentido el legislador dado amplio margen a los asociados para establecer las causales, el procedimiento, el órgano que declare la separación -a falta de designación del órgano competente, le corresponderá a la asamblea general declararla-, etc. En tales supuestos, el plazo máximo a tener en cuenta para reputar exigible el pago de obligaciones pendientes será el de la fecha del acuerdo de exclusión, sin que a semejanza de lo dicho para la renuncia se acepte la disposición estatutaria que p.ej. establezca que la exclusión del asociado rige a partir de la notificación del acuerdo respectivo o del trascurso de cierto plazo contado a partir de la decisión. Así como se da de alta a un asociado por medio de su admisión y es desde ese momento que le son exigibles las obligaciones, entre ellas, el pago de las aportaciones, no cabría argumentar de manera distinta cuando de darle de baja se trate -exclusión-, esto es que debe regir el criterio inverso de la liberación de obligaciones desde la fecha del acuerdo correspondiente.

Los sucesores de los asociados responden de las cuotas dejadas de abonar por su causahabiente, inscribiéndose esta medida en los alcances del artículo 660 del Código Civil, que estipula que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Trátase de sucesores a título universal como los herederos o también están incluidos los sucesores a título particular como los legatarios. En principio, asistimos a la hipótesis de los herederos del asociado, sin descartar la posibilidad de que el legatario nombrado en el caso de la sucesión testamentaria sea el llamado a cumplir con la obligación de las aportaciones debidas por haberlo dispuesto así el testador. Quedan obligados hasta la fecha del fallecimiento. Arguir en contrario, implicaría que de alguna manera se transmite la calidad de asociado en contravención de la regla desarrollada por el artículo 89 del Código Civil. Como este numeral permite que el estatuto disponga lo contrario, cabría la posibilidad de que la calidad de asociado se transmita a uno de los sucesores, en tal caso, estará obligado no solo por las deudas que haya podido dejar el *de cuius*, sino además las que después de la muerte del transmitente le sean imputables por el hecho de haber asumido la condición de asociado.

En el orden procesal, la asociación podrá demandar al asociado renunciante, al excluido y al sucesor del asociado fallecido, en cualquiera de las siguientes vías procedimentales: conocimiento, abreviado y sumarísimo, dependiendo de la cuantía de la deuda dejada de pagar, agregando que también lo puede hacer en la vía del proceso ejecutivo siempre que se cuente con el título respectivo.

## **DOCTRINA**

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*, Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

## **JURISPRUDENCIA**

*"La separación de un asociado por falta de pago de las cuotas a que está obligado no invalida o deja sin efecto los derechos reales adquiridos"*

(Exp. N° 1573-92-Lima, Gaceta Jurídica N° 31, p. 6-A)

## IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACUERDOS

*Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.*

*Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.*

*Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.*

*Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo.*

*La impugnación se demanda ante el Juez Civil de/domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado. (\*)*

CONCORDANCIAS:

*C.C. art 87  
c.p.c. art.486*

### Comentario

*Mariella Aldana Durán*

La doctrina mayoritaria señala que el derecho de impugnación judicial de acuerdos es un derecho esencial de los asociados, que les permite ejercer un control sobre las decisiones que adopten tanto la asamblea general de asociados como el consejo directivo, facultándolos para actuar judicialmente contra los acuerdos que sean contrarios a la ley y el estatuto (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Sin embargo, en nuestra opinión, se trata más bien de la limitación del derecho de acción de los aso-

ciados en el ámbito de los acuerdos de la asociación. Así, si no se hubiera regulado el derecho de impugnación judicial de acuerdos en el artículo bajo comentario, los

(\*) Texto del párrafo según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

asociados tendrían el derecho a solicitar la declaración de invalidez de los acuerdos de la persona jurídica en virtud del derecho de acción que ostentan, que permite a todo sujeto de derecho acudir a los tribunales pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Dicho derecho de acción no se vería limitado por los breves plazos para la impugnación de acuerdos que establece la norma, ni se encontraría sujeto su ejercicio a las exigencias formales que en el artículo bajo comentario se establecen.

## 1. Órgano ante el que se formula la impugnación de acuerdos

El Código Civil menciona únicamente la impugnación ante el órgano judicial. Sin embargo, en el estatuto se puede establecer que la impugnación se efectuará en sede arbitral, conforme al artículo 12 de la Ley General de Arbitraje - Ley NQ 26572, que regula el "arbitraje estatutario".

## 2. Acuerdos susceptibles de impugnación

### a) Órgano que adoptó el acuerdo

De la redacción del artículo bajo comentario se concluiría que se ha previsto la impugnación de los acuerdos de la asamblea general, puesto que se señala que las acciones impugnatorias pueden ser interpuestas por los asistentes que dejaron constancia de su oposición, por los asociados no concurrentes y por los privados ilegítimamente de votar.

Cabría preguntarse si los asociados podrán impugnar los acuerdos del consejo directivo. Al respecto podría considerarse que -dado que el Código Civil no ha previsto expresamente la impugnación de estos acuerdos-, los cuestionamientos a los mismos deben ventilarse al interior de la asociación, correspondiendo a la asamblea general como órgano máximo de la asociación el pronunciarse respecto a dichos acuerdos, pudiendo ser modificados o dejados sin efecto por la asamblea general. Sin embargo, consideramos que, empleando la analogía, debe admitirse también la impugnación de los acuerdos del consejo directivo que violen las disposiciones legales o estatutarias. Así, si se admite que acuerdos adoptados por el máximo órgano de la asociación sean cuestionados en sede judicial, con mayor razón debe admitirse que acuerdos adoptados por el órgano directivo sean igualmente cuestionados.

### b) Causales de impugnación

El Código Civil ha previsto que la causal de impugnación sea la violación de las disposiciones legales o estatutarias. La norma no diferencia entre la violación de disposiciones legales imperativas o dispositivas.

Si se hubieran violado normas imperativas, se trataría de acuerdos nulos, conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Al respecto, cabe preguntarse si la nulidad podrá ser alegada por cualquier interesado, o por el Ministerio Público, o ser declarada de oficio por el juez, tal como lo dispone el artículo 220 del Código al regular la nulidad del acto jurídico. La respuesta dependerá del modo en que se interprete el artículo 92: puede interpretarse que ha limitado la facultad de cuestionar

I validez de los acuerdos, de manera que únicamente los asociados podrán impugnarlos. Contrariamente a ello, puede interpretarse que el artículo bajo comentario ha

negulado el modo en que los asociados pueden impugnar los acuerdos, pero el modo

en que los terceros pueden hacerlo se regula por las normas generales de nulidad del

acto jurídico, interpretación que consideramos la apropiada.

En lo atinente al contenido de las normas legales o estatutarias, puede distinguirse entre aquellas que regulan la forma en que se adoptó el acuerdo (requisitos de convocatoria, quórum, mayorías, lugar de celebración) ~ aquellas que atañen al fondo (límites de competencia y poder, y prohibiciones) (A VILA).

No se ha previsto que sean impugnables aquellos acuerdos que, sin violar disposiciones legales ni estatutarias, lesionan los intereses de la asociación, causal de impugnación que ha sido recogida en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades. Este último dispone que serán impugnables los acuerdos que lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

### 3. Legitimación activa

#### a) Quiénes se encuentran legitimados

El Código Civil ha previsto que se encuentran legitimados a impugnar los acuerdos únicamente los asociados. Sin embargo, ello no impedirá que los terceros formulen pretensión de nulidad de los acuerdos de la asociación al amparo de las normas generales de nulidad del acto jurídico, tal como se ha expresado en el numeral precedente.

En tanto resultaría un contrasentido que los asociados que estuvieron presentes en la asamblea y votaron a favor del acuerdo lo impugnarán, el Código Civil ha establecido que la acción impugnatoria solo podrá ser ejercida por los asistentes que dejaron constancia en el acta de su oposición al acuerdo, por los no concurrentes y por los privados ilegítimamente de emitir su voto.

Los requisitos que se exigen a los asistentes a la asamblea son excesivos, como lo demuestra la práctica, puesto que no basta con el voto en contra, sino que además se requiere la constancia en el acta de la oposición al acuerdo. Tomando en cuenta que el control de la redacción del acta lo tiene el consejo directivo, (usualmente, quien ejerce el cargo de secretario), es posible que no se cumpla con dejar constancia en el acta de la oposición al acuerdo formulado. Una interpretación literal de la norma llevaría al juez a declarar improcedente la demanda en tales casos. Sin embargo, consideramos que si el demandante señalara en la demanda que se opuso al acuerdo pero los encargados de la redacción del acta no cumplieron con reflejar tal oposición, el juez no debería declarar improcedente la demanda, debiendo admitir otros medios probatorios para demostrar la oposición, tales como la declaración de testigos.

#### b) Modo de acreditar la legitimación

44!

En tanto los asociados deben constar en el libro de registro de asociados a que hace referencia el artículo 83 del Código Civil, la legitimación se acreditará con copia del referido libro. Dado que los libros de la asociación son llevados bajo responsabilidad

lidad del presidente del consejo directivo, nuevamente aquí se presenta la posibilidad que no se proporcione al asociado copia del referido libro para acreditar su legitimación ante el juez, caso en el que será necesario ofrecer como prueba la exhibición del mencionado libro.

#### 4. Leeitimaclón pasiva

La legitimación pasiva recae exclusivamente en la asociación, pues el acuerdo impugnado ha sido adoptado por ésta. Lógicamente, al contestar la demanda, la asociación será representada por sus directivos o apoderados.

#### 5. Petitorio

En el proceso de impugnación de acuerdos lo que se pide es la invalidación del acuerdo, lo que implicará que no surta efectos. Ahora bien, dado que la vida asociativa continúa, es conveniente solicitar también la invalidación de los actos que se deriven del acuerdo que se impugna.

#### 6. Medidas cautelares

El artículo bajo comentario no regula las medidas cautelares que podrán solicitarse en el presente proceso, a diferencia de las normas que regulan la impugnación de acuerdos en la Ley General de Sociedades, resultando de aplicación en consecuencia exclusivamente las normas que establece al respecto el Código Procesal Civil.

##### a) Anotación de demanda

El Código Procesal Civil contempla la anotación de demanda en los registros públicos en el artículo 673, el que propiamente regula la anotación en los registros de bienes y no en los de personas, puesto que señala que la anotación de demanda procede cuando la pretensión está referida a derechos inscritos, añade que el registrador cumplirá la orden siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito y concluye señalando que la anotación no impide la transferencia del bien. Al aplicar esta norma a las anotaciones de demanda de impugnación de acuerdos, se ha presentado con cierta frecuencia la observación, por parte de los registradores públicos, en el sentido que para anotar la demanda se requiere que el acuerdo que se impugna conste inscrito. Sin embargo, el órgano de segunda instancia registral se ha pronunciado en sentido contrario, considerando que la medida resulta cautelatoria de los intereses de las partes litigantes y de los terceros que se pudieran vincular con la persona jurídica (Res. NQ 88-97-0RLCfTR del 20-3-97). Si se exigiera la previa inscripción del acuerdo que se impugna, durante el período que medie entre la inscripción del acuerdo y la anotación de la demanda, se produciría una falsa apariencia de firmeza del acuerdo (Á VILA).

##### b) Suspensión del acuerdo

La suspensión del acuerdo que se impugna no se encuentra regulada en el Código Procesal Civil, constituyendo una medida cautelar genérica, que debe ser dictada con suma cautela por el juez, considerando el principio de presunción de validez del acuerdo

, en aras a la estabilidad y correcto funcionamiento de la persona jurídica que lo adoptó (JIMÉNEZ DE PARGA).

## 7. Allanamiento, conciliación, revocación y sustitución

El Código Civil no ha establecido que no proceda el allanamiento o conciliación, los que sin embargo tendrán especiales matices en el proceso de impugnación de acuerdos de la asociación, puesto que fundamentalmente podría dudarse de la facultad de los representantes de la asociación que comparecen en el proceso, de allanarse o conciliar en el sentido de dejar sin efecto un acuerdo adoptado por la asamblea general.

Tampoco se han contemplado los efectos que la revocación o sustitución del acuerdo que se impugna por otro válidamente adoptado pudieran tener en el presente proceso, lo que en cambio sí se encuentra contemplado en la Ley General de Sociedades, la que establece que en tales casos el juez mandará tener por concluido el proceso (artículo 139). Conclusión del proceso que consideramos también procederá en el caso de las asociaciones, puesto que el objeto del proceso es que no surta efectos el acuerdo impugnado, lo que se logra con la revocación o sustitución por otro, produciéndose así la sustracción de la materia.

## 8. Plazo

### a) Cuál es el plazo

El plazo para la impugnación de acuerdos que el Código Civil señala no es claro. El segundo párrafo del artículo bajo comentario establece que las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor a sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pero el tercer párrafo establece que si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Lo que puede válidamente interpretarse de dos distintas maneras:

- Se puede entender que el plazo señalado en el segundo párrafo es aplicable a todos los acuerdos, sean inscribibles o no, añadiendo el tercer párrafo una limitación a dicho plazo en el supuesto que el acuerdo se inscriba. De manera que para los acuerdos inscribibles -incluso cuando el acuerdo aún no se ha inscrito-, si transcurren sesenta días desde la adopción del acuerdo, el plazo habrá vencido. Asimismo, aun cuando no hayan transcurrido sesenta días desde la fecha en que se adoptó el acuerdo, el plazo vencerá si el acuerdo se inscribe y transcurren treinta días.
- Puede también interpretarse que la norma ha señalado dos plazos distintos, según se trate de acuerdos inscribibles o no: el plazo de sesenta días desde la fecha de la adopción del acuerdo para aquéllos no inscribibles, y el plazo de treinta días desde la inscripción para los acuerdos inscribibles.

### b) Efectos del transcurso del plazo

La norma no señala si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad, a diferencia de la Ley General de Sociedades, que expresamente establece que los

plazos para impugnar los acuerdos sociales son de caducidad. Sin embargo, usualmente se considera que los plazos en el artículo bajo comentario son de caducidad declarando los jueces fundadas las excepciones de caducidad que se deducen~  
do los plazos señalados han vencido. A este respecto se señala que en la medida que se trata de un derecho a accionar, es consustancial a ello que extinguiéndose la acción, se extinga también el derecho, lo que corresponde a los casos de caducidad  
(RUBIO CORREA).

Ahora bien, si los plazos han vencido, los asociados no podrán impugnarlos judicialmente, pero -en nuestra opinión-, ello no impedirá que terceros con interés legítimo demanden la declaración de invalidez de los acuerdos, resultando de aplicación para los terceros los plazos generales de anulabilidad y nulidad.

### ~ DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*, Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

"Las acciones impugnatorias que violen las disposiciones legales o estatutarias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Que este plazo es uno de caducidad y funciona para el caso de autos aun cuando la nulidad demandada se funde en las del acto jurídico previstas en los incisos seis y siete del artículo 219 del Código Civil"

(Exp. NI! 1095-95, Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo 1, p. 33)

"El plazo de sesenta días contenido en el artículo 92 del Código Civil para ejercitar la acción impugnatoria debe entenderse hasta el momento de interposición de la demanda, que es el momento en que se ejercita el derecho de acción"

(Cas. NI! 1778-97-Callao, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 14/10/98, p. 1912)

"El segundo párrafo del artículo 92 del Código Civil señala que las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a

"

~...  
.....

*partir de la fecha del acuerdo; en este sentido, el justiciable asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias de la asociación dentro del plazo antes señalado; derecho que caduca cuando transcurre el tiempo sin que accione, produciéndose la caducidad del derecho"*

*(Cas. NIJ 1390-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 14/05/98, p. 1030)*

*"Cuando la inscripción de un acuerdo de asamblea general tuvo lugar como consecuencia de un mandato judicial y éste es posteriormente declarado nulo; dicha nulidad alcanza al asiento extendido en virtud del mismo sin requerirse que se declare la nulidad del acuerdo de la asamblea general"*

*(Res. NIJ 004-2002-ORLCfR del 04/01/2002. Diálogo con la Jurisprudencia NIJ 43. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2002. Pág. 238).*

*"Otra de las razones para admitir la anotación de demanda en el Registro, es a efectos de enervar la apariencia de acto firme que tendría la posible inscripción del acuerdo impugnado para los terceros de buena fe, evitándose un período de falsa apariencia de firmeza entre la inscripción del acuerdo impugnado y la anotación de la demanda de impugnación del mismo. Que, estando a los argumentos esgrimidos, sí resultaría registrable la anotación de demanda de impugnación de acuerdos que no se encuentran inscritos en el Registro de Personas Jurídicas"*

*(Res. N° 232-2001-ORLCfR del 31/05/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 134).*

*"El artículo 92 del Código Civil establece que todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales y estatutarias, el citado artículo garantiza así a los asociados su derecho inherente de impugnación de acuerdos que les permite ejercer un control sobre las decisiones que adopte la asamblea o el consejo directivo; sin embargo, el artículo 20 del estatuto señala que el consejo es en segunda instancia el órgano ejecutivo y administrativo de la asociación... resuelve en instancia única e inapelable las apelaciones de los asociados respecto a los actos funcionales de los directivos, contra lo resuelto en segunda instancia por el consejo directivo no procede jurisdiccional impugnativa; contraviniendo de ese modo el artículo 92 del precitado código, por lo que debe confirmarse el séptimo extremo de la observación y ampliarse la misma por cuanto de la redacción del artículo 20 del estatuto se advierte que en principio se señaló que el consejo directivo tiene competencia para resolver sobre los actos funcionales de los directivos en instancia única e inapelable; sin embargo, más adelante se indica que resolverá en segunda instancia y no procede jurisdiccional impugnativa y contra lo resuelto en primera instancia solo procede arbitraje, no desprendiéndose en qué casos conoce en primera y en segunda instancias por lo que deberá aclararse la redacción del citado artículo, teniéndose presente que si se niega la posibilidad de acudir al Poder Judicial vía impugnación de*

*"acuerdos debe preverse la posibilidad de someterse al arbitraje estatutario conforme se regula en el artículo 12 de la Ley General de Arbitraje"*

*(Res. N° 024-2001-ORLC/TR del 18/01/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XII. T. 11. Año. VII. Pág. 165).*

*"El artículo noventidós del Código Civil contiene una norma en la que se prevén dos plazos para impugnar acuerdos sociales, uno de sesenta días a partir de la fecha del acuerdo y otro de treinta días siguientes a la fecha de la inscripción; el segundo es un plazo adicional, pues el interesado para interponer la acción no debe esperar a la inscripción para poder iniciarla y bien puede proceder dentro del plazo de sesenta días desde que fue adoptada"*

*(Cas. NI! 2566-99 del 11/01/2000. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

*"El plazo para formular impugnación judicial de acuerdos, se encuentra referido a los actos jurídicos y es de naturaleza sustantiva. El señalado por días se computa por días naturales. No resulta de aplicación el plazo por días hábiles, pues la norma al fijar el plazo no hace distingo alguno"*

*(Cas. NI! 49702-98 del 20/09/99. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

*"No siendo inscribible en el registro de personas jurídicas el acuerdo de separación o exclusión de un asociado, no resulta de aplicación la tercera parte del artículo noventidós del Código Civil"*

*(Cas. NI! 136-94 del 03/05/96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica).*

## RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS

*Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.*

CONCORDANCIAS:

C.C.                           artº 145 y ss.  
LEY26789                   artº único

*Comentario*

*Juan Espinoza Espinoza*

### 1. Precisiones conceptuales en torno al óreano y a la representación

La figura del *órgano* aparece a finales del siglo antepasado, en el Derecho público

alemán (M.S. GIANNINI). Para tener una idea del atormentado recorrido de su noción en la doctrina (que pasó al Derecho privado), resulta oportuno citar que "la historia del concepto de órgano, de sus desviaciones y, digámoslo, de sus aberraciones, puede servir para demostrar con cuanta fatiga y con cuanta lentitud, una categoría jurídica llega a su límpida y exacta definición" (S. ROMANO). Partiendo de la premisa que toda organización de personas implica, ineluctablemente, una distribución de funciones, podremos llegar a tener una idea del concepto de órgano, el cual no es unívoco.

Una persona jurídica, como cualquier organización de personas, puede ser vista de dos maneras: la primera, *estática*, como estructura organizada y la segunda, *dinámica*, vale decir, como unidad funcional. La distribución de funciones implica, a su vez, la individualización de funciones. Dichas funciones (individualizadas) tienen que ser realizadas por personas que estén *encargadas* para ello. El *oficio* (en el sentido de encargo, empleo, competencia o incumbencia), también puede ser percibido en una manera dual: o en un sentido técnico-administrativo (*oficio-organización*) o en un sentido jurídico (*oficio-función*). El primer tipo de oficio es lo que se conoce como *dependencia* (o también *oficina*) y el segundo es el *cargo*, propiamente dicho (M.S. GIANNINI).

El *oficio*, entendido en sentido funcional "es el titular de una de las funciones de la organización" (M.S. GIANNINI). El *oficio*, en sentido jurídico, "es un elemento organizativo del ente, pero jurídicamente conformado. En su conformación es idéntico al

oficio en sentido funcional: es tributario de una función definida, compuesto de prestaciones de personas y de cosas. La diferencia entre oficio en sentido jurídico y oficio funcional está en que en el primero, el contenido que lo conforma, es objeto de una disposición jurídica: la función está definida por el mandato jurídico, el cual dispone acerca de las prestaciones de personas y de cosas, esto es, en términos jurídicos más precisos, acerca de los servicios personales y reales al oficio" (M.S. GIANNINI).

La función, en tanto asignada al oficio, tiene relevancia jurídica, sea a nivel de relaciones internas (entre los oficios de la persona jurídica) como a nivel de relaciones externas (entre la persona jurídica y otros sujetos). En las relaciones internas define la competencia de los encargados del oficio y determina la responsabilidad interna, de los titulares y los encargados del oficio, frente al ente (M.S. GIANNINI).

El oficio, en sentido jurídico, no es un instrumento para los efectos de la imputación, o sea, para los efectos de ser sujeto de derecho. El concepto de oficio es *neutro* respecto de las imputaciones, en el sentido que sirve solo para explicar la distribución de las funciones en la organización del ente. Por ello se afirma que "instrumento para los efectos de la imputación es el órgano y son órganos solo aquellos oficios que las normas indican como idóneas para operar la imputación jurídica al ente. Esta, y no otra, es la distinción entre oficios (en sentido jurídico) y órganos" (M.S. GIANNINI).

La función del órgano es la de "simplificación de estructuras a los efectos de la certeza de las relaciones y de la más segura tutela de las situaciones jurídicas de los sujetos involucrados por las actividades de las personas jurídicas" (M.S. GIANNINI).

En suma, como ha sido acertadamente destacado en doctrina (GALGANO), el concepto de órgano se origina en la concepción ochocentesca de la teoría orgánica de la persona jurídica, entendida como una entidad social que, a semejanza del hombre, tiene una propia voluntad (asamblea general) y la ejecuta (a través de los miembros del consejo directivo). El uso de este concepto, que se utiliza también en el lenguaje legislativo, prescinde en la actualidad de vinculación con la teoría orgánica: "indica simplemente, a aquellos que tienen el poder de cumplir actos jurídicos vinculantes para el ente, sean éstos actos internos, como las deliberaciones de las asambleas, o actos externos, como los contratos concluidos por los representantes" (GALGANO).

Sobre la base de estos modelos dogmáticos diseñados por tan autorizada doctrina, en un escenario práctico, si una persona contrata, por ejemplo, con el presidente del consejo directivo de una asociación, si bien es cierto que *ontológicamente* está interactuando con una persona natural, desde un plano *jurídico*, lo está haciendo con la propia persona jurídica, a través de su órgano.

Conceptualmente, el *órgano* no debe ser confundido con la *representación*. Hay quien afirma, siguiendo a un sector de la doctrina italiana que "la genuina representación supone dos esferas jurídicas (la del representante y la del representado), de modo que uno es sujeto de actuación y otro de imputación" (LOHMANN LUCA DE

TENA). Sin embargo, se advierte, tanto a nivel de la eficacia del negocio concluido en nombre de la persona jurídica, como de la responsabilidad de la representación de las personas jurídicas, que no existen diferencias entre *órgano* y *representación*

(LOHMANN LUCA DE TENA). Es por ello que se afirma que, en el caso de las personas jurídicas "nos encontramos con un *sui géneris* fenómeno de representación, pero no ante un caso de ausencia de ella" (LOHMANN LUCA DE TENA), reservándose la denominación de "representación orgánica" para el ejercicio de las funciones del órgano, y la de "representación voluntaria", cuando la misma persona jurídica (a través de sus órganos) otorga poderes, a una tercera persona, para algún acto determinado. Por ello, en la representación orgánica, se "actúa socialmente" y corresponde a los miembros del consejo directivo de la asociación y en la representación voluntaria, es decir, "la conferida a otra persona física o jurídica que no integra el órgano de representación", se actúa a título personal, aunque en nombre de la persona (en este caso, la jurídica). En nuestro sistema jurídico, para ambos casos se aplica lo dispuesto en el Título Tercero del Libro 11 del Código Civil.

## 2. Hacia una interpretación sistemática del artículo 93 del Código Civil

Al remitir a los asociados que forman parte del consejo directivo de la asociación a las reglas de representación, en aplicación del artículo 148 Código Civil, debe entenderse que los mismos responden solidariamente frente a la persona jurídica. No responderá solidariamente el miembro del consejo directivo que no ha participado en el acto causante del daño o que deje constancia de su oposición.

Si comparamos la situación del miembro del consejo directivo con el miembro del directorio de la asociación, se verá que el director puede eximirse de responsabilidad si es que ha manifestado su disconformidad con el acuerdo de directorio generador del daño, sea en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, "siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial" (artículo 178 L.G.S., Ley NQ 26887, del 05.12.97).

La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo directivo ante la asociación es de naturaleza contractual. Sin embargo, si la actividad de los miembros del consejo directivo daña a un asociado individualmente considerado (ejemplo, si se le excluye de la asociación sin motivo justificado o no se le permite ejercer sus derechos como asociado), la responsabilidad será de naturaleza extracontractual. Dentro de este último supuesto, también se encuentra el tercero (como podría ser un acreedor de la asociación), que se pudiera perjudicar con el actuar dañino de los miembros del consejo directivo. Es importante distinguir la responsabilidad (personal) de los miembros del consejo directivo, de la responsabilidad de la persona jurídica (en este caso, la asociación) por los actos de los miembros del consejo directivo. El artículo 93 del Código se refiere al primer tipo de responsabilidad.

La responsabilidad de la asociación frente a terceros podría configurarse de las siguientes formas:

- 1) La responsabilidad *ultra vires* de la persona jurídica, vale decir, cuando realiza actos que exceden su objeto social.
- 2) La responsabilidad civil dentro del ejercicio de las funciones del órgano, representante o dependiente.

- 3) La responsabilidad civil en exceso de las funciones del órgano, representante o dependiente.
- 4) La responsabilidad civil con ocasión de las funciones del órgano, representante o dependiente.

Tema de importancia es determinar la naturaleza de la responsabilidad en cada supuesto. Así tenemos que:

1. Si la responsabilidad es contractual, se aplica el artículo 1325 del Código, vale decir, responde frente al dañado solo la persona jurídica. Ello sin perjuicio que ésta repita posteriormente en contra del autor directo.
2. Si la responsabilidad es extracontractual, aplicándose el artículo 1981 del Código, se generará (de manera solidaria) la responsabilidad directa del agente y al mismo tiempo, la responsabilidad (mal denominada "indirecta") de la persona jurídica.

Nótese lo injustificado de una disparidad de tratamiento por un daño causado, si el representante, órgano o dependiente lesionan a un tercero debido al cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación o por la violación de deber genérico del *neminem la, edere*. Esto nos llama nuevamente la atención respecto si se debe mantener actualmente una distinción entre las denominadas responsabilidades civiles contractual y extracontractual.

## ~ DOCTRINA

M.S. GIANNINI, voz *Organi (teoria generale)*, en: *Enciclopedia del diritto*, XXXI. Giuffre. Milano, 1981; S. ROMANO. *Organo*, en: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, 1963; FALZEA, voz *Capacita (teoria generale)*, en: *Enciclopedia del diritto*. VI. Giuffre. Milano, 1960; LOHMAN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. 2<sup>a</sup> edición. Grijley. Lima, 1994; VIDAL RAMÍREZ. *Teoría general del Acto Jurídico. Su aplicación en la Codificación Civil Peruana*. Cultural Cuzco, 1984; ESPINOZA ESPINOZA. *Capacidad y Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica*, en: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII. NQ 17. Octubre-diciembre 1998. Normas Legales. Trujillo, 1998; *Fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en la jurisprudencia peruana*, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 6/N2 19. Gaceta Jurídica Editores. Lima, abril 2000; *La teoría del órgano frente a la responsabilidad civil de la persona jurídica*, en: *Gaceta Jurídica*. Tomo 77-B, abril. Lima, 2000; *Sobre las formalidades para el otorgamiento de poder en la representación procesal y en la representación voluntaria de la persona jurídica societaria*, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 6/NQ 20. Gaceta Jurídica Editores. Lima, mayo 2000; *La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes*, en: *Gaceta Jurídica*. Tomo 79-B, junio. Lima, 2000.

## **JURISPRUDENCIA**

*"Nuestro ordenamiento jurídico establece que la representación de las asociaciones, en principio, recae en el consejo directivo y en última instancia, en la asamblea general, rigiéndose la responsabilidad de los directivos por las reglas de la representación"*

*(R. N!! 241-98-0RLCITR, Jurisprudencia Registral, Año 11, vol. VI,  
p. 437)*

~

## DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO DE LA ASOCIACIÓN

La *asociación* se *disuelve* de pleno *derecho* cuando no pueda *funcionar* según su *estatuto*.

### Comentario

*Corina Milagros Gonzales Barrón*

Existen diferentes *formas* de disolución de una asociación civil, una de las *formas* de disolución alude a causales estatutarias, y otra *forma* se refiere al acuerdo voluntario de los asociados, quienes en asamblea general optan por poner fin al acuerdo asociativo. "Disolución" implica la existencia de un proceso, se entiende como el principio del fin; es decir, la persona jurídica deja de realizar actos tendientes al cumplimiento d~ sus finalidades, para proceder a realizar actos destinados a su extinción, previa liquidación del ente corporativo.

Por lo tanto, puede decirse que el origen de la disolución proviene de la ley, del contrato asociativo, de la voluntad de los asociados o por una decisión judicial.

El artículo 94 hace alusión a la disolución de la asociación por imperio de la ley; es decir, disolución de pleno derecho cuando la asociación no pueda cumplir sus fines estatutarios.

El artículo 80 del Código Civil establece que la asociación civil persigue fines "no lucrativos", y el artículo 82 en su inciso 2 establece que el estatuto de la asociación debe expresar de manera indefectible "los fines". Por lo tanto, debe puntualizarse al momento de constitución de la asociación civil cuáles son los objetivos concretos e inmediatos que estos persiguen, los cuales deberán ser no lucrativos, mas no necesariamente altruistas, ni en beneficio de la colectividad general; pudiendo tratarse de fines particulares en beneficio de los asociados.

Sin embargo, cualquiera sean los fines, éstos deben establecerse de manera específica y delimitada en los estatutos, pues los "fines" sirven para delimitar el marco dentro de la cual queda circunscripta la actividad de la asociación.

Cuando una asociación "no pueda funcionar de acuerdo a sus estatutos" significa que los fines para lo cual ha sido constituida no pueden desarrollarse debido a una causal de "imposibilidad sobreviniente". Recuérdese que de acuerdo a los preceptos del Código Civil en materia de obligaciones, el contrato queda resuelto de pleno derecho cuando sucede una causal sobreviniente a la celebración del mismo, lo cual imposibilita el cumplimiento de las obligaciones; esto es la aplicación de la "teoría del riesgo" con la solución "*periculum est debitoris*".

Trasladando este precepto al campo del "derecho asociativo", el Código Civil peruano señala que la asociación queda disuelta "de pleno derecho" cuando no pueda funcionar según su estatuto; es decir, se produce la resolución automática "*ipso iure*" del contrato asociativo; y al producirse la resolución, la "institución" entra en un proceso disolutorio Y liquidatorio.

Por lo tanto, debe entenderse esta frase "cuando no pueda funcionar según su estatuto" como un supuesto de disolución por imposibilidad sobreviniente del cumplimiento de los fines asociativos. Por ello, esta imposibilidad debe ser permanente, absoluta, pudiendo originarse en hecho fortuito, de fuerza mayor, o imputable a un tercero o asociado de ser el caso.

Nos atrevemos a señalar algunos ejemplos de disolución por imposibilidad en su funcionamiento. Por ejemplo, el caso de la asociación dedicada a la explotación agrícola de determinado terreno con fines no lucrativos, y luego dicho terreno resulta siendo adjudicado por el Estado a terceras personas; es evidente que en este caso la asociación no podrá seguir cumpliendo con sus finalidades, puesto que el objeto de la explotación ha sido adjudicado a un tercero.

Es por ello, que resulta imprescindible señalar de manera concreta y expresa el objeto a realizar por la asociación, puesto que al existir asociaciones con fines no delimitados de manera expresa, podría interpretarse que pueda seguir desarrollándose en objetivos análogos.

El artículo 94 del Código Civil señala que "la asociación se disuelve de pleno derecho", es decir, se trata de un supuesto de disolución "*ipso iure*" que no requiere de declaración judicial para que surta sus efectos.

Sin embargo el término "disolución *ipso iun:j'*" no resulta tan pacífico en la doctrina, puesto que puede dar lugar hasta a dos interpretaciones. Podría entenderse que por un lado se produce la disolución de pleno derecho, por la sola imposibilidad de realización de los fines sociales. También podría entenderse que la asociación mediante un acuerdo de asamblea general, deberá decidir sobre el destino de la asociación, o si en todo caso deberá variar sus fines. Este último criterio estaría basado en el principio de "publicidad de los actos sociales" según el cual, cuando la asociación se constituye, ésta se inscribe en el Registro de Personas Jurídicas, y los principales actos asociativos siguen inscribiéndose con la finalidad de publicitarse frente a posibles terceros contratantes de buena fe.

Sin embargo, pareciera que nuestro ordenamiento jurídico resulta siendo bastante claro cuando señala que la asociación se disuelve "de pleno derecho", por lo tanto, basta que se produzca la causal de imposibilidad para que la asociación entre en un proceso disolutorio, por cuanto ya no tendría sentido que siguiera operando ante la carencia de fines. Estudiando la problemática se advierte que cuando los asociados mediante la "autonomía de la voluntad" acuerdan establecer fines a su voluntad corporativa, establecen límites a su misma voluntad, lo cual se respeta a través del ordenamiento jurídico; y estos lineamientos van a regir durante toda la vida útil de la asociación, la cual debe ser respetada por todos los asociados, inclusive aquellos que se incorporen con posterioridad a la constitución.

Por lo tanto, nuestro Código Civil ha optado por la solución de la "disolución de pleno derecho", tal como opera en el ámbito de las obligaciones léase "resolución de pleno derecho"; sin que sea necesaria una declaración judicial de disolución, ni tampoco un acuerdo de asociados donde se declare la disolución de la asociación, pues simplemente basta el cumplimiento del "supuesto de hecho" léase "imposibilidad en el cumplimiento de sus fines" para que la asociación se encuentre imposibilitada de seguir operando; lo contrario significaría violar normas imperativas de nuestro ordenamiento, y asimismo operar en contravención a su propio estatuto que son los límites a su propia autonomía negocial.

Sin embargo, si bien opera la "disolución de pleno derecho"; en la praxis, podría presentarse el caso de que la asociación siga operando sin que se inscriba el acuerdo disolutorio; realizando actos de "manera irregular"; en este supuesto consideramos que todos los asociados devienen en solidaria e ilimitadamente responsables por las decisiones que tomen en nombre de la asociación y por los actos y contratos que frente a terceros de buena fe celebren.

Si bien la ley no lo establece de manera obligatoria, consideramos una sana decisión que el presidente del consejo directivo convoque a asamblea extraordinaria de asociados con la finalidad de que se tome el acuerdo disolutorio, el mismo que deberá ser inscrito en el registro de personas jurídicas; a fin de que comience el proceso liquidatorio con la siguiente extinción de la asociación. Es de por sí, una sana decisión toda vez que daría publicidad a un supuesto de hecho legal que de otra manera sería difícil de evidenciar. Otra interrogante que se nos viene respecto al tema, es si la asamblea general pudiera decidir sobre la "variación o modificación de los fines sociales" una vez que se ha producido el "supuesto de hecho" con la finalidad de que la asociación no ingrese al proceso liquidatorio, manteniendo su personería jurídica. Al respecto de ello, podrían esgrimirse hasta dos teorías: La primera basada en el principio de "conservación de la personalidad jurídica" establecerí~ que la asociación conserva su personalidad jurídica si una vez producida la causal de disolución, acuerde modificar los estatutos sociales en lo correspondiente a "los fines". La segunda establecería por el contrario, que el artículo 92 del Código Civil regula un supuesto de "disolución automática" por lo que bastaría con el cumplimiento del "supuesto de hecho" para que se proceda a la disolución, no pudiéndose ya variar los estatutos. En nuestra opinión consideramos que cualquiera sea la interpretación, ésta puede ser discutible y en todo caso compete a los magistrados o registradores, establecer vía jurisprudencial una acertada interpretación al supuesto.

## DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*,

Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

## **DISOLUCIÓN POR LIQUIDACIÓN**

*La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia. En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el consejo directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión. (\*)*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C.  
LEY 27809*

*arts. 2025 (nº 3), 2105  
arts. 23, 24, 26, 51, 63, 75, 92, 96*

### *Comentario*

*Freddy Freías Vela*

El artículo bajo comentario fue modificado por la primera disposición modificatoria de la Ley NQ 27809, Ley General del Sistema Concursal, publicada el 8 de agosto de 2002, vigente desde el 9 de octubre de 2002. Sin embargo la modificación es solo terminológica toda vez que el sentido es similar al establecido en la modificación decretada en el año 1996 por la Ley de Reestructuración Patrimonial (D.Leg. NQ 845).

Este artículo vincula la disolución de la asociación a las normas que regulan el procedimiento concursal en el Perú. Este procedimiento es tramitado en nuestro país por las Comisiones de Procedimientos Concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, a través de un procedimiento administrativo regulado por la ley citada en el párrafo precedente.

De conformidad con lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGSC), existen dos tipos de procedimientos concursales: el procedimiento concursal ordinario y el procedimiento concursal preventivo. En el presente caso nos ocuparemos únicamente del procedimiento concursal ordinario que es el que importa a efectos de comentar el presente artículo.

Al respecto, una persona, natural o jurídica, puede someterse a un procedimiento concursal ordinario a pedido de sus acreedores o por voluntad propia. Los acreedores pueden solicitar que se someta a una persona a un procedimiento concursal

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley NQ 27809 de 8-08-2002.

ordinario si tienen frente a la misma créditos exigibles, vencidos por más de treinta (30) días y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de la solicitud. Asimismo, una persona puede solicitar acogerse al procedimiento concursal ordinario si: a) tiene más de un tercio del total de sus obligaciones vencidas e impagadas por un período mayor a treinta (30) días calendario; y b) tiene pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

En los procedimientos concursales, las decisiones relevantes del procedimiento son adoptadas únicamente por la junta de acreedores, la cual está conformada por todos los acreedores cuyos créditos fueron reconocidos por la comisión de procedimientos concursales encargada del procedimiento y participan en la junta en forma proporcional a los créditos que les fueron reconocidos. La junta de acreedores, en un procedimiento concursal ordinario, decide, con las mayorías correspondientes, si la persona inicia un proceso de reestructuración patrimonial o un proceso de disolución y liquidación.

En ese sentido, cuando el legislador concibe el artículo bajo comentario y señala que la asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia, presupone que la asociación ya se encuentra sometida a un procedimiento concursal ordinario, en el cual la junta de acreedores optaría por la decisión de disolverla y, posteriormente, liquidarla, conforme a sus atribuciones legales.

No obstante, la LGSC también prevé que en aquellos casos en los que la junta de acreedores no tomara un acuerdo respecto del destino del patrimonio de la persona concursada (ertiéndase reestructurarla o liquidarla) o no aprobara el plan de reestructuración o no se suscribiera el convenio de liquidación de la misma, la comisión de procedimientos concursales deberá disponer su disolución y liquidación mediante resolución, es decir, ante la inactividad de la junta de acreedores, la comisión ordena el inicio de la disolución y liquidación de la persona. Sin embargo, en el caso particular de las asociaciones, la aplicación de esta consecuencia jurídica podría presentar un problema de índole constitucional, toda vez que el artículo 2 numeral 13 de la Constitución Política del Perú establece que las organizaciones sin fines de lucro no pueden ser disueltas por resolución administrativa, pudiendo interpretarse que las comisiones de procedimientos concursales tendrían esta limitación para declarar la disolución y liquidación de una asociación ante la indecisión de la junta de acreedores.

De otro lado, el artículo bajo comentario además señala que es una obligación del consejo directivo de la asociación solicitar ante la comisión de procedimientos concursales el acogimiento de la misma a un procedimiento concursal ordinario cuando tengá pérdidas acumuladas, que deduciendo las reservas, sean superiores al tercio

del capital social pagado, bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.

Como se mencionó precedentemente, una persona jurídica puede solicitar su sometimiento a un procedimiento concursal ordinario cuando tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado. En el caso de las asociaciones, encontrarse en la situación patrimonial descrita obliga al consejo directivo a solicitar el acogimiento de la **465** asociación a un proce

dimiento concursal ordinario pues el detrimento patrimonial de la asociación, al no realizar una actividad lucrativa podría devenir en irreparable para los acreedores de la misma. Dicha decisión debería ser tomada previamente por la asamblea general de asociados a efectos de cumplir la formalidad establecida en el literal a) del artículo 25.1 de la LGSC.

Existirían algunas particularidades en el procedimiento concursal ordinario de una asociación. La junta de acreedores una vez instalada, como se mencionó, podrá optar entre la reestructuración o la liquidación de la asociación. Si la junta de acreedores decide la reestructuración de la asociación, sustituiría a la asamblea general de asociados en todas sus funciones, derechos y atribuciones, es decir, podría elegir a las personas que integrarían el consejo directivo, aprobaría las cuentas y balances, podría cambiar la razón, objeto o domicilio social de la asociación, incluso podría resolver modificaciones estatutarias. Sin embargo, considero que la junta de acreedores al adoptar las decisiones mencionadas precedentemente debería respetar siempre los fines y la funcionalidad de la asociación, encontrándose limitada por las mismas. El proceso de reestructuración de la asociación concluiría una vez que el consejo directivo de la misma acredite ante la comisión de procedimientos concursales competente que se han extinguido los créditos contenidos en el plan de reestructuración, debiendo la comisión declarar la conclusión del procedimiento y la extinción de la junta de acreedores, recuperando, la junta general de asociados, todos sus derechos.

En el caso en que la junta de acreedores decida la disolución y liquidación de la asociación, se nombrará a un liquidador registrado ante la comisión de procedimientos concursales para que se encargue del proceso de liquidación. La junta de acreedores y el liquidador designado suscribirán un convenio de liquidación en el que se detallen los términos de dicho proceso. El liquidador asume la representación legal de la asociación y caducan de pleno derecho las funciones del consejo directivo y de todos los órganos de administración de la asociación. La liquidación concluye cuando el liquidador acredite la extinción de los créditos materia del procedimiento, con la consecuente inscripción de la extinción de la asociación. Concluida la liquidación, el haber neto resultante, si lo hubiera, deberá ser entregado a las personas designadas en el estatuto con exclusión de los asociados o deberá ser puesto a disposición de la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Código Civil.

## DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO y SANCHO RIBULLIBA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general . . . del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; P ÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las :: asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades . . . sin fin de lucro, en Invirtérido en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE . 'ROMAÑA. *Pérsoras jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*, .! Tomo I. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil* peruano. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

## **DISOLUCIÓN POR ACTOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES**

*El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres,*

*La demanda se tramita como proceso abreviado, considerando como parte CDemandada a la asociación, Cualquier asociado está legitimado para intervenir en el proceso, La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.*

*En cualquier estado del proceso puede el juez dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de las mismas, (\*)*

### **CONCORDANCIAS:**

|      |                                     |
|------|-------------------------------------|
| e.   | <i>arts. 2 jne. 13), 159</i>        |
| e.e. | <i>arts. V. 120,2025 jne.</i>       |
| 3)   | <i>e.p.e. arts. 113,408,486,608</i> |

### **Comentario**

*Corina Milagros Gonzales Barrón*

Se trata de un supuesto de disolución judicial de la asociación por realizar actividades o finalidades contrarias a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Esta norma otorga legitimidad activa para solicitar la disolución al Ministerio Público en su función de "defensor de la legalidad" y por lo tanto, no requiere de mayor titularidad que la presunción que pudiera existir de la que la asociación viene realizando actividades contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

Nótese que la norma en cuestión, de manera acertada distingue entre "actividades" y "fines" de la asociación, puesto que no son el mismo concepto, lo cual pasa mos a explicar a continuación.

Cuando nos referimos a "fines" de la asociación, queremos conceptualizar "el objetivo final no lucrativo" hacia el cual van dirigidas las ~ctj~idades que realiza el

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

ente colectivo. "actividades" son los mecanismos, medios o instrumentos que utiliza el hombre con la finalidad de alcanzar los "objetivos últimos" del ente no lucrativo.

Por ejemplo, una asociación puede tener por finalidad la "defensa y protección del medio ambiente", digamos que ese es su "anhelo y objetivo abstracto y fundamental" hacia el cual van dirigidas todas sus actividades. Sin embargo, para conseguir ese fin último, los asociados realizan diferentes actividades como "realizar marchas pacíficas", "dirigir cartas a los medios de comunicación, "realizar colectas o sorteos", etc. Estas últimas son "actividades" que realiza la asociación con la finalidad de conseguir "la protección del medio ambiente". Resulta claro, que no son lo mismo, pues mientras el fin "es último y fundamental", las actividades son "intermediarias y no fundamentales", mientras el fin debe ser "no lucrativo", las actividades pueden ser "lucrativas", justamente con la intención de obtener recursos para la realización de la finalidad.

En ese sentido, el artículo 96 del Código Civil, establece que la prohibición alcanza tanto a "las actividades" o "los fines" de la asociación; puesto que podría presentarse el caso en que los fines sean lícitos y válidos, mientras que "las actividades" son inmorales, ilícitas o contrarias al orden público; o a la inversa, que los fines sean ilícitos, mientras que "las actividades" sean conforme a las normas legales.

Es por eso que consideramos acertado que nuestro legislador haya distinguido entre "actividades" y "fines" para que pueda darse un mayor marco de vigilancia a las actividades que realizan las asociaciones.

Por ejemplo, en el caso señalado anteriormente, el "fin" era la protección del medio ambiente, lo cual es perfectamente lícito; si bien podría darse el caso en los asociados realicen actividades inmorales para la consecución del fin, como "realizar marchas desnudas", "atentar contra la propiedad privada", etc.; lo cual estaría contemplado en la prohibición del artículo 96 del Código Civil.

Por otro lado, el artículo 96 reza que "el Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios 'al orden público o a las buenas costumbres'. ¿Qué significa contrario al 'orden público o a las buenas costumbres'? obviamente no encontramos ante una "norma estándar", es decir, una norma que no tiene contenido en sí misma, sino que su significación tiene que ser llenada jurisprudencialmente de acuerdo al espectro social, económico y temporal de cada nación; y así nos encontramos cuando pretendemos delimitar el concepto de "buenas costumbres".

Tal como lo señala ARGIERI cuando define "buenas costumbres"; "noción de contenido impreciso, explicable a través del pensamiento propio de cada individualidad. Para unos es el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes divinas y humanas (VÉLEZ SARFIELD); para otros es lo que concuerda con la organización político social y el ambiente medio de una estructura social determinada; para los más, reside en los principios de la moral cristiana, en la que se asienta la civilización occidental (RIPERT)".

Por lo tanto, podemos apreciar que el concepto de "buenas costumbres" deviene impreciso por cuanto se encuentra vinculado a definiciones de ética, de moral,

religiosos, políticos, sociales, etc.; de cada pueblo en particular. Inclusive el concepto de "buenas costumbres" puede ser variable dentro de un mismo país. Por lo tanto, si bien no podemos delimitar exactamente el concepto de "buenas costumbres"; podemos dar algunos indicativos que nos permiten su definición:

El concepto de buenas costumbres se encuentra enmarcado dentro de valoraciones éticas de lo que se entiende por bueno, decente, honesto, justo, honrado, obediente, Y otras acepciones análogas.

Este concepto también se encuentra delimitado por valoraciones religiosas de lo bueno Y lo malo.

Coadyuva a su delimitación las concepciones políticas, sociales y económicas de cada pueblo.

Es variable dentro de una comunidad en cada tiempo histórico. Lo que antaño se entendía como "mala costumbre", actualmente puede ser entendida como una "costumbre buena" o "costumbre neutra".

Es variable dentro de una misma nación; existen ciertos poblados en el interior de las serranías o zonas amazónicas, las cuales se rigen por costumbres diametralmente opuestas a las que se rigen en el resto del país.

El concepto también se encuentra vinculado a actuar según el estricto cumplimiento de la normativa legal vigente, aunque lo rebasa como definición, porque también incluye valoraciones éticas, religiosas, culturales, etc.

El concepto no se encuentra definido y debe ser delimitado de manera jurisprudencial en cada tiempo y espacio histórico.

El concepto de "buenas costumbres" resulta variable dentro de cada comunidad y de nación en nación.

El concepto de "buenas costumbres" no está referido a la definición de lo que se entiende por "costumbre jurídica" que significa el actuar repetitivo con conciencia de obligatoriedad. Decir "buena costumbre" no es una costumbre jurídica, ni un precepto; es simplemente, la realización de determinada actividad que se encuentre aceptada como "buena" por la colectividad.

Cuando el artículo 96 del Código Civil establece la prohibición de realizar actos contrarios a las "buenas costumbres", no significa que se sanciona a la "costumbre neutra"; sino que se prohíbe que la actividad o finalidad de la asociación constituya una "mala costumbre" que pueda resultar atentatorio a los cánones de moralidad, religiosidad y otros descritos anteriormente.

Consideramos que se debe tener en cuenta todas estas apreciaciones cuando se trate de definir el concepto de buenas costumbres, como norma estándar, contemplada en el artículo 96 del Código Civil.

El artículo 96 también contempla la posibilidad de sancionar con la disolución a las entidades que realicen actividades o fines contrarios "al orden público", y aquí el concepto es más amplio, pero es más delimitable. ¿Qué entendemos o que abarca la definición de "orden público"?

ARGIERI, se refiere a su concepto de la siguiente manera: "Precisar su concepto, se ha dicho ha 'desesperado' a los juristas, quienes no coinciden en su a definición. Es una noción huidiza, que soporta permanente tramutación valorativa por cuanto vá conformándose a los cambios de la estructura social, económica, política, moral de una determinada sociedad y en un tiempo determinado. Decir que una cuestión es de orden público porque está involucrado el interés general, colectivo, es caer en petición de principios. La tendencia legislativa moderna muestra que es principio general que gran mayoría de leyes se insertan en el orden público. Establecer la calidad de orden público parece ser, dentro de la racionalidad del dogmatismo legal, consecuencia derivada de los poderes del Estado".

Como sabemos, el concepto de orden público muchas veces también deviene en etéreo y puede confundirse con otros conceptos, sin embargo existen algunas pautas para delimitarlo concretamente: normas que interesan al orden público son normas imperativas, es decir, aquellas que deben ser cumplidas de modo obligatorio, sin que la autonomía de la voluntad pueda pactar en contrario.

Son normas que forman parte del "*ius cogens*" es decir, se trata de normas preceptivas o de normas prohibitivas.

Son normas que dentro de su contenido tutelan un "interés público", es decir, la protección de un interés superior al de los particulares, lo que hace que su cumplimiento sea estricto.

El concepto de "orden público" es un concepto estándar, que en todo caso debe ser llenado jurisprudencialmente. Tal como lo señala Gimeno SENDRA: "Tal concepto constituye un estándar jurídico que habrá de ser integrado mediante la jurisprudencia de los Tribunales".

## DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*, Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3@ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA'

*"Conforme se establece en el artículo 96 del Código Civil, el representante del Ministerio Público puede pedir la disolución de la asociación cuando sus fines y actividades sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres"*

(Ejecutoria Suprema de 13/09/91, Exp. N° 253-91 Junín, SPIJ)

---

## DISOLUCIÓN JUDICIAL A FALTA DE NORMA ESTATUTARIA

*De no haberse previsto en el estatuto de la asociación normas para el caso en que no pueda seguir funcionando o para su disolución, se procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 599, inciso 2.*

CONCORDANCIA:  
C.C. artº 599 (inc. 2)

### *Comentario*

*Carlos Alberto Mispireta Gálvez*

#### **1. Aspectos eenerales**

Como puede apreciarse, en el artículo 97 del Código Civil se tratan dos situaciones distintas asignándoles una misma solución, a la cual se llega a través de la remisión a una norma que se encuentra en el capítulo referido a la figura jurídica de la curatela, dentro del mismo texto legal.

En efecto, el juez de primera instancia deberá designar a un curador que se haga cargo de la asociación, en los supuestos en que resulte imposible que ésta pueda seguir funcionando o cuando la misma deba ser disuelta; siendo requisito necesario, en ambos casos, que el estatuto de la asociación no haya contemplado cuál será el mecanismo que servirá para designar a la persona u órgano que se encargará de conducir la organización colectiva, ni cómo se llevarán adelante los procedimientos que sean necesarios durante dichas etapas.

Por otra parte, debemos destacar que el precepto que es materia de estudio, ha sido incluido en nuestra legislación recién con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, pues ni el texto de 1852 ni el de 1936 previeron esta posibilidad.

#### **~. Supuestos de aplicación**

Como lo hemos adelantado, según la norma existen dos casos en los que procede la aplicación del artículo 97 del Código Civil; a continuación, pasemos a analizar cada una de ellas.

##### **a) Imposibilidad de funcionamiento**

La asociación se constituye con un objeto determinado, según el interés asociativo que manifiesten los miembros que la componen en el acto fundacional. Así, el

numeral 2 del artículo 82 del Código Civil establece que el estatuto de la asociación debe contemplar los fines para los que se constituye.

La asociación, entonces, se crea para conseguir los fines que sus asociados han considerado valiosos, y por los que han decidido actuar de manera conjunta a través de la persona jurídica; recordemos que esta última, en tanto institución jurídica, se compone de tres elementos esenciales, el sociológico, conformado por la agrupación de seres humanos que desean realizar una actividad en común, el axiológico, conformado por la finalidad valiosa que reviste la creación de una organización colectiva, y el normativo, que es la previsión legislativa que ha sido incorporada en el ordenamiento positivo (FERNÁNDEZ SESSAREGO-2, 133-134; ESPINOZA ESPINOZA 416; MISPIRETA GÁLVEZ, 191; entre otros).

A pesar de ello, pueden presentarse situaciones que hagan que la asociación no esté en condiciones de seguir realizando las actividades para las que fue constituida; así por ejemplo, cuando la organización colectiva pierde la pluralidad de sus miembros, cuando la finalidad que persigue la asociación deviene en imposible, cuando ha vencido el plazo previsto para su existencia, entre otras circunstancias. En estos casos la persona jurídica se encuentra imposibilitada de cumplir los fines para los que fue creada por lo que no existirá un "motivo jurídico" para la continuidad del agrupamiento (PÁEZ, 455).

Cabe apuntar que cuando una asociación no puede continuar funcionando según su estatuto, la misma deberá ser disuelta de pleno derecho, tal como lo dispone el artículo 94 del Código Civil; en consecuencia, la imposibilidad de funcionamiento de la persona colectiva, debe entenderse como uno de los supuestos en los que necesariamente se tendrá que disolver esta última. Por tal razón, consideramos que resulta redundante que en el texto del artículo 97 del Código Civil, se señale que debe aplicarse cuando la asociación '*...no pueda seguir funcionando o para su disolución...*'; creemos, pues, que hubiera bastado con que el legislador señale que la norma debe aplicarse cuando la asociación tenga que disolverse.

#### b) Disolución de la asociación

El acuerdo o la manifestación de una causal de disolución de la persona jurídica, son la primera etapa de un proceso que tendrá como resultado que la misma deje de existir. En este caso, una vez que la asamblea de asociados acuerde la disolución, o que se verifique la causal de disolución prevista en la ley, la asociación ingresará en una etapa liquidatoria a fin de que se cancelen las deudas adquiridas por la persona colectiva frente a terceros, llevando a cabo las operaciones que resulten pertinentes (DE LOS MOZOS, 300). Vale la pena añadir que, a diferencia de otras legislaciones, en nuestro país no es posible que los asociados readquieran sus aportes una vez que se ha disuelto la asociación. Finalmente, la organización colectiva quedará extinguida cuando se inscriba dicha situación en los Registros Públicos.

En cuanto a la legislación comparada, es interesante mencionar que el artículo 2686 del Código Civil mexicano ha previsto que en caso la asociación -a la cual han calificado como "persona moral"- se disuelva, a sus bienes se les dará el destino que

establezca el estatuto; si el estatuto no establece nada al respecto, se respetará lo que decida la asamblea general, la cual podrá atribuir a los asociados la parte del activo social que equivalga a sus aportaciones, y los demás bienes se aplicarán a otra asociación o fundación de objeto similar a la extinguida. Por su parte, el Código Civil boliviano dispone en el numeral I del artículo 65 que los bienes sobrantes, luego de liquidada la asociación, se adjudicarán de conformidad con el estatuto; cuando éste no disponga nada se atribuirán a la universidad nacional del distrito.

Ahora bien, al parecer, resulta paradójico contar con la disposición contenida en el artículo 97 del Código Civil, ya que el numeral 8 del artículo 82 del mismo texto dispone que el estatuto de la asociación "*debe*" contener las normas para la disolución y liquidación *de la asociación* y las relativas al destino final *de sus bienes*. Es decir, por un lado se señala que el estatuto preverá necesariamente el mecanismo para definir el destino *de los bienes* de la asociación una vez que esta sea disuelta, y por el otro, se establece que en caso el estatuto no diga nada, el juez deberá designar un curador que administre los bienes hasta la extinción de la persona colectiva.

Sobre este punto pensamos que caben dos interpretaciones sostenibles, la primera, que la norma bajo comentario deba aplicarse cuando, a pesar de que el estatuto ha contemplado las reglas para conseguir la extinción de la asociación y las que se tendrán en cuenta sobre el destino de sus bienes, las mismas no han sido lo suficientemente claras respecto a la designación de un liquidador o al destino que deberá dársele a los bienes que conforman el patrimonio asociativo; es decir, se trataría de una disposición de naturaleza complementaria.

La segunda posibilidad sería que la disposición que establece la necesidad de que el estatuto prevea las normas sobre la liquidación y el destino de los bienes asociativos, a pesar de su aparente sesgo impositivo, en realidad sea una norma de carácter supletorio, ya que la persona jurídica puede extinguirse en virtud de las disposiciones contenidas en el Código Civil que acudirán ante el silencio estatutario (ESPIÑOZA ESPINOZA, 468). En ese orden de ideas, un razonamiento lógico-jurídico debería llevamos a concluir que no es un requisito sine qua non la previsión de reglas para la extinción de la asociación dentro del estatuto, pues aquélla puede realizar sus actividades y concluir las sin que sean necesarias dichas previsiones.

Sin embargo, más allá de las discusiones sobre la aparente discrepancia entre el numeral 8 del artículo 82 y el artículo 97 del Código Civil, debemos señalar que, para efectos prácticos, si dentro del pacto asociativo no se contempló detalladamente cuáles serían los medios para llevar a cabo la liquidación de la organización colectiva, ni el destino final de los bienes que integran el patrimonio asociativo, recién entonces se tendrá que recurrir al último de los citados dispositivos legales; salvo que las previsiones del estatuto sean contrarias a normas que resguarden el orden público o las buenas costumbres.

### 3. Vacío en el estatuto

Para que el juez de primera instancia deba designar a un curador que se encargue de administrar los bienes de la asociación, en principio, el estatuto no deberá<sup>4</sup>

...

contener solución alguna que ponga remedio a esa situación, que -como dijimos antes- resultará terminal para la persona jurídica.

Sin embargo, se ha señalado que también sería aplicable la disposición contenida en el artículo 97 del Código Civil, cuando, de haberse previsto una solución en el estatuto, "ella no fuese viable de acuerdo al criterio del juez" (FERNÁNDEZ SESSAREGO-1, 224). No estamos del todo de acuerdo con esta posición, o por lo menos creemos que no es del todo exacta, pues consideramos que el juez podría revisar las disposiciones previstas en el estatuto en los casos en que aquéllas vulneren normas que interesan al orden público -como ya lo apuntamos-, pero no en los casos en que "el criterio del juez" sea el que determine si se deben respetar las disposiciones del estatuto.

Otro aspecto que resulta interesante es determinar si, a pesar del silencio del estatuto respecto a las reglas que deben seguirse para llevar adelante la disolución y la liquidación, la asamblea podría acordar cuáles deben ser los pasos a seguir para conseguir la extinción de la asociación y cuál el destino del haber neto resultante de la liquidación. A nuestro entender, sí está dentro de las facultades de la asamblea adoptar dichas decisiones, puesto que no existe disposición legal en contrario y que esa posibilidad se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 86 del Código Civil. De esta manera, será la voluntad del órgano supremo de la asociación la que decida el destino de su patrimonio, siempre que no se acuerde el reparto de los bienes entre los asociados (PÁEZ, 469).

#### **4. La figura jurídica de la curatela**

Como bien se ha apuntado, la curatela "es una institución que tiene por objeto el amparo, cuidado y representación del incapaz y se aplica en las personas jurídicas a efectos de administrar los bienes de ésta" (SEOANE LINARES, 98). Así, el numeral 2 del artículo 565 del Código Civil señala que la curatela se instituye para la administración de bienes.

En el presente caso, el curador deberá iniciar un proceso liquidatorio de la persona jurídica, el cual concluirá con la inscripción registral de la extinción definitiva de la misma. De igual manera, el curador debe dar a los bienes que formen el remanente, luego de realizada la liquidación, un destino similar al que los asociados previeron al constituir la organización colectiva; esto es, a su interés asociativo. En tal sentido, deberá actuarse según lo previsto en el artículo 98 del Código Civil.

En ese orden de ideas, debemos decir que si bien la figura de la curatela es adecuadamente empleada por ser genérica, ya que comprende a cualquier persona que se encargue de la administración de los bienes de otro, debe tenerse en cuenta que el curador en realidad tiene la categoría de "liquidador", contando con las facultades establecidas en el artículo 416 de la Ley General de Sociedades, aplicado de manera supletoria en lo que resulte pertinente.

#### **5. Personas legitimadas para solicitar la curatela**

De acuerdo al artículo 599 del Código Civil, al cual se remite la norma que en esta

ocasión comentamos, las personas legitimadas para solicitar la designación de un curador que se encargue de la liquidación de la asociación, son el juez de primera instancia, el Ministerio Público y cualquier persona con legítimo interés.

Creemos adecuada la previsión del legislador, pues los dos primeros se deben encargar de velar por el respeto del orden público; es decir, del interés general, del conjunto de disposiciones imperativas que rigen la vida dentro de una sociedad.

Mientras tanto, aquel tercero que manifieste algún interés en que se lleve a cabo la disolución Y liquidación de la persona colectiva, persigue más bien un beneficio particular, un interés que el ordenamiento jurídico ha considerado digno de tutela y lo ha enmarcado dentro del ordenamiento positivo; así por ejemplo, los acreedores de la asociación. Este legítimo interés, que puede presentarse por distintas circunstancias, deberá ser debidamente evaluado y corroborado por el magistrado encargado de tomar la decisión de designar al curador.

## DOCTRINA

DE LOS MOZOS. *Derecho Civil - Métodos Sistemas y Categorías*. Civitas S.A. Madrid, 1998; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 31 edición. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas*. 81 edición. Grijley. Lima, 2001; Y *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990; MISPIRETA GÁLVEZ. *Nuevas Tendencias en el Derecho Mercantil: Algunos alcances sobre la Doctrina del Levantamiento del Velo*, en: Revista De Iure. Año 111. NQ 3; PÁEZ. *Tratado Teórico Práctico de las Asociaciones*. 31 edición. Ediar. Buenos Aires, 1964; SEOANE LINARES. *Personas Jurídicas*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## DESTINO DEL PATRIMONIO POST-LIQUIDACIÓN

*Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.*

CONCORDANCIA:

C.C. art. 78,82 (nº 8), 110, 122,2025 (nº 3)

### Comentario

*Corina Milagros Gonzales Barrón*

Este artículo es una consecuencia del principio de que las asociaciones son "personas jurídicas no lucrativas", y esto significa que "los excedentes" en ningún caso debe ser entregado, ni distribuido entre los asociados.

El fin no lucrativo es visualizado en dos momentos de la asociación:

- . Luego del ejercicio económico anual. Es decir, una vez transcurrido el *ejercicio* de desempeño de la asociación en sus actividades, ésta puede arrojar un balance general positivo léase utilidades. En caso de ser así, estas "utilidades" no son redistribuidas entre los asociados, sino que son incrementadas ejercicio tras ejercicio para el cumplimiento de las finalidades sociales.
- . Al momento de la liquidación de la asociación. Éste es el momento final, cuando tras una declaración de disolución se realiza "la liquidación", es decir, el pago de los pasivos, hasta obtener un remanente final. En caso de ser éste positivo, en ningún caso se redistribuye entre los asociados, sino que son entregados a las personas designadas en el estatuto, o en su defecto a quien instituya el magistrado competente.

De este artículo se deriva también que el "asociado" no es acreedor de la asociación, como sí lo es el socio o el accionista. El asociado, será deudor en la medida que deba el pago de sus aportaciones, pero en ningún caso será "acreedor".

Resulta equivocada la apreciación de algunos doctrinarios quienes consideran que la asociación no puede tener "utilidades", tal como lo señala el maestro BERNALES BALLESTEROS:

"La nueva Carta, mediante el inciso que analizamos, amplía el concepto hacia la

...--

posibilidad de constituir "diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro", extensión que ha sido incorporada teniendo en cuenta las nuevas configuraciones legales presentadas para este tipo de asociaciones. Este inciso establece el derecho que genéricamente se llama de asociación y consiste en la libertad que tienen las personas de constituir diversas formas de personas jurídicas sin fines de lucro, esto es, instituciones que no tienen la finalidad de producir utilidades mediante el ejercicio de actividades económicas (u.)".

Lo que sucede es que en puridad, toda persona jurídica busca dentro de sus actividades la generación de "excedentes"; lo que sucede es que los mismos no son distribuidos entre los asociados; como sí sucede en las sociedades comerciales. Pero es lógico pensar que cualquier institución jurídica no lucrativa puede estar encaminada a realizar actividades económicas para contar con los recursos necesarios que les permita la realización de sus fines.

Por otro lado, no debe confundirse el concepto de "fines no lucrativos" con fines "altruistas".

Que una persona jurídica tenga "fines no lucrativos", implica como ya nos referimos que el "excedente de las actividades económicas" no son redistribuidas entre los asociados, ni anualmente, ni al momento de liquidación de la asociación.

Sin embargo, una asociación civil puede dedicarse a la realización de fines "no lucrativos" pero que beneficien a los asociados. Por ejemplo, una asociación deportiva. Tiene como finalidad promover el deporte, la confraternidad entre los asociados, el cual si bien es un fin "no lucrativo" sí otorga un beneficio directo a los asociados al menos de carácter recreativo, cultural, o físico.

## DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS. *La Constitución de 1993. Análisis comentado*. Rao Editora. 1998;  
LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general del Derecho Civil*. Vol. 2. Bosch. Barcelona, 1990; PÁEZ. *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Ediar. Buenos Aires, 1964; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*, Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco: Lima, 2001.

## DEFINICIÓN DE FUNDACIÓN

### (9)

*La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.*

#### CONCORDANCIAS:

|              |                        |
|--------------|------------------------|
| C.           | arto 2 inc. 13)        |
| C.C.         | arto 108               |
| LEY 26789    | arto único             |
| 05.03-94-JU5 | arto 1 y ss. 05.04-94- |
| JU5          | arto 1 y ss.           |

#### *Comentario*

*Javier de Belaunde López de Romaña*

La fundación es una persona jurídica no lucrativa, pero esto no debe llevar a confusión: tener un fin no lucrativo no impide el realizar actividades económicas que generen excedentes. Lo que sí implica el carácter no lucrativo es que estos excedentes no podrán destinarse a él o los fundadores, en caso se trate de una fundación constituida mediante escritura pública, o a los herederos del fundador si la fundación se constituyó por testamento, sino que deberán ser aplicados a la consecución del fin fundacional.

Al respecto, debe notarse que el fin no solo debe ser no lucrativo, sino además debe tener el calificativo de "interés social". Definir el "interés social" de manera concreta resulta imposible por la diversidad de necesidades de las sociedades en momentos determinados. Es así que el contenido de este término varía de acuerdo a circunstancias tales como el espacio, el tiempo, la cultura y el nivel de desarrollo,

pues no en todas las sociedades los intereses y necesidades son las mismas. El fin fundacional debe tratar de satisfacer demandas de la sociedad, demandas que varián de acuerdo al lugar y al momento histórico.

Como es fácil deducir, el que se introduzca un elemento indeterminado como el "interés social" conlleva un serio riesgo de arbitrariedad por parte de los Registros Públicos al momento de calificar la inscripción de una fundación, pues siempre se podrá discutir el grado de interés de la sociedad en cierto tema o su utilidad para ésta. De esta suerte, estimamos que la interpretación de "interés social" debe ser la más amplia posible, pues en caso contrario se corre el riesgo de dejar fuera actividades que podrían ser de interés para la sociedad pero cuya novedad impida el que esto se entienda así por el registrador. Creemos que el riesgo de impedir la constitución de fundaciones que beneficien a la sociedad debe hacer que en caso de duda se prefiera la inscripción y que, ante cualquier problema posterior, se opte por la modificación de los fines hacia otros que sí sean claramente de "interés social".

Si bien la fundación debe contar con una organización, pues ésta es necesaria para la existencia de toda persona jurídica, existe controversia en cuanto a si la fundación cuenta con miembros o no. Es nuestro parecer que esta persona jurídica no tiene miembros por cuanto ni los fundadores, que al constituirla se desligan necesariamente de la misma, ni los administradores, simple órgano administrativo, son miembros de la misma. Al no tener miembros es el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el ente que asume las principales prerrogativas en cuanto a su control. Se tiene así que la fundación es un patrimonio, administrado por una organización de personas que no son miembros de la misma, destinado a realizar un fin de "interés social" bajo la supervisión del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Sin embargo, hay un sector de la doctrina nacional que sostiene que la fundación es una organización de personas que administra un patrimonio afectado a un fin (FERNÁNDEI SESSAREGO, ESPINOIA ESPINOIA, entre otros).

Por último, la constitución de la fundación requiere de la afectación de bienes que habrán de constituir su patrimonio, ya que, a diferencia del comité cuyo propósito es recaudar fondos para un determinado fin altruista, la fundación se constituye con el objetivo de lograr un fin de interés social. La consecución de este fin requiere que ya existan fondos, lo que no impide que para continuar se realice actividades económicas que generen excedentes -lo que será especialmente importante en fines de larga duración-.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invertiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre. DE BELAUNDE LÓPEZ DE

ROMAÑA. *La Fundación en el nuevo Código Civil, extracto de la segunda exposición realizada el 29.08.94 en el Curso Superior organizado por la PUCP sobre el Código Civil*; DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil, en Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN

*La fundación se constituye mediante escritura pública, por una o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento.*

CONCORDANCIA:  
C.C. arts. 102, 127, 686, 2025

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

Las fundaciones, de acuerdo al artículo 100 del Código Civil, pueden constituirse por escritura pública o por testamento. En el primer caso, resulta obvio que solo puede ser creada por personas en vida, mientras que en el segundo solo cuando muere el testador y se abre su testamento, se conoce su última voluntad de crear una fundación.

Existe, por otro lado, una diferencia debido a que el testamento, como negocio jurídico, puede ser otorgado únicamente por una sola persona. No existe la posibilidad de que dos personas otorguen un testamento en conjunto, lo que también se reflejará en el caso que la fundación sea constituida por medio de ese procedimiento. En cambio, cuando la fundación es creada por escritura pública, en su constitución pueden participar varios fundadores, pero en este caso no se puede, jamás, hablar de una asociación o de un vínculo asociativo o contractual entre los varios fundadores. El acto de constitución, que es también un negocio jurídico, siempre será un acto unilateral (GALGANO).

Por otro lado, la fundación que se encuentra prevista dentro de las disposiciones testamentarias puede ser materia de revocación por parte del testador mientras se encuentre en vida, pudiendo, por tanto, dejar sin efecto cualquier decisión sobre el

I particular. Ello es imposible en materia de fundaciones creadas por medio de una I escritura pública o *inter vivos*.

Por cierto, la experiencia demuestra que no hay obstáculo para que el fundador, inclusive, se designe a sí mismo como uno de los administradores, pero esta circunstancia no le da ninguna atribución especial distinta a la que tienen los gestores o administradores comunes de una fundación.

La fundación, a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de las personas jurídicas, puede ser constituida por una sola persona: el fundador. Siempre se ha mirado a la persona jurídica como un expediente de confluencia de varias personas,

naturales o jurídicas, que a través de una actividad en común se proponen perseguir ciertos fines valiosos que no podrían alcanzar individualmente.

En el caso de la fundación no se exige que los constituyentes de la misma sean dos o más personas, y aun cuando concurren varios individuos a crearla, siempre será un acto unilateral de contenido similar salvo en lo que respecta a la dotación inicial pues es claro que si son más de uno los fundadores, todos convendrán en la forma de organizar al nuevo sujeto de derecho, todos convendrán en asignarle unos fines de interés social determinados, pero cada uno de ellos deberá aportar bienes diversos a la fundación.

La creación de una fundación no implica, per se, el nacimiento de una persona jurídica, pero sí de un nuevo sujeto de derecho. Para alcanzar el ropaje de persona jurídica es indispensable que el acto constitutivo sea materia de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas.

Dado que la creación de una fundación exige, como veremos, un acto de dotación patrimonial inicial, algunos han creído ver en el acto de constitución una donación. Empero, existen diferencias entre el acto constitutivo de una fundación y la donación. Sobre el particular no ha faltado quien ha sentado (COCCA) algunas muy agudas distinciones que reseñamos seguidamente.

En primer lugar, la donación se hace en favor de una persona determinada, en tanto que la fundación tiene un destinatario general, integrado por sujetos indeterminados. En la donación, por ende, se requiere de la determinación del donatario, sobre todo porque su individualización reviste interés para el donante.

En segundo término, en la donación se precisa de la aceptación, no así en la fundación. Además, la declaración del fundador no es recepticia (ENNECCERUS).

La donación, además, es un acto aislado. La fundación, dado que implica un acto de organización, exige una esmerada administración permanente, para cumplir con sus fines.

A ello agregamos que la donación es un contrato. La fundación es un negocio jurídico unilateral.

Igualmente agregamos que la donación puede tener fines egoístas. La fundación, no.

Finalmente, la donación es revocable por las mismas razones que motivan la indignidad para suceder y la desheredación. La fundación, una vez inscrita, no; aunque a ello debe añadirse, como supuesto de irrevocabilidad del acto de constitución, el hecho que la fundación se encuentre desplegado las actividades que le son propias (FERNANDEZ SESSAREGO).

. .Pasando a otro tema, es de destacar que el Código Civil no establece ninguna limitación al inciso 13 del artículo 2 de la Constitución que reconoce como derecho de toda persona el constituir fundaciones. De esta manera, bien se puede afirmar que toda persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, puede constituir una fundación. El único requisito es que la persona goce de capacidad para disponer de los bienes que atribuirá a la fundación para que ésta pueda cumplir sus fines.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI uee BUSNELLI, F.D. *Derecho Civil. Unive-sidad Externado ~e C:~lombia*. Tomo 1. Vol. 1. B~got1. 19~2; CARRANCHO HERRERO, M-Teresa. *La constituciÓn de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privad*. Depalma. Buenos Aires, 197~; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaCiones*. Plus Ultra. Bu~~ nos Aires, 1981; CORNEJO, Angel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984;; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Eludes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 301 de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo 11, del Título I (arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STRÖMHLIM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición d~1 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho VIVO*. Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Direct?) Y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yun. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones ~m fmeso de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. N- 5. Diciembre. Lima, 1999.

## ACTO CONSTITUTIVO DE LA FUNDACIÓN

*El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción así como el destino final del patrimonio.*

*Puede nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el primer caso, debe designarse a la persona natural que la represente.*

*El registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del presente artículo. El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso.*

### CONCORDANCIAS:

|                 |                               |
|-----------------|-------------------------------|
| C.C.            | arts. 104 incs. 1) a/3), 2025 |
| C.P. C.         | arto 17                       |
| LEY20572 art.12 |                               |
| 0.5. 03-94-JU5  | arts. 24, 25, 26, 27          |
| 0.5. 04-94-JU5  | arto 8                        |

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

El acto de constitución de una fundación tiene una serie de matices que han sido agudamente puestos en evidencia (por GALGANO).

El acto de constitución es un negocio unilateral no receptivo que tiene notas especialmente propias:

- a) Es un acto de disposición, pues solo nace si el fundador aporta todo o parte de su patrimonio. Como lo hemos anotado en precedencia, es un elemento sustancial para el nacimiento de la fundación. Se trata, pues, de un requisito *ab substantiali* que distingue a la fundación de las demás personas jurídicas reguladas por el Código Civil. A esta nota señalativa también se le conoce como acto de dotación patrimonial.

b) Es un acto de organización, pues el fundador organiza a las personas,

generalmente terceros para que ve en por el patrimonio y lo apliquen a fines de interés social que él ha señalado en el acto de constitución. Es en este sentido, un acto con contenido teleológico (RAPOSO ARCEO, CARRANCO HERRERO).

c) Adicionalmente, se trata de un acto de creación de un nuevo sujeto de derecho. La fundación, en efecto, es un ente distinto del fundador y éste queda al margen de ella. No es su titular.

Los requisitos sustantivos a los que se refiere el artículo 101 del Código Civil varían según se trate de una fundación constituida por escritura pública o por testamento.

En la primera hipótesis, el fundador, al otorgar el acto de constitución, debe señalar qué bienes destina a la fundación, de manera precisa, qué fines perseguirá la fundación; cuál será su régimen administrativo y económico; cuál será la duración; el domicilio; el nombre; qué órganos se harán cargo de la administración y gestión de la fundación; quiénes serán las personas que se ocuparán de la marcha de la institución; si los administradores tendrán la potestad de modificar la estructura de la persona jurídica y cuál será el destino del haber neto que resulte de la liquidación de la fundación en caso que ésta se disuelva.

En el caso en que la fundación se constituya por testamento (por lo demás, por medio de cualquier tipo de testamento) bastará que el testador señale, incluso genéricamente, qué bienes o porción de sus bienes destinará a la fundación y qué fines cumplirá. Los demás aspectos, si no han sido determinados por el testador, serán integrados por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Nada dice el Código Civil en cuanto a la entidad económica de los bienes que deben ser asignados por el fundador para la creación de la fundación. Este silencio ha sido suplido por una acertada jurisprudencia administrativa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. De acuerdo a lo resuelto por dicho órgano administrativo la dotación patrimonial debe ser suficiente y adecuada para los fines previstos por el fundador, al menos por un tiempo inicial, no definido -ciertamente- por el Consejo.

Antiguamente gozaba de cierto orérito la concepción de lo que se ha llamado con acierto la "fundación mausoleo" (DE BELAUNDE) para la cual el patrimonio con el cual nacía la fundación debía responder al requisito del bastanteo durante la entera vida de la institución, es decir, ser suficiente para poder cumplir sus fines mientras se mantuviese en marcha. Esta concepción ha sido abandonada. En su lugar hoy en día las fundaciones satisfacen su necesidad de fondos por medio de todo tipo de actividades, incluso mercantiles y lucrativas, que sirven como apoyatura instrumental para poder alcanzar sus fines y sin que con ello se las pueda acusar de haber dejado de ser entidades no lucrativas (VEGA MERE). De esa forma, incrementan sus recursos y acentúan su independencia respecto de favores estatales sustentados en exoneraciones o inafectaciones de orden tributario, que a la fecha no son numerosos.

No debe pasarse por alto que la afectación de bienes a la que se refiere esta

norma no necesariamente implica la transferencia de dominio de tales bienes. También es admisible -y así lo hemos constatado en el plano de la realidad- que se aporte un derecho limitado sobre ciertos objetos. Nada obsta a que se entregue un bien en usufructo para su explotación por parte de la fundación. Es ese caso, por cierto, será indispensable conocer el plazo por el cual la organización lo aprovechará y si la conclusión del plazo puede implicar la subsistencia o no de la fundación. Tampoco es extraño que una fundación se constituya con la asignación de un porcentaje de utilidades de una empresa que será entregado anualmente. Empero, lo cierto es que en casos como el descrito, el Consejo de Supervigilancia también ha aplicado el criterio de la suficiencia y adecuación de la dotación fundacional, al menos para el período de existencia inicial de la fundación.

Nada dice el Código con relación a los órganos que conforman la fundación. A diferencia de lo que sucede con la asociación, en esta parte el Código calla. Sin embargo, en la experiencia en esta materia los interesados crean una Junta de administradores o bien un administrador único que será el responsable de la marcha de la organización. Por otro lado, no existe impedimento para que la fundación posea otros órganos a los cuales se asigne determinadas competencias. Ciertamente, es deseable que en una posible reforma del Código se contemple de una manera sistemática cuáles son las instancias de administración de una fundación a efectos de evitar la usual constitución de órganos que toman el nombre de los órganos de la asociación e inclusive el *nomen iuris* de comité, que es, más bien, otra persona jurídica.

En el año 1995, una Comisión Oficial, denominada Comisión Elaboradora del Anteproyecto de Ley de Fundaciones (integrada por Carlos Fernández Sessarego, Javier de Belaunde, Guillermo Lohmann, Carlos Enrique Becerra y Yuri Vega Mere), concibió un texto en el cual se reguló de una manera ordenada una Junta de Administración encargada de velar por los fondos de la institución para el cumplimiento de sus fines.

En este documento de interés para el estudioso, por otro lado, a iniciativa de uno de los integrantes de dicha Comisión (DE BELAUNDE) se incluyó la denominada Junta de Fundadores (que también podría ser un único fundador) que, sin tener la responsabilidad de la gestión de la organización, contribuía a supervisar la adecuada marcha de la institución. Según se explicara al interior de la Comisión por el autor de la propuesta, existen muchos casos en los cuales el fundador (que deberá ser siempre un fundador en vida) tiene interés en participar en la vida de la fundación, pero sin asumir tareas de administrador y sin quedar al margen de la persona jurídica (que suele ser el efecto natural del acto constitutivo con relación al fundador). De esa manera, al dar cabida a su presencia en una condición de supervisor de los administradores, se creaba un incentivo y se aliviaba la labor de control que corresponde al Estado. Lamentablemente, el documento pre-legislativo que se elaboró hace más de seis años sigue sin ser parte de la preocupación del Congreso.

No existe obstáculo para que la administración recaiga sobre personas jurídicas. En este caso será indispensable que la administradora designe a la persona natural que la representará como tal en la fundación.

Es importante anotar que el régimen administrativo de una fundación se encuentra atravesado por la voluntad del fundador. Los responsables de la marcha de un fundación no pueden realizar actos que sean contrarios a la voluntad fundacional. E a el mismo sentido, dado q1.Je se trata de gestores y no de titulares (pues como y n hemos dicho esta persona jurídica carece de titulares), el órgano de gestión es un órgano dependiente y no dominante respecto de la vida institucional (GALGANO) a diferencia de lo que ocurre en la asociación. Los administradores no pueden, entre otras cosas, según veremos, decidir la disolución de la fundación ni disponer de los bienes de ella cuando tales actos no forman parte del objeto de la organización, pues para ello requerirán recurrir al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

El párrafo final de la norma bajo comentario precisa que si el acto constitutivo de la fundación carece de algunos de los requisitos, el registrador del Registro de Personas Jurídicas debe enviar el título que contiene el referido acto de constitución al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones para que éste proceda, en un plazo de diez días, de conformidad con lo dispuesto por los incisos 1 a 3 del artículo 104 del Código, según el caso.

Las normas a las cuales se remite este numeral aluden a la obligación de dicho Consejo de indicar la denominación y el domicilio de la fundación; a designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento; y a determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación.

En su momento comentaremos el alcance de dichas atribuciones. En todo caso, es de resaltar que, sin que el Consejo llene los vacíos o corrija los defectos que se adviertan en el acto de constitución, el registrador no inscribirá la fundación.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI, U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M~ Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática Y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *De-echo de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova,

1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Aperçu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule N2 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo I/1, del Título I/(arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STRÖMHLIM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*. Gaceta Jurídica. Agosto. N2 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) y GARCIA, Juan Andrés (Coordinador). Me Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. N2 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. N25. Diciembre. Lima, 1999.

## REVOCABILIDAD E IRREVOCABILIDAD DEL ACTO CONSTITUTIVO

*La facultad de revocar no es trasmisible. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.*

CONCORDANCIA:  
C.C. art.798

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

La constitución de una fundación es, por esencia, un acto que deriva de una decisión personalísima, producto de la libertad que tiene el fundador sobre el destino de sus bienes, siempre dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico cuando el fundador tiene herederos forzados a los cuales la ley les asegura una parte determinada de la masa patrimonial del ascendiente.

La revocación es un concepto asignado a negocios jurídicos unilaterales. Por medio de la revocación, el autor de un negocio unilateral priva a éste de eficacia. La revocación es, ella misma, un nuevo negocio jurídico, también unilateral. Ello ocurre, por ejemplo, con el testamento y con el apoderamiento. La excepción es, en la legislación, el contrato de donación, pues en esta hipótesis nos encontramos ante un acto bilateral, ante un contrato. La revocación recae sobre el negocio jurídico unilateral otorgado por el mismo autor de la revocación. Si el negocio dejado sin efecto tiene el temperamento de recepticio, esa misma nota deberá presentarse en el acto de revocación.

Es claro, por otro lado, que la revocación de una fundación actúa sin mayor dificultad en el caso de la fundación que ha sido constituida por medio de un testamento en tanto éste no se hubiere abierto como consecuencia de la muerte del testador. Los herederos testamentarios -o bien los legatarios- no tienen legitimación para poder privar de eficacia al acto de última disposición por medio del cual el testador ha decidido que parte de sus bienes se destinen a una fundación (en tanto no afecte derechos sucesorios). Inclusive, el testamento inscrito pero no abierto puede ser pasible de revocación por parte del testador sin que con ello se afecte la fundación cuya constitución se encontraba formando parte del mismo, en la medida que existe plena libertad de la persona para variar el sentido de las disposiciones que había concebido al momento de otorgar el testamento.

La revocación de una fundación constituida por medio de escritura pública presenta mayor complejidad. En efecto, si nos atenemos a lo dispuesto por el artículo 101 todo parecería indicar que la revocación de una fundación que nace por escritura

pública será imposible si el acto constitutivo se encuentra inscrito en el registro respectivo.

Sin embargo, atendiendo a que el propio Código Civil regula el supuesto de las fundaciones no inscritas (artículos 127 a 129), la realidad indica que las fundaciones pueden dar inicio a sus actividades y a la prosecución de su objeto sin que medie el dato registral. Por esa razón, no ha faltado quien señale, con autoridad, que también debe impedirse la revocación del acto constitutivo cuando la fundación se encuentra en plena actividad (FERNANDEZ SESSAREGO) aun cuando no se encuentre inscrita.

Ello nos dejaría, como supuesto residual, a la fundación creada por medio de una escritura pública no inscrita que aún no ha llevado a cabo ningún acto que ponga en evidencia que viene actuando como tal. Al parecer, este es el único caso (salvedad hecha del testamento no abierto) al cual se puede aplicar la norma comentada.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *1/ regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; N ATO LI , U. y BUSNELLI, F.O. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M. Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja - Branca. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 301* 1994, de 24 de noviembre: *Análisis del Capítulo 1, del Título I (arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STROMHOLM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo*

*culo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica, en: El Peruano, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. La fundación: un tema de derecho vivo Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés.*

*[L~ fundación en el Perú, en: Las fundaciones en Iberoamérica; PINAR, José Luis (Director) y GARCIA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil, en: Gaceta Jurídica. Diciembre. N2 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú, en: Cátedra. Año 111. N2 5. Diciembre. Lima, 1999.*

## •• JURISPRUDENCIA

*"El artículo 102 del Código Civil prescribe que la facultad de revocar el acto constitutivo de la fundación es privativa del fundador, por lo que no es transmisible, y al mismo tiempo, establece la irrevocabilidad del acto constitutivo de la fundación a partir del momento de su inscripción, estrictamente desde la fecha de extensión del asiento de presentación".*

*(R. N!! 438-97-ORLC/TR, del 20/10/97)*

## CONSEJO DE SUPERVIGILANCIA DE FUNDACIONES

*El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones. Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.*

CONCORDANCIA:  
D.S. 03-94-JUS artº 1 y ss.

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

Las personas jurídicas asociación y fundación presentan algunas diferencias que son de suma utilidad para entender por qué las fundaciones están sujetas al control de una organización extraña a ella, que se encuentra en manos del Estado.

A estos efectos, conviene hurgar en la definición de asociación pues ella aporta algunos elementos importantes. En primer lugar, es bien sabido que para poder constituir una asociación se requiere de, por lo menos, dos personas que decidan "asociarse", es decir, realizar una actividad en común que, además, satisfaga requerimientos de ellas mismas, sin buscar el lucro. Por ello, en la asociación se necesita la participación y actuación conjunta de sus miembros y la búsqueda de mecanismos que aporten soluciones a problemas que no pueden resolver de manera individual.

La asociación, de otro lado, y aunque parezca una innecesaria aclaración, tiene temperamento asociativo, pues entre los asociados y entre éstos y la persona jurídica se crea un vínculo de "necesidad" o, si se prefiere, de "pertenencia". No hay asociación sin asociados. La asociación, además, puede crearse sin necesidad de patrimonio inicial. Los bienes que alcance a tener son, fundamentalmente, los provenientes de los aportes de sus miembros y los que adquiera durante su vida institucional.

La fundación, en cambio, puede ser constituida -como ya lo hemos anotado- por una sola persona: el fundador. No se exige que sean dos o más personas. Nada impide, por cierto, que el acto de constitución sea otorgado por dos o más fundadores.

La fundación, adicionalmente, carece de asociados o miembros. El fundador permanece, como tal, al margen de la institución. Son los administradores quienes se encargan de la dirección de la persona jurídica. Los administradores (a diferencia de

los asociados que pueden, en una asamblea, decidir el destino de la asociación, inclusive acordar su disolución) no tienen facultades "dominantes" sobre la fundación. Están sujetos a la voluntad del fundador, contenida en el acto constitutivo.

La fundación, de otro lado, no puede, a través de los fines que cumple, favorecer ni al fundador ni a los administradores. Los beneficiarios de la labor de una fundación son siempre terceros, ajenos a la institución.

Existen, además, otras diferencias. El Código Civil establece, como órganos básicos o necesarios de la asociación tanto la asamblea general de asociados como el consejo directivo. La primera es el órgano máximo, que reúne a los asociados para que ellos mismos decidan el destino y la marcha de la persona jurídica. En la asamblea se designa a los miembros del consejo directivo (que es el órgano que ejecuta las decisiones de la asamblea) y como tal queda sujeto al control de dicha asamblea. Por esta razón, el legislador estima que no es necesario que exista un órgano estatal especializado que supervise la labor de las asociaciones.

La cosa es muy distinta en el caso de las fundaciones. En éstas, atendiendo a que los administradores no son, en la mayoría de los casos, quienes crearon la institución, pues la fundación no tiene titulares (y los administradores pueden variar a lo largo de los años), y en la medida que deben cumplir con los fines dispuestos por el fundador, se necesita controlar la actividad desplegada por los gestores.

Además, en la historia de la fundación se puede apreciar un dato de sumo interés que a lo largo de los años ha variado sustancialmente. Antiguamente, las fundaciones se constituyan, como regla, por testamento. Siendo ello así, era evidente que el fundador jamás tenía injerencia en la vida de la institución y, por tanto, deviene deseable que algún tercero supervise a los administradores.

En todos los países en los que existen fundaciones el Estado se ha arrogado la labor de supervisión de las fundaciones. Es un hecho casi natural que no admite discusión, pese a que la fundación es una persona jurídica de derecho privado.

En el Perú, esa labor le viene asignada al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones que fue creado por Decreto Supremo del 6 de octubre de 1955.

Este organismo, actualmente depende del Ministerio de Justicia. Sin embargo, su composición es multisectorial. Sus competencias, además de lo dispuesto por el Código Civil, se encuentran reguladas por el Reglamento del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, aprobado por Decreto Supremo NQ 03-94-JUS. Pese a tener su sede en la ciudad de Lima, su actuación tiene alcance nacional.

Como se dijo en precedencia, se trata de un organismo creado en 1955. Antes de ello y bajo los primeros años de vigencia del Código Civil (je 1936, se asignó la tarea de controlar a las fundaciones al entonces denominado Ministerio Fiscal (hoy Ministerio Público). No obstante, dado que este Ministerio cumplía y cumple labores de las más variadas en los aspectos civiles y penales que no permitieron que pudiera supervisar de manera adecuada la labor de las fundaciones, fue necesario crear un órgano especializado, de naturaleza administrativa, que tuviera como obligación velar por el cabal cumplimiento de los fines que atañen a las fundaciones (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El Código Civil de 1984, basado en los antecedentes legislativos relativos a dicho Consejo, también se ocupó de él, estableciendo sus atribuciones básicas en el artículo 104.

Como anotamos, el Consejo es un órgano que pertenece al Ministerio de Justicia.

Empero, su conformación es multisectorial, pues está integrado por:

- 1) El Ministro de Justicia o su representante, quien lo presidirá;
- 2) Un representante de la Corte Suprema, elegido entre sus magistrados jubilados;
- 3) Un representante de la Fiscal de la Nación;
- 4) Un representante del Ministerio de Educación;
- 5) Un representante del Ministerio de Salud;
- 6) Un representante del Colegio de Contadores Públicos de Lima; y
- 7) Un representante de la Superintendencia de Administración Tributaria.

Curiosamente, habida cuenta de su composición, este organismo constituye única instancia administrativa, lo cual, en cierto modo, es una excepción -no conveniente para la tutela de los interesados- a la pluralidad de instancia como garantía de la administración. Sin embargo, concebir al Ministro de Justicia como segunda instancia podría implicar el desconocimiento de la opinión de los demás sectores presentes en su conformación.

## . DOCTRINA

ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; N ATO LI , U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M~ Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentada*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni*.

*Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). *Fórum Galicia de Estudios Sociales*. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*.

Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National.

Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo 11, del Título I* (arts. 6-11), en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STRÖMHLIM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*, Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. NQ 5. Diciembre. Lima, 1999.

## **FUNCIONES DEL CONSEJO DE SUPERVIGILANCIA DE FUNDACIONES**

*El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas:*

- 1.-Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo.*
- 2.- Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituir los al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos.*  
*En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable.(\*)*
- 3.- Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación.*
- 4.- Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.*
- 5.- Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que fijar sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso.*
- 6.- Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.*
- 7.- Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta.*

~so según modificatoria introducida por la Ley N° 26813 de 20-06-97.

- 8.- *Disponer las auditorías necesarias.*
- 9.- *Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento. (\*)*
- 10.- *Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación.*
- 11.- *Designar allíquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo.*
- 12.- *Llevar un registro administrativo de fundaciones.*

CONCORDANCIAS:

|                      |                                      |
|----------------------|--------------------------------------|
| <i>C.C.</i>          | <i>arts. 101, 107, 108, 109, 127</i> |
| <i>C.P.C.</i>        | <i>arts. 475, 486</i>                |
| <i>05. 03-94-JUS</i> | <i>arts. 2, 6</i>                    |
| <i>05. 04-94-JUS</i> | <i>arto 1 y ss.</i>                  |

## Comentario

*Yuri Vega Mere*

El legislador ha querido señalar en esta norma cuáles son las funciones fundamentales del Consejo, sin perjuicio de otras que se encuentran dispersas en el mismo Código o bien en el Reglamento del organismo en cuestión.

Es de advertirse que estas atribuciones han sido reguladas de un modo un tanto desordenado, pues en algunos de los incisos del artículo materia de comentario se alude a fundaciones constituidas por medio de testamento, en tanto que otros pueden ser de aplicación a todo tipo de organización fundacional.

En efecto, si leemos el inciso 1) podemos constatar que la denominación y domicilio de una fundación solo pueden faltar en caso de una fundación *monís causa* en la que el testador simplemente señaló los bienes y los fines a los que se destinarán los mismos cuando dispone que con ellos se cree una fundación. Tales datos no podrían estar ausentes en caso de una fundación constituida *inter vivos* o por escritura pública. Más allá de ello, lo real es que a todo sujeto de derecho persona jurídica le debe corresponder una denominación con la cual individualizarla e identificarla, a cuyo propósito ataña la intervención del Consejo.

(\*) Texto del inciso según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

También es indispensable que se determine el espacio geográfico en el que se hallará a la fundación con el propósito de atribuirle situaciones jurídicas subjetivas, derechos y deberes. Para ello, es urgente definir la sede en la que se encontrará domiciliada la fundación.

El segundo inciso tiene dos partes claramente diferenciables. La primera se refiere al nombramiento de los administradores cuando se omitió en el acto constitutivo; la segunda alude a la forma de sustituirlos cuando no existe en dicho acto de creación mecanismo para que se proceda a tal sustitución. Igualmente, el primer asunto solo se puede configurar cuando se trata de una fundación creada por medio de un testamento. Si no existen administradores nombrados, la organización no podrá dar inicio a sus actividades. En esa medida, corresponderá llenar tal vacío al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, tarea que debería recaer -en línea de principio- en personas que tengan experiencia en el sector o en labores de gestión de empresas, pues a la larga las fundaciones deben ser administradas como tales, pues son productoras de bienes y servicios pese a que no persigan fines lucrativos. Bien se ha dicho que deben tener sentido empresarial (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El siguiente problema que deberá ser resuelto por el Consejo es el que atañe a la forma de sustituir a los administradores cuando el acto fundacional no prevé los mecanismos para ello. Es indiferente, en este supuesto, el medio de constitución de la figura. Lo relevante es que el Consejo debe arbitrar la solución para impedir que el cese de los administradores deje sin dirección a la organización a efectos que continúe con la prosecución de sus objetivos de interés social que, a la larga, complementan o suplen la labor del Estado.

La última parte de este segundo inciso, que es un añadido a la versión original, contiene algunas precisiones interesantes. En efecto, en esta norma se prescribe que el cargo de administrador no puede recaer sobre los beneficiarios o instituciones beneficiarias, lo que es de esencia de la fundación, ya que es fundamental que erija una exacta separación de ambos roles para administrar la institución con objetividad y sin favoritismos. Finalmente, no resulta del todo conveniente la prohibición de dejar el cargo de administrador. Hoy en día, la fungibilidad de las tareas de administración en cualquier organización suele ser la regla. En todo caso, tal prohibición debió dejarse como un derecho del fundador, pero no ser impuesta por la ley.

El inciso 3 puede explicarse teniendo en mente dos hipótesis. Si en el acto constitutivo se omitió el régimen administrativo y económico (cuestión que es dable únicamente en la fundación mortis causa), el Consejo lo determinará con audiencia de los administradores. Nótese que, inclusive, el nombramiento de los gestores puede haber sido omitido, en cuyo caso resulta muy conveniente que el Consejo designe a los administradores, en primer lugar, y luego, conjuntamente con ellos, se estructure el régimen en cuestión. La segunda hipótesis a que se refiere la norma se ciñe, más bien, a la sustitución del régimen administrativo y económico, si el definido por el fundador no resulta el más adecuado para la marcha de la fundación. Aquí, nuevamente, se pone en evidencia, la dependencia de los administradores a la voluntad fundacional, ya que es claro que si alguna decisión proveniente del fundador constituye un obstáculo para la organización, cualquier posible cambio o modificación no

podrá ser obra de los administradores nombrados, quienes requerirán siempre de la participación y autorización del Consejo.

Una de las tareas puntuamente asignadas a los administradores es la de velar diligentemente y del modo más conveniente por el patrimonio y rentas de la fundación, así como su apropiada aplicación a los fines perseguidos por ésta. Los objetivos perseguidos solo pueden ser alcanzados sobre la base de una previsión de los ingresos y egresos que deberá efectuar la institución, gastos que, por lo demás, habrán de destinarse a metas específicas. En esta línea encontramos, precisamente, la obligación de los administradores de presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el presupuesto anual y planes de la fundación que deberán formularse para el ejercicio económico venidero y que habrán de ser puestos en conocimiento del Consejo treinta días antes del cierre del año en curso.

El inciso 5 del artículo 104 contiene una norma polémica. Hemos repetido, hasta el hartazgo, que la Junta de Administración de una fundación es, en expresión afortunada de un autor italiano (GALGANO), un órgano dependiente de la voluntad fundacional expresada en el acto constitutivo. Esta sujeción se muestra, asimismo, en la falta de legitimación por parte de los administradores para poder disponer de los bienes de la institución, pues en su condición de meros gestores no pueden disminuir el patrimonio de la organización en los casos en que la disposición de bienes o derechos no sea parte de las operaciones ordinarias de la persona jurídica.

La norma, empero, requiere de ciertas matizaciones a efectos de no extender indebidamente su aplicación, como lamentablemente ya lo ha hecho el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones en un caso en el que ni siquiera el Poder Judicial supo asignar los alcances justos a esta disposición.

Quizá sea necesario indicar que la *ratio jurís* de este inciso viene dada por el principio de conservación del patrimonio de la fundación, a fin de no distraer su uso para cuestiones ajenas a sus objetivos. Pero ello tampoco ha de implicar atar de manos a los gestores al grado de considerar que cualquier disposición ajena a los fines de la fundación requiera de autorización del Consejo. En efecto, los actos de derivados de una administración ordinaria de la persona jurídica, aun cuando no tengan ninguna relación con la finalidad perseguida por el sujeto de derecho fundación, constituyen actos usuales en cualquier organización sin los cuales no es posible alcanzar las metas propuestas o fijadas por el fundador y ansiada por los administradores. En esa medida, solo los actos o negocios de disposición que excedan a una administración ordinaria requieren de autorización del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Desgraciadamente, este organismo administrativo ha interpretado en un caso que esperamos no cause jurisprudencia- que inclusive para los actos de adquisición, dado que se dispone de los fondos de la fundación, también se debe solicitar su autorización.

La autorización también se extiende a la constitución de gravámenes, lo que representa una protección del patrimonio de la fundación, pues la eventual realización del valor de los bienes afectados con una garantía podría traer como consecuencia la disminución de la masa de activos de la institución.

El inciso g) del artículo 6 del Reglamento del Consejo, aprobado por D.S. NQ 0394-JUS, pretende precisar a qué actos de disposición o gravamen se refiere la norma del Código Civil, pues menciona, entre otros, los actos de ventas, transferencias, donaciones, cesión en uso, permuto, gravamen, arrendamiento, hipoteca, usufructo, prenda y anticresis.

El inciso 6 del artículo 104 refleja la buena intención del legislador que, sin embargo, ha sido de casi nula aplicación. De acuerdo a lo previsto por aquel inciso, el Consejo debe promover la coordinación entre fundaciones de fines análogos cuando sus bienes resulten insuficientes o cuando tal actuación conjunta redunde en una mayor eficiencia de las organizaciones involucradas. De nuestro paso por el Consejo de supervigilancia pudimos comprobar que resulta altamente difícil fomentar la cohesión entre personas jurídicas que cumplen finalidades similares. Aquellas que son sólidas prefieren caminar solas, sin el peso de fundaciones con problemas económicos o presupuestales. Aquellas que ya no cuentan con recursos prefieren ser condenadas a la disolución. Según se refiere en la exposición de motivos de esta norma, el

autor de la Ponencia (FERNÁNDEZ SESSAREGO) era partidario de permitir la fusión de fundaciones de fines análogos, solución que, a nuestro juicio, hubiera sido más conveniente a efectos de aunar esfuerzos de una manera mucho más estrecha y de evitar la innecesaria coexistencia de dos personas jurídicas cuando en una de ellas se puede consolidar la realización de propósitos de igual línea.

El inciso 7 prevé que el Consejo debe velar por que los bienes y rentas de la fundación se apliquen a la finalidad propuesta. Es un efecto casi natural de la existencia de la organización y del control y supervisión que se ejerce sobre la misma. Ni los bienes ni las rentas (entendidas como los réditos o frutos de los primeros) pueden ser distraídos y empleados en tareas u objetivos distintos a los impuestos por el fundador pues el patrimonio no corresponde ni directa ni indirectamente a los gestores. El Consejo puede, en esa medida, y dentro de un amplio marco de discrecionalidad, ordenar la inhibición de actividades que supongan una desviación en el uso de recursos e, inclusive, llegar, en casos necesarios, a determinar otras medidas y solicitar la destitución de los administradores.

Precisamente una de las medidas de control que tiene relación con lo que acabamos de decir son las auditorías que el Consejo puede ordenar en una fundación, tal como lo preceptúa el inciso 8. Estas auditorías pueden ser tanto de estados financieros como de gestión.

Otra medida de protección de la voluntad fundacional así como del patrimonio de la persona jurídica viene diseñada por el inciso 9, según el cual el Consejo puede impugnar los acuerdos de los administradores que contrarién la ley o el acto constitutivo, así como demandar la nulidad o anulación de los actos que celebren en los casos previstos por la ley. Esta norma requiere de explicación.

. A diferencia de lo que ocurre con el derecho societario, no existe en el derecho CIVIL, ni al interior del Código, disposición alguna que regule la impugnación a la que se refiere el inciso 9 del artículo 105. Éste solo se ocupa de establecer el procedimiento que se deberá observar, pero nada dice respecto a la materia misma de la

acción de impugnación salvo la genérica referencia a actos contrarios a la ley o al acto constitutivo. En todo caso, si el acto que sea cuestionado queda subsumido en alguna causal de nulidad o anulación, se entiende que el Consejo debería inclinarse por alguna de estas dos acciones. Tampoco está demás decir que cuando la norma se refiere a la nulidad o anulación "en los casos previstos por la ley" tendremos que concluir que tales supuestos necesariamente serán los regulados expresamente por otras normas del Código (artículos 219 y 221), pues en esta sede no existe precepto alguno que establezca hipótesis específicas para actos o contratos celebrados por los administradores. Ello nos conduce a concluir que la impugnación habrá de incidir sobre actos para los cuales no existe acción de nulidad o anulación y, a lo sumo

podrá intentarse la referida acción cuando se quiera privar de efectos a un acto que sea contrario a la ley o al acto constitutivo (inclusive no es descartable la posibilidad de un acto que sea impugnable y nulo o anulable simultáneamente). El problema que se deriva de esta interpretación es que no existe, para la impugnación, plazo alguno de prescripción o caducidad, lo que sin duda suscita incertidumbre respecto de la estabilidad o precariedad de los actos que puedan ser impugnados.

Dada la importancia que tienen las fundaciones para la colectividad, deviene indispensable que cualquier acción por medio de la cual se pretenda impugnar la validez del acto constitutivo exija la participación del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, pues el eventual éxito de tal acción privará a los beneficiarios de la misma de una fuente de sostenimiento. Por ello, el inciso 10 ordena al Consejo su intervención en los procesos en que se discuta la validez de la constitución de una fundación.

Cuando se crea una fundación no es un requisito sustancial que el fundador designe a los liquidadores en caso que se ponga fin a la existencia de la institución. La omisión en su nombramiento es suplida por la intervención del Consejo, tal como lo prevé el inciso 11 del artículo bajo comento.

Finalmente, una labor de especial interés para el propio Consejo es contar con un registro propio de las fundaciones, a efectos de poder tener una mayor información (adicional a la proveniente de los Registros Públicos) que facilite el control de estas organizaciones. El Reglamento del Consejo lo denominó Registro Administrativo

Nacional de Fundaciones y fue implementado por dicho organismo desde el año 1994 con el objeto de sustituir el antiguo Padrón de Fundaciones que a tal fecha se encontraba desactualizado.

En este Registro se inscriben las fundaciones ya constituidas e inscritas previamente en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral correspondiente (del Sistema Nacional de los Registros Públicos), es decir, cuando ya han adquirido la condición de personas jurídicas. Por tanto, la inscripción en el Registro del Canse! es solo declarativa. A la fecha, en este Registro Administrativo se encuentran inscritas menos de doscientas fundaciones. La inscripción en este Registro es obligatorio y su omisión es sancionada por el Reglamento del Fondo del Consejo de supervigilancia de Fundaciones aprobado por Decreto Supremo NQ 04-94-JUS, cuya única disposición transitoria ordenó la reinscripción de las fundaciones en el citado Registro.

A lo establecido por el Código, se añade lo dispuesto por el artículo 6 del Regla

mento del Consejo, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-JUS, que le asigna como tareas formular y proponer la política referente a las fundaciones y proponer proyectos de leyes o normas que mejoren la eficiencia funcional de las fundaciones.

## DOCTRINA

- ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI, U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M! Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents. Conseil d'Etat*. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo 11, del Título I (arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STROMHOLM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; VEGA MERÉ, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERÉ, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*. Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERÉ, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) . GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERÉ, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERÉ, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. NQ 5. Diciembre. Lima, 1999.

## JURISPRUDENCIA

*"Se debe tener en cuenta que el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones dentro de las facultades establecidas por los artículos 104, inciso 11, Y 11 O d~1 Código Civil, tiene la posibilidad de designar alliquidador y proponer el destino final del haber neto resultante de la liquidación, siempre y cuando no esté previsto en el acto constitutivo de la fundación; en consecuencia, se advierte que la ley faculta al Consejo a tener participación en todas las etapas del proceso de disolución y liquidación de las fundaciones hasta su culminación, pero permite que se apliquen las normas incluidas en el acto constitutivo, referidas a esta materia"*

*(R. NI! 438-97-0RLC/TR, de/20/10/97)*

*"El acto de disposición de un inmueble de una fundación a una asociación, con la sola autorización y firma del presidente de la fundación en la minuta y escritura pública, contraría lo dispuesto en el artículo 104, inciso 5, del Código Civil, que establece que el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es quien debe autorizar los actos de disposición de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso"*

*(R. NI! 438-97-0RLC/TR, de/20/10/97)*

## OBLIGACIÓN DE PRESENTAR CUENTAS Y BALANCES

*Los administradores están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación, dentro de los cuatro primeros meses del año.*

CONCORDANCIAS:

c.c. artº 104 (inc. 7)  
D.5.03-94-JU5 arts. 19,20

*Comentario*

*Yuri Vega Mere*

Una de las formas en que el Consejo de Supervigilancia controla la labor de las fundaciones es a través de la información contable que los administradores deben hacer de conocimiento del organismo supervisor.

Las cuentas y el balance constituyen un registro de las operaciones realizadas en el ejercicio económico por la fundación y reflejan, de uno u otro modo, la posición patrimonial de la institución, que, como regla, es producto de la actuación de los administradores.

El balance permite al Consejo tener una muestra de la marcha de la persona jurídica y, sobre la base de tal información, el organismo supervisor puede adoptar medidas que tiendan a cautelar los intereses fundacionales, ya sea ordenando auditorías, solicitando mayor información y, llegado el caso, pidiendo la remoción de los administradores al Poder Judicial. Inclusive, y tal como lo precisa el siguiente artículo del Código, es de tal entidad la importancia de presentar las cuentas y balances al Consejo, que el incumplimiento de dicho deber por parte de los administradores puede acarrearles responsabilidad y cesación en sus cargos. Es curioso observar que la falta de presentación de la información señalada por la norma implica un caso disperso al interior del Código de responsabilidad objetiva. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que es una responsabilidad atenuada, pues si existiera alguna razón que justifique la inobservancia de tal deber de información, la responsabilidad debería diluirse.

Complementariamente, el artículo 19 del Reglamento del Consejo de Supervigilancia dispone que junto con las cuentas y el balance, se deberá presentar, por parte de los administradores, una memoria de la fundación en la que deberá resumirse las principales actividades realizadas en el cumplimiento de sus fines, los donantes más

importantes del período, los programas más significativos realizados durante el año y una relación detallada de los beneficiarios directos, con indicación del monto y especie recibida. De esa forma, el organismo supervisor podrá verificar a detalle la forma en que se ha aplicado el patrimonio fundacional y los ingresos que pudiere haber generado durante el ejercicio económico.

Adviértase que aun cuando se haga referencia a donaciones (tradicionalmente el rubro más importante de los ingresos de las fundaciones en otras épocas), nada impide que estas personas jurídicas realicen todo tipo de actividades lucrativas como medios y no como fines con el objeto de generar recursos que les permitan desarrollar programas que sean coherentes con los objetivos que persiguen. Y es que, como ya hemos anotado, la fundación no es incompatible con la noción de empresa. Desde que se ha aceptado que es una unidad de producción (ciertamente no lucrativa), existe una clara tendencia a favorecer programas de generación y captación de ingresos que no tienen ninguna relación con donaciones o colectas públicas sino con actividades abiertamente comerciales que, reiteramos, se emplean como instrumentos o medios para poder estructurar el presupuesto que requieren estas organizaciones para satisfacer sus metas de interés social.

En este mismo orden de ideas, el artículo 20 del mismo Reglamento, prescribe que las fundaciones tienen obligación de presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones un ejemplar de todos los folletos, cartas circulares y otros documentos destinados al público en general para atraer donaciones. Las campañas con tal objeto no requieren aprobación del Consejo, pero éste llevará a cabo la supervisión, pudiendo objetar u observar una campaña si se considera que distorsiona los fines de la fundación involucrada. En este caso, el Consejo solicitará que se suspenda la campaña o se modifique algunos aspectos de ella que contravengan o sean lesivos a los fines fundacionales. Si la fundación no acepta el pedido del Consejo, éste podrá recurrir al juez para solicitar la suspensión de la campaña en tanto se resuelve la prohibición o modificación de una campaña, como pretensión de fondo.

## ~ DOCTRINA

- ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI, U. y j BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M~ Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch . Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentaria*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona t jurídica*. Civitas. Madrid, 1984.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las* personas. Lima, 1990; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil*

Peruano. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute - Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja - Branca. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Aperçu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo II, del Título I(arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STRÖMHLIN, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*. Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Me Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cáthredra*. Año 111. NQ 5. Diciembre. Lima, 1999.

## ACCIONES CONTRA LOS ADMINISTRADORES POR INCUMPLIMIENTO

*El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación o si éstos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes.*

*A pedido de parte, el juez de primera instancia puede, por causa justificada, suspendera los administradores.*

*Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.*

*Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.*

*La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se traman como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 104 (ne. 9), 107

C.P.C. arts. 475, 486

D.5.03-94-JU5 arts. 21, 23

### ~ Comentario

*Yuri Vega Mere*

El artículo 106 contempla, como una de las atribuciones del Consejo de Supervigilancia, el inicio de una acción de responsabilidad contra los administradores no solo por la falta de presentación de cuentas y balance o por el hecho de haber sido desaprobados por el propio Consejo, sino también en cualquier caso de incumplimiento de los deberes que atañen a los gestores de la marcha de la fundación.

(\*) Párrafo adicionado por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N. 01 0-93-JUS de 23.04.93.

Dado que la determinación de la responsabilidad no compete al órgano administrativo, éste deberá recurrir al Poder Judicial para que sea el que decida si existe o no hechos que sustenten tal imputación.

Es evidente que el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, a excepción del supuesto de la falta de presentación de cuentas y balance que implica un caso de responsabilidad objetiva atenuada, deberá evaluar si el incumplimiento de algún deber por parte de los administradores merece el inicio de tal acción de responsabilidad que, de ser declarada judicialmente, implica el inmediato ceso en la administración de la fundación, de acuerdo a lo previsto por el tercer párrafo de la norma bajo comentario. Si bien este artículo no ata al Consejo a supuestos específicos de responsabilidad, no deja de ser riesgoso que se le acuerde una atribución un tanto laxa en cuanto a la posibilidad de recurrir a dicha acción.

Por otro lado, la acción de responsabilidad no se encuentra reñida con una eventual pretensión indemnizatoria. El Código, empero, no precisa quien será el receptor de la reparación. Creemos que debería ser la fundación, si se comprueba que ha sufrido daños.

Siempre nos ha llamado la atención que el Consejo deba aprobar las cuentas y balances que son presentados por las fundaciones, pues ello supone, de suyo, una especial labor que debe ser delicada y diligentemente cumplida por profesionales contables con los que deberá contar dicho Consejo. En nuestra opinión no basta con que el balance de una fundación muestre pérdidas para que dicho organismo supervisor desapruebe los estados financieros y arremeta contra los administradores. Para ello será necesario, además, que medie una administración deficiente, incompatible con la visión empresarial que deben darle los gestores o bien con una irregular aplicación de los bienes y rentas de la fundación.

Es bien sabido que no todas las empresas (incluidas las personas jurídicas del derecho mercantil) arrojan utilidades y, por ende, será indispensable determinar las razones por las cuales se llegó a tal estado de pérdidas. Es común que en los primeros ejercicios de actividad no se obtenga resultados con superávit (a no ser que se cuente con una ingente cantidad de recursos). Posiblemente el Consejo se verá precisado a una acción de control que derive en una auditoría de gestión antes de tomar una decisión tan drástica como iniciar una acción de responsabilidad contra los administradores.

En la Exposición de Motivos, el ponente de esta norma (FERNÁNDEZ SESSAREGO) advierte que, dada la anacrónica legislación procesal que existía a la fecha de promulgación del Código Civil, la norma materia de análisis contempla en su segundo párrafo que, a pedido de parte (entiéndase del Consejo), se puede suspender, por causa justificada, a los administradores. De esta forma, el legislador se adelantó a la actual regulación procesal atinente a la adopción de medidas cautelares. En este caso, sin embargo, existe una afortunada condición, y es que deberá existir alguna causa que ampare el pedido de suspensión, pues se trata de una opinión anticipada sobre el fondo del proceso de responsabilidad.

Es su~a~ent.e interesante. anotar qu~ el artícul? 2.1 del Reglamento del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones precisa, en su Inciso segundo, que si los cargos que se imputan a los administradores se encuentran verosímilmente acreditados, el Juez puede suspender al administrador o administradores en el ejercicio de sus fUnciones, habiendo oido previamente al fundador o a la Asamblea de Fundadores si todavía tuvieran existencia. Y decimos que nos parece de especial atención esta norma pues es posiblemente la única norma dentro de la legislación de fundaciones que da especial trato a los fundadores, cuya opinión se muestra, por lo demás, como necesaria antes de la decisión que adoptará el Juez relativa a la suspensión de los administradores.

El cuarto párrafo del artículo 106 encierra una indispensable cláusula de cierre en esta materia ya que indica que en caso de suspensión de los administradores, éstos son reemplazados de acuerdo a las previsiones del acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Es claro que la medida tiene a no dejar acéfala a la fundación para evitar daños irreparables en la organización, así como a no dejar sin atención a los beneficiarios.

Por lo demás, esta previsión no solo debe aplicarse en caso de suspensión, sino también cuando sin mediar la suspensión de los administradores éstos cesan automáticamente si se declara su responsabilidad. Todo ello, como bien indica el tercer párrafo de la norma, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI, U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M- Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en La persona en la doctrina jurídica contemporánea. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1~91.; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazion. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios soci.ales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Joven Edtore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civil*"Dadova.

~

-- --.

Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo 11, del Título I(arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STROMHOLM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni*. Tradizione e modernità. cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*. Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Me Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. NQ 5. Diciembre. Lima, 1999.

## PERSONAS PROHIBIDAS PARA CONTRATAR CON LA FUNDACIÓN

*El administrador o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.*

*La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.*

CONCORDANCIA:  
C.C. arts. 106,236,237

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

Con el fin de ditar que se distraiga el patrimonio de la fundación para favorecer a personas cercanas a los responsables de la marcha de la empresa, el artículo 107 encierra una previsión saludable al prohibir que el administrador o administradores, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, contraten con la fundación, salvo que exista autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. La medida preventiva se extiende a las personas jurídicas de las cuales sean socios los administradores o sus parientes en los grados indicados.

Para poder entender adecuadamente la razonabilidad de la norma se debe recordar que los administradores no son titulares de la fundación. Poco interesa, incluso, que algunos o todos ellos hubieren sido los fundadores, dado que al constituirse la fundación es este nuevo sujeto de derecho el que asume la titularidad de los derechos y bienes que integran su patrimonio. Además, la labor que deben cumplir los encargados de la gestión de la organización debe favorecer siempre a terceros y no a ellos mismos ni a personas que sean de su entorno familiar. Y, en esta perspectiva, resulta aconsejable que se limite la contratación con los parientes de los administradores a no ser que exista una autorización expresa del Consejo.

Y es que, al contratar, los administradores podrían caer en la tentación de hacerla en condiciones que no favorezcan necesariamente a la fundación sino a sus familiares o a las personas jurídicas en las que tienen algún tipo de interés ellos o sus parientes.

No está de más decir que la autorización expresa que se deberá solicitar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones deberá atravesar por el análisis de la conveniencia para la fundación de contratar con alguno de los sujetos a los que se refiere la norma. Para ello, es prudente que el Consejo confronte alternativas de contratación con terceros a efectos de poder hacerse una idea clara de la imparcialidad con la que se contrate con las personas señaladas en el artículo o bien de las ventajas que se podría derivar de ello. Para tal fin, es claro que una pauta razonable está dada por los costos, por plazos, por mejores ofertas, en general, así como por la experiencia que puedan tener las personas interesadas en contratar con la fundación.

Es cierto, por otro lado, que la autorización del Consejo no implica, de suyo, la vigilancia a pie puntillas de la ejecución del acuerdo por parte de dicho organismo. Sin embargo, dado que el Consejo vela por la aplicación de los bienes y rentas de la fundación, y a que puede ordenar auditorías de toda naturaleza, también se podrá verificar *ex post* si la contratación autorizada trajo o no beneficios a la persona jurídica.

Aun cuando la norma previene que la prohibición para contratar se extiende a las personas jurídicas de las cuales el administrador o sus parientes -en los grados especificados- son socios, existe el riesgo de interpretar que la limitación se extienda a organizaciones que no son sociedades, como podría ser una asociación, otra fundación o un comité, cuestión que, en nuestro concepto debería descartarse debido a que en estas instituciones los asociados, administradores o integrantes de las mismas no persiguen fines de lucro y, por lo general, no tienen una posición de dominio como ocurre cuando en una sociedad mercantil se cuenta con participación mayoritaria. Inclusive, la prohibición debería ceñirse a los casos en que los administradores de la fundación o los parientes que se indican cuentan con una participación social preponderante en las personas jurídicas lucrativas que tienen interés en contratar con la fundación.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; N ATO LI , U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M- Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en La persona en la doctrina jurídica contemporánea. Universidad de Lima, 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna,

1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cil.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo II, del Título I(arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STROMHOLM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. cil.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. 8-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*. Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Me Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. NQ 5. Diciembre. Lima, 1999.

## AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL FIN FUNDACIONAL

*El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al Juez Civil: 1.- La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos,*

*cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador.*

**2.- La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99.**

*La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

|                                   |                    |
|-----------------------------------|--------------------|
| C.C.                              | arts. 99, 101, 110 |
| C.P.C.                            | arts. 113, 486     |
| 05.03-94-JU5 artº 6 incs. k) y l) |                    |

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

Aun cuando se trate de un caso poco común, el artículo 108 concede al Consejo de Supervigilancia una iniciativa de especial interés para el tercer sector en dos casos especiales.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el primer inciso de esta norma, tal organismo puede recurrir al Juez para solicitar autorización -siempre dentro del marco de respeto a la voluntad fundacional, en cuanto ello sea posible- para que se amplíe los fines a otros análogos cuando el patrimonio de la fundación sea notoriamente excesivo para los objetivos propuestos por el fundador.

Es evidente que el abundante complejo patrimonial de la persona jurídica deberá ser comprobado por el Consejo con la información que la fundación le presente periódicamente. Adicionalmente, el Consejo habrá de constatar que los fines de la persona jurídica se encuentren suficientemente satisfechos, dando como resultado recursos sobrantes que podrían aplicarse a metas similares.

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

Si bien la previsión normativa encierra la buena intención del legislador, es extraño, al menos en nuestro medio, que a una fundación le baste los medios con los que cuenta para poder colmar sus tareas. Aun más, resulta difícil imaginar que a una fundación que pretende enrolarse en actividades que demandan grandes esfuerzos y capitales, especialmente en el sector asistencial o de lucha contra la pobreza, le sobre recursos que pueda destinar a otros rubros. Sin embargo, ello podría ocurrir en los casos en que los objetivos de la fundación sean más modestos y sus ingresos sean excesivos.

Obsérvese que la ampliación de los fines no es autorizada por el Consejo de Supervigilancia sino que éste, además de corroborar el cuantioso patrimonio en relación a la finalidad fundacional, debe solicitarla al Poder Judicial. La fórmula es demasiado engorrosa y hasta costosa, y además implica dos instancias diversas: una administrativa, pues el Consejo no actuará como un mero intermediario de los administradores de la fundación si son éstos los que promueven la ampliación de los fines de la fundación, sino que deberá efectuar un prudente análisis de la situación patrimonial y de los objetivos perseguidos por la persona jurídica, luego de lo cual se recurrirá al juez; por ende, la segunda instancia será judicial y habrá que esperar que el juzgador que conoce de la solicitud del Consejo se convenza de la conveniencia de la ampliación de los fines.

Esta norma parece no encajar dentro de un sistema cuya filosofía ha sido encender la supervisión de las fundaciones a un organismo especializado como lo es el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Los jueces, en la realidad de nuestro país, escasamente tienen relación con las fundaciones y conocen poco del tema. En cambio, la labor del Consejo gira en torno al sostenimiento y control de las fundaciones (dicho sea de paso, también debería promover la labor de las fundaciones) y lo convierte en una entidad abiertamente compenetrada con la realidad de estas personas jurídicas. En esa medida, el recurso al juez parece ser una solución innecesaria y poco ágil. Siendo ello así, parece indispensable conceder al propio Consejo la atribución para que autorice cualquier posible ampliación de los fines de la fundación.

Podría considerarse descartada la posibilidad de autorizar la ampliación de los fines cuando no hay patrimonio notoriamente excesivo. Sin embargo, pensamos que no existe prohibición y que, eventualmente, y sin necesidad de recurrir al juez, el Consejo podría autorizarla. □

El segundo supuesto se ciñe a la autorización que el Consejo (a instancia propia o de los administradores) puede requerir al Poder Judicial para que, como medida mucho más drástica, se modifiquen los fines de la fundación al haber cesado el interés social en las labores cumplidas por la persona jurídica. En este caso la decisión que se adopte es de mayor envergadura, dado que si hubiere desaparecido toda coloración de orden social en las tareas para las cuales se instituyó la fundación el juez deberá acertar tal hecho. Aun cuando se trata de una hipótesis remota, la solución normativa encierra un principio de suma importancia: conservar la organización, aprovecharse de ella para destinar los esfuerzos y los medios hacia fines que tengan relevancia social, extremo que justifica la variación que sea propuesta.

## ~ DOCTRINA

ALPA, Guido. *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI, U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo). Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M~ Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 197~; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Angel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di,,Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français*, en: *Les fondations. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). *Fórum Galicia de Estudios Sociales*. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents. Conseil d'Etat*. Fascicule N2 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo 11, del Título I (arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). *Fórum Galicia de Estudios Sociales*. Civitas. Madrid, 1999; STROMHOLM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. cil.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo*. Gaceta Jurídica. Agosto. N2 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Director) y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Diciembre. N2 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. N2 5. Diciembre. Lima, 1999.

## DISOLUCIÓN JUDICIAL POR IMPOSIBILIDAD DEL FIN FUNDACIONAL

*El Consejo de Supervigilancia puede solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento.*

*La demanda se tramita como proceso abreviado ante el Juez Civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores. La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación.*

*La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts.99, 101,2025 jne. 3)

C.P.C. arts. 408, 486

D.S. 03-94-JUS arts. 6 jne. 11), 22

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

Una de las formas en que se expresa la sujeción de la organización fundacional y la labor de los administradores a la voluntad del instituyente viene dada por la imposibilidad, por parte de los responsables de la gestión de la persona jurídica, de decidir la extinción de la fundación. Ello es una muestra, adicionalmente, de la condición de los administradores de no ser titulares de la fundación.

Esta es, por lo demás, una diferencia con la asociación pues ésta exhibe, al interior de su estructura asociativa, órganos como la asamblea general de asociados que se erige como un órgano dominante y con atribuciones decisorias de mayor alcance, inclusive para definir la disolución de la asociación.

El artículo 109 confiere legitimación procesal al Consejo para solicitar al juez la disolución de la fundación cuando es imposible que cumpla con los fines que fueron definidos por el fundador. No la concede, en cambio, a los administradores. Se nos ocurre que la actuación directa de los administradores sin la intervención del Consejo, como órgano especializado, podría privar a la fundación de la garantía dada por la

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NO 01 0-93-JUS de 23-04-93.

opinión y convencimiento previos del Consejo ante un precipitado acuerdo de la junta de administración de poner fin a la persona jurídica.

La decisión de solicitar la disolución suele ocurrir cuando el patrimonio de la fundación ha venido a menos y no existen medios para que pueda seguir intentando llenar los objetivos ansiados. En nuestro medio los casos no han sido escasos, especialmente en el caso de fundaciones de más larga data que nacieron al calor de la época en la que se entendía que la dotación inicial de la persona jurídica debía ser de suma importancia bajo la creencia que el patrimonio sería suficiente de modo permanente y de despreciar la posibilidad de generar ingresos mediante la realización de actividades que tuvieran ese norte, como en cambio lo hacen las fundaciones que hoy en día tienen una concepción empresarial en su organización.

La imposibilidad también puede provenir por mandato legal. Ello ocurrió cuando se creó el sistema previsional privado en el Perú, pues con su institución se ordenó la liquidación de las llamadas fundaciones laborales. Estas tenían como objeto constituir fondos de retiro que se entregaban a los trabajadores de una empresa cuando cesaban en su actividad laboral. Su estructura era extraña debido a que el fondo se constituía con aportes de los propios servidores, quienes resultaban siendo beneficiarios de la propia fundación, que además la administraban, con lo cual se yuxtaponían los roles de aportantes, administradores y beneficiarios, resultado que es inaceptable en sede de fundación.

No se descarta que la disolución pueda ser puesta en marcha cuando se superen las necesidades de los beneficiarios o la desaparición de la entidad beneficiaria (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

La norma establece un procedimiento específico que proviene de la modificación que introdujo el Código Procesal Civil. Según lo previsto, la demanda se presenta al juez de la sede de la fundación, el que debe emplazar a los administradores de la misma. La demanda, por lo demás, se publica durante tres oportunidades, con intervalos de cinco días entre cada aviso, tanto en el diario encargado de los avisos judiciales como en otro de circulación nacional.

Nada dice la norma sobre una eventual oposición por parte de terceros y si ello detiene el proceso.

Por otro lado, no se descarta que una fundación quede sujeta a las normas con cursales en caso de insolvencia.

Finalmente, el artículo prevé, como una medida de revisión, que la sentencia que no sea apelada sea elevada en consulta a la Corte Superior.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; N ATO LI , U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M! Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch

--

Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho p.* Depal.ma. Buenos Aires, 197~; COCCA, Aldo ~r~and~.. *Las fun~~~iones. Plus Ultr:~v:~o~* nos Aires, 1981; CORNEJO, Angel Gustavo. *Codigo CIVIL. Exposicion sistemática y c e tario.* Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. ~men 7'e:n.ental~7 Derecho. Civil peruano. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La pe~:~~ jUldca.* Clvitas. Madnd, 1984.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de 1 personas.* Lima, 1990; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación~ as dación y comité en el proyecto de Código Civil peruan~, en La persona en la doctrina j~ ~~~ ca contemporánea. Universidad de Lima. 1982; FERNAN DEZ SESSAREGO, Carlos. D~ 1 cho de las Per~onas.. Exposición de motivos y comentarios Libr~ P~im~ro del Código ~il Peruano.* Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Assoclazlom non riconosciute Comitati,* en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca.* Roma-Bologna 1972; GA,LGANO, Frances~o. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati.* Cedam. Padova' 1987; LEON BARANDIARAN, José. *Tratado de Derecho civil.* WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Apercu historique sur les fondations en droit français,* en: *Le fondazioni Tradizione e modernità,* cit.; PEREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones,* en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano.* Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO: Pietro. *La fine della vita umana.* En: *Rivista di Diritto civile.* Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PEREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española.* Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L 'acte de fondation en droit français,* en: *Etudes et documents. Conseil d'Etat.* Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 301 1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo 11, del Título I (arts. 6-11),* en: *Manual de Fundaciones,* RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STRÖMHLIM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois,* en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità.* cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica,* en: *El Peruano,* edición del 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho vivo.* Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el] Perú,* en: *Las fundaciones en Iberoamérica;* PIÑAR, José Luis (Director) y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yuri. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil,* en: *Gaceta Jurídica,* Diciembre. NQ 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú,* en: *Cátedra.* Año 111. NQ 5. Diciembre. Lima, 1999.

## JURISPRUDENCIA

"El artículo 109 del Código Civil establece que al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones compete, dada su naturaleza de ente de control y vigilancia, determinar los casos en los cuales las fundaciones, bajo su supervisión, no puedan realizar o cumplir la finalidad para la cual fueron constituidas; la modificatoria introducida a este artículo por el Código Procesal Civil es de carácter procesal y no puede entenderse que, con el nuevo texto, la facultad de disolución por esta causal corresponde a los administradores, por ser ajeno al sentido de la normatividad sobre la materia"

(R. N/ 438-97-ORLCITR, del 20110/97)

## DESTINO DEL HABER NETO POST-LIQUIDACIÓN

*El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede. (\*)*

CONCORDANCIA:  
C.C. arts. 98, 122,2025 inc. 3)

### Comentario

*Yuri Vega Mere*

Como norma complementaria, el artículo 110 establece que, al pasar a la etapa de liquidación, si hubiere algún activo luego de cubiertos los pasivos de la fundación, se destine a la finalidad prevista en el acto constitutivo.

En todo caso, debe quedar descartada la posibilidad de que el llamado haber neto resultante revierta al fundador, se entregue a los administradores o con él se pretenda atender fines privados que no tengan un matiz de naturaleza social. Es muy probable que cualquier previsión de ese tipo se objete al momento de la constitución de la fundación.

Si no es posible determinar la aplicación de cualquier bien que quede al formularse el balance de liquidación, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar la masa patrimonial de otra u otras fundaciones de fines análogos. La intención, como es de verse, es prolongar la finalidad humanitaria que cumplía la fundación a través de organizaciones de objetivos similares, solución que calza con la voluntad del instituyente.

Solo en caso de que no existieran otras fundaciones de fines próximos, el haber neto resultante se entregará a la Sociedad de Beneficencia para obras similares a las que tenía la fundación en la localidad en la que tuvo su domicilio.

Sobre el particular, debe tenerse presente que si bien es el juez quien decide la disolución de una fundación, la etapa de la liquidación recaerá sobre los liquidadores

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 010-93-JUS de 23-04-93.

designados en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 11 del artículo 105 del Código civil.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. *11 regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; BRECCIA, U; BIGLIAZZI GERI, L; NATOLI, U. y BUSNELLI, F.D. *Derecho civil*. Universidad Externado de Colombia. Tomo 1. Vol. 1. Bogotá, 1992; CARRANCHO HERRERO, M" Teresa. *La constitución de fundaciones*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1997; CARRANZA, Jorge A. *Las fundaciones en el Derecho privado*. Depalma. Buenos Aires, 1977; COCCA, Aldo Armando. *Las fundaciones*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981; CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentaria*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1937; CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo 1; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima, 1990; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Definición de asociación, fundación y comité en el proyecto de Código Civil peruano*, en *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima. 1982; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios Libro Primero del Código Civil Peruano*. Studium. Lima, 1986; GALGANO, Francesco. *Associazioni non riconosciute Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja - Branca*. Roma-Bologna, 1972; GALGANO, Francesco. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*. Cedam. Padova, 1987; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. WG Editor. Lima, 1991; IMBERT, Jean. *Aperçu historique sur les fondations en droit français*, en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; PÉREZ REAL, Alicia. *La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones*, en: RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto civile italiano*. Jovene Editore. Napoli, 1981; RESCIGNO, Pietro. *La fine della vita umana*. En: *Rivista di Diritto civile*. Padova. Nov.-Dic. 1982; RICO PÉREZ, Francisco. *Las fundaciones en la Constitución española*. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. 1982; POMEY, Michel. *L'acte de fondation en droit français*, en: *Etudes et documents*. Conseil d'Etat. Fascicule NQ 2. Imprimerie National. Paris, 1969; RAPOSO ARCEO, Juan Jesús. *La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo II, del Título I (arts. 6-11)*, en: *Manual de Fundaciones*, RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador). Fórum Galicia de Estudios Sociales. Civitas. Madrid, 1999; STROMHOLM, Stig. *Le régime juridique des fondations en droit suédois*; en: *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, cit.; VEGA MERE, Yuri. *La fundación como vehículo apto para programas de desarrollo y cooperación técnica*, en: *El Peruano*, edición d-1 7 de febrero de 1995, p. B-9; VEGA MERE, Yuri. *La fundación: un tema de derecho VIVO*. Gaceta Jurídica. Agosto. NQ 33. Lima, 1996; VEGA MERE, Yuri y HORMAZÁBAL, Inés. *[La fundación en el Perú*, en: *Las fundaciones en Iberoamérica*; PIÑAR, José Luis (Direct?) Y GARCÍA, Juan Andrés (Coordinador). Mc Graw Hill. Madrid, 1997; VEGA MERE, Yun. *La asociación, la fundación y el comité en el Código Civil*, en: *Gaceta Jurídica*. Dic~em.bre. N 49. Lima, 1997; VEGA MERE, Yuri. *Breve panorama de las organizaciones sin fines de lucro. Aspectos legales y reales del tercer sector en el Perú*, en: *Cátedra*. Año 111. N- 5. Diciembre. Lima, 1999.

**JURISPRUDENCIA**

*"Se debe tener en cuenta que el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, dentro de las facultades establecidas por los artículos 104, inciso 11, Y 110 del Código Civil, tiene la posibilidad de designar aliquidador y proponer el destino final del haber neto resultante de la liquidación, siempre y cuando no esté previsto en el acto constitutivo de la fundación; en consecuencia, se advierte que la ley faculta al Consejo a tener participación en todas las etapas del proceso de disolución y liquidación de las fundaciones hasta su culminación, pero permite que se apliquen las normas incluidas en el acto constitutivo, referidas a esta materia"*

(R. NS! 438-97-DRLC/TR, del 20/10/97)

## **DEFINICIÓN DE COMITÉ**

*El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista.*

*El acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores.*

*Comentario*

*Javier de Belaunde López de Romaña*

A nivel legislativo, el comité es considerado como persona jurídica por el Código Civil griego. El Código Civil italiano lo regula como una organización de personas no reconocidas.

El comité, tal como lo señala el artículo bajo análisis, puede tener como miembros tanto a personas naturales como a personas jurídicas, con lo cual se afirma su carácter de persona jurídica asociativa, al igual que la asociación ya diferencia de la fundación.

Esta persona jurídica surge con la finalidad de recaudar aportes del público para conseguir un objetivo altruista, lo que implica que los aportes realizados se consiguen con el propósito de beneficiar a otras personas, esto es, se busca lograr con

I .. n.

aportes de terceros el bien ajeno. Queda claro que los aportes no los hacen los miembros del comité, a diferencia de la asociación, en donde usualmente son los asociados los que realizan los aportes. Esto no quiere decir que un miembro del

I comité no puede realizar aportes, pues se considera que si lo hace es en calidad de tercero y no en su condición de miembro del comité.

Se ve, así, que el propósito de crear un comité no es otro que la recaudación de fondos, por lo que no es requisito para su constitución contar con un patrimonio mínimo, entendiéndose que el patrimonio se conseguirá con los fondos recaudados. Sin embargo, haciendo una interpretación sistemática con los artículos 119 y 121 del Código Civil, se desprende que las funciones del comité no solo se agotan en la recaudación de fondos para el cumplimiento de un fin altruista, sino también comprende la facultad de ejecutar dicha finalidad.

El acto constitutivo del comité para ser inscrito en Registros, a diferencia de otras personas jurídicas, puede constar solo en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores, es decir, el documento no necesita ser elevado a escritura pública. Con esto se ha querido facilitar la constitución de comités debido principalmente a dos razones, a saber, la temporalidad del comité, al no tener éste vocación de larga permanencia, y la búsqueda de seguridad para quienes realizan los aportes, dado que el comité maneja fondos públicos.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho. PUCP. W 36*. Diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEL TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas*, *Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## JURISPRUDENCIA

"El comité constituye propiamente una 'persona jurídica', es decir, centro de imputaciones de derechos y obligaciones; se trata de una organización de temperamento asociativo, abierta a la afiliación, de existencia efímera (siendo los requisitos para su inscripción mucho más flexibles, consecuentemente), cuyos miem

bros realizan actividades en común de recaudación pública de fondos (supervisada por el Ministerio Público) con fines altruistas (a favor de terceros); sus órganos son la asamblea general, el consejo directivo y otros que el estatuto regule expresamente; asimismo, para la inscripción del acto constitutivo y su estatuto (con los datos a que se refiere el artº 113) será suficiente que los mismos consten 'en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores' (art.

111 Código Civil) (...). El carácter altruista de las finalidades del comité, debe señalarse que el atruismo se revela en la búsqueda del bien de los terceros a través de los actos humanitarios o filantrópicos, terceros que deben ser diferentes a los miembros o fundadores y a los propios aportantes y erogantes (...). El Código Civil señala que el acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores; en el presente caso, si bien en el título subexámine se presenta copia certificada por notario del acta de la asamblea general del 06 de junio de 2000, donde consta que se legalizan las firmas de las personas que asistieron - fundadores del comité-, con lo cual se estaría cumpliendo con el requisito legal para su inscripción; sin embargo, se advierte que falta legalizar la firma de dos fundadores los señores Lucas Hermites Morales Charún y Manuel Gregorio Morales Soto; además en dicho documento no consta el estatuto aprobado por los fundadores, el cual si bien ha sido transcrita en el libro de actas del comité como reglamento o estatuto en los folios que están a continuación de las hojas donde se ha transcrita el acta de la asamblea, sin embargo, no cuenta con la legalización por notario de las firmas de los fundadores, en contravención a lo establecido en el Código Civil".

(Res. N° 370-2000-ORLCAR del 03/11/2000. Jurisprudencia Registral. Vol XI. T. 11. Año. VI. Pág. 186).

## REGISTRO DE MIEMBROS

*El comité debe tener un registro actualizado que contenga el nombre, domicilio, actividad y fecha de admisión de sus miembros, con indicación de los integrantes del consejo directivo o de las personas que ejerzan cualquier otra actividad administrativa.*

*El registro debe constar de un libro llevado con las formalidades de ley, bajo la responsabilidad de quien preside el consejo directivo.*

CONCORDANCIA:  
C.P.C. art.57

### Comentario

*Pedro Álamo Hidalgo*

El registro en cuestión permite a los terceros aportantes o a las autoridades, en su \ caso, identificar para los efectos de ley a los miembros del comité y a los que ejercen ~ un determinado cargo directivo. La función del indicado registro es de importancia! para precisar las responsabilidades que pudieran atribuirse a los directivos del comité, así como es fuente de información e~ lo que concierne a la identificación de los miembros de la persona jurídica (FERNANDEZ SESSAREGO).

Si bien las personas jurídicas constituyen un ente diferente a las personas que la integran, la manera como aquéllas se expresan es a través de individuos, personas \ físicas, que tendrán en su estructura la calidad que conforme a su constitución y \ acuerdos se establezca. De este modo, y similarmente a lo exigido para las asociaciones, el comité deberá tener un registro con los datos más relevantes de sus miembros. .

La actualización del referido registro es un reflejo de la característica de apertura a la afiliación que tiene el comité, con las altas y bajas respectivas, cabiendo en consecuencia, que por ejemplo en algún momento de la vida de esta persona jurídica, los fundadores ya no sean miembros activos, figurando otras personas en su reemplazo. .

La importancia del registro actualizado de miembros del comité se manifiesta en el ámbito registral cuando se pretenden inscribir acuerdos, siendo uno de los elementos con los que cuenta el registrador público para la toma de decisión correspondiente (verificación del quórum para la instalación de sesiones). Así también, para los efectos de la impugnación de acuerdos u otros actos desarrollados por el comité, será necesario estar legitimado, desprendiéndose tal aptitud del aludido registro.

En el caso de los comités que hayan determinado en sus estatutos que para acceder a ciertos cargos se requerirá haber cumplido un plazo como afiliado, el registro se alza como una herramienta útil.

¿Se debe atribuir al registro de miembros del comité el carácter de público, por el que cualquier persona o entidad está facultada para solicitar información contenida en el mismo Y usarla en los fines que estime pertinentes o por el contrario se trataría de un registro de uso particular del comité? A tenor de la exposición de motivos del artículo en cuestión reseñada al empezar el comentario, el registro tendría carácter público; sin embargo, no podemos ignorar que el manejo del mismo corre a cargo de una persona jurídica de derecho privado, que podría restringir su conocimiento de acuerdo a pautas preestablecidas, v.gr., acceder solo a la información solicitada por potenciales erogantes o contribuyentes, etc. Asimismo, no se puede dejar de tener en cuenta el derecho de acudir a la vía judicial en el supuesto de negativa injustificada de proporcionar los datos que contenga.

A pesar de lo dicho, pensamos que le resultaría mucho más conveniente a una persona jurídica del tipo comité que su registro de miembros esté al alcance de quien desee informarse de su contenido, porque el propósito que lo anima es la recaudación de aportes y en tanto demuestre mayor transparencia serán también cuantitativamente superiores las posibilidades de lograr la meta deseada, inclusive cabría como muestra de ese espíritu la incorporación de los datos en una página web de Internet.

La norma dice que el registro se lleva en un libro con las formalidades de ley. Al igual que el resto de personas jurídicas, los libros deben ser legalizados notarial o judicialmente, abriéndose la posibilidad de que el comentado registro no se lleve en libros, sino en hojas sueltas, con la finalidad de ser compatibles para ser usadas en sistemas informáticos, modalidad de llevanza de libros y registros aceptada por la legislación vigente.

La responsabilidad de que los libros de la persona jurídica se lleven en la forma debida ha recaído tradicionalmente en el representante legal, para el caso es el presidente del *consejo* directivo, quien se encuentra obligado con respecto al comité que preside.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNANDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## CONTENIDO DEL ESTATUTO

*El estatuto del comité debe expresar:*

- 1.- *La denominación, duración y domicilio.*
- 2.- *La finalidad altruista propuesta.*
- 3.- *El régimen administrativo.*
- 4.- *La constitución y funcionamiento de la asamblea general y del consejo directivo, así como de cualquier otro órgano administrativo.*
- 5.- *La designación del funcionario que ha de tener la representación legal del comité.*
- 6.- *Los demás pactos y condiciones que se establezcan.*

### CONCORDANCIAS:

|                 |                       |
|-----------------|-----------------------|
| C.C.            | <i>arts. 82, 2025</i> |
| C.P.C.          | <i>arto 17</i>        |
| LEY26572 art.12 |                       |
| LEY26887        | <i>arts. 54, 55</i>   |
| LEY26789        | <i>arto único</i>     |

### Comentario

*Marcella Aldana Durán*

El presente artículo regula el contenido mínimo del estatuto, estableciendo las materias que necesariamente han de definir los constituyentes del comité para que esta persona jurídica pueda funcionar y cumplir su finalidad. Sin embargo, ciertas materias contempladas en este artículo se encuentran reguladas en el Código Civil, tales como el funcionamiento de la asamblea general (regulado en los artículos 116 y 123, que remite a las normas relativas a las asociaciones), materia que no será indispensable señalar en el estatuto, resultando de aplicación supletoria las referidas normas.

#### 1- Denominación, duración y domicilio

##### a) Denominación

Al igual que las demás personas jurídicas reguladas en el Código Civil, no se establecen los requisitos que debe tener la denominación del comité, razón por la que no será necesario que contenga la indicación "comité". Tampoco se señalan limitaciones especiales, resultando aplicables las limitaciones generales recogidas en el artículo 2028 del mismo Código, que prohíbe la adopción de denominación igual

de otra persona jurídica, y las contempladas en el Reglamento del derecho de la reserva de preferencia registral (D.S. N° 002-96-JUS). Este último regula los casos reservados que procede la denegatoria de la solicitud de reserva de preferencia registral, en cuando que debe denegarse cuando hay identidad o similitud con: a) otro nombre usado con anterioridad al índice del Registro de Personas Jurídicas; b) nombres ingleses o notoriamente conocidos; y c) nombres de instituciones u organismos como públicos.

**b) Duración**

La duración del comité puede ser determinada o indeterminada. Podría pensarse que estando el comité dedicado a la recaudación pública de aportes, el comité no tiene vocación de permanencia, pues una vez recaudados los aportes necesarios debería liquidarse y extinguirse. Así, se señala a la transitoriedad como una de las características del comité (ESPINOZA ESPINOZA). Sin embargo, la duración del comité dependerá del carácter permanente o no de la finalidad altruista para la que se recaudan los aportes: si la finalidad es permanente, requerirá de una permanente recaudación de aportes, mientras que si la finalidad no lo es, la vida del comité se agotará cuando se recauden los aportes y se destinen a la misma.

**c) Domicilio**

El Código Civil no define cuál es el domicilio del comité, o en general el de las personas jurídicas. Se entendería que es el lugar en el que se instalará la administración o en el que se desarrollarán las actividades, esto es, la recaudación de los aportes y la ejecución de la finalidad. Sin embargo, nada impedirá que la recaudación de aportes se realice en todo el territorio nacional o inclusive, a nivel internacional. Como lo señala el artículo 2028 del Código Civil, el domicilio que se fije determinará la Oficina Registral en la que deberá inscribirse el comité.

**2. Finalidad altruista propuesta**

La finalidad deberá ser determinada con claridad.

**3. Régimen administrativo**

Comprende la determinación de los órganos del comité, las personas legitimadas para convocarlos y el medio que debe emplearse, el quórum que requerirán para sesionar, las mayorías necesarias para adoptar acuerdos, las funciones de competencia de cada órgano, las causales de vacancia y remoción de directivos, modo de servir las vacancias, entre otros. El presente inciso podría llevar a considerar que el Código Civil ha dejado plena libertad al comité para establecer sus órganos de administración. Sin embargo, en el inciso 4 se señala que el estatuto debe expresar la constitución y funcionamiento de la asamblea general y del consejo directivo, órganos que necesariamente deben ser contemplados. Por lo tanto, propiamente los incisos 3 y el 4 contemplan la misma materia, esto es, el régimen administrativo del Comité.

#### **4. Constitución y funcionamiento de la asamblea general y del consejo directivo, así como de cualquier otro órgano administrativo**

##### **a) La asamblea general**

###### **. Convocatoria**

En lo que respecta a la convocatoria, el Código Civil no ha establecido reglas especiales para el comité, razón por la que existe total libertad para atribuir la facultad de convocar a asamblea general a cualquier órgano, así como para señalar el medio que debe emplearse, la antelación con la que debe realizarse y el lapso que debe mediar entre la primera y la segunda convocatoria. Considerando que el artículo 123 dispone que el comité se rige además por los artículos 81 a 98, que regulan a las asociaciones, en caso fuera denegada la solicitud de convocatoria formulada por no menos de la décima parte de los miembros, éstos se encontrarán legitimados a solicitar la convocatoria judicial, conforme al artículo 85 del Código Civil.

###### **. Quórum, mayoría y derecho de voto**

La regulación de la asamblea general que se establezca en el estatuto deberá ceñirse a lo establecido en el artículo 116 del Código:

- Cada miembro tendrá derecho a un voto.
- El quórum será el que establece el primer párrafo del artículo 87 (en primera convocatoria: más de la mitad de los miembros; en segunda convocatoria: cualquier número de miembros).
- Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los concurrentes, esto es, mayoría absoluta de los concurrentes.

Cabe preguntarse si podrá establecerse en el estatuto quórum y mayorías superiores a las indicadas. El Código Civil expresamente no lo permite, aunque válidamente podría considerarse que el artículo 116 establece requisitos mínimos para la constitución y adopción de acuerdos de la asamblea general, pudiendo en el estatuto establecerse mayores requisitos.

##### **b) El consejo directivo**

El estatuto deberá establecer la conformación del consejo directivo, esto es, el número de miembros que lo integran y los cargos que desempeñarán, siendo uno de los cargos necesariamente el de presidente. Asimismo, se tendrá que establecer el quórum necesario para que se instale válidamente y las mayorías requeridas para adoptar acuerdos. Será indispensable también señalar sus facultades, pues el Código Civil tan solo señala que se trata del órgano de gestión del comité, sin especificar sus atribuciones.

##### **c) Cualquier otro órgano administrativo**

Podrá establecerse que el comité contará con consejo de vigilancia, comité electoral, y en general cualquier otro órgano que se decida para su mejor administración

y funcionamiento. Deberá siempre regularse en el estatuto la conformación, quórum, mayorías requeridas para adoptar acuerdos, y funciones de cada órgano que se establezca, considerando que -dado que no se encuentran regulados en el Código Civil-, no existe norma supletoria aplicable. Los órganos que se establezcan también podrán ser unipersonales (gerente, administrador).

## **5. Designación del funcionario que ha de tener la representación legal del comité**

Aun cuando se establece que el órgano de gestión del comité es el consejo directivo, el que es un órgano colegiado, la norma señala que debe designarse al funcionario que tendrá la representación legal del comité. La intención de la norma parece ser que el comité cuente con un representante que actúe en forma individual, el cual no necesariamente será integrante del consejo directivo. Por lo tanto, podrá designarse como tal a integrantes de otros órganos de administración que se establezcan en el estatuto, tales como el gerente o administrador. Lo usual sin embargo será que la representación legal del comité recaiga en el presidente del consejo directivo.

La norma no señala cuáles serán las facultades de este representante, las que necesariamente habrán de determinarse en el estatuto. Entre ellas deberá mencionarse a la facultad general de representación procesal (artículo 74 del Código Procesal Civil), siendo opcional atribuir al representante las facultades especiales del artículo 75 del mismo Código.

## **6. Los demás pactos y condiciones que se establezcan**

Entre las materias que adicionalmente regule el estatuto se encontrarían los requisitos para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros, los derechos y deberes de los asociados, normas para la disolución y liquidación, por ejemplo, materias que el artículo 82 del Código Civil dispone debe expresar el estatuto de la asociación, pero que resultarían también necesarios en el comité.

## **DOCTRINA**

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a las personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *tas personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial. Sociedades Anónimas*, *Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## **CONSEJO DIRECTIVO**

*El consejo directivo es el órgano de gestión del comité y es convocado por quien lo presida en los casos previstos en el estatuto o cuando lo solicite cualquiera de los miembros integrantes del consejo o la décima parte de los miembros del comité. Si su solicitud fuese denegada o transcurren siete días de presentada sin efectuarse la convocatoria, se procede de conformidad con lo establecido en el artículo 85.*

CONCORDANCIAS:

|          |            |
|----------|------------|
| C.C.     | artº 85    |
| LEY26789 | artº único |

### *Comentario*

*Mariella Aldana Durán*

El artículo bajo comentario define al consejo directivo como el órgano de gestión del comité y regula la convocatoria del mismo. En cambio, no se regula la convocatoria a asamblea general, presentándose lo contrario en las asociaciones, en las que se encuentra regulada la convocatoria a asamblea general y no a consejo directivo. No encontramos la justificación de este distinto tratamiento, pues en ambas personas jurídicas el órgano supremo es la asamblea general y, salvo el aspecto relativo a las cuentas, la asamblea en ambas personas tiene las mismas atribuciones.

#### **1. Atribuciones del consejo directivo**

El consejo directivo es el órgano de gestión del comité y tendrá por lo tanto a su cargo la administración del comité, esto es, la decisión y ejecución de los actos destinados al cumplimiento de su finalidad, bajo el control y conforme a las decisiones que al respecto adopte la asamblea general. En especial el Código Civil señala como responsabilidad del consejo directivo la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada (artículo 118), la presentación de las cuentas ante el Ministerio Público (artículo 121) Y la adjudicación a los erogantes del haber neto resultante de la liquidación en caso de no ser objetadas las cuentas por el Ministerio Público (artículo 122). El artículo 121 atribuye al consejo la disolución y liquidación del comité una vez cumplida la finalidad propuesta o si ella no se ha podido alcanzar.

Será atribución del presidente del consejo el llevar el libro registro de miembros (artículo 112), así como los libros de actas de sesiones de la asamblea general y consejo directivo (artículo 83, por remisión del artículo 123).

## **2. Duración**

La norma no regula la duración del consejo, la que libremente será determinada en el estatuto. Éste podrá establecer que el consejo directivo tendrá una duración determinada o indeterminada. En el caso de optarse por la duración determinada, podrá ser expresada en días, meses o años, sin limitación. En el supuesto de optarse por un consejo directivo de duración determinada, es conveniente señalar en el estatuto que vencido su período continuará en funciones hasta la elección del consejo que lo reemplace, a efectos de evitar la acefalía en el comité. Los integrantes del consejo de duración indeterminada permanecerán en el cargo mientras no sean removidos por la asamblea general.

## **3. Requisitos para ser integrante del consejo directivo**

La norma no establece ninguno, correspondiendo al estatuto determinarlos, al igual que señalar las incompatibilidades con el cargo de integrante del consejo que se consideren convenientes. Es usual establecer como requisito el ser miembro del comité, aunque de no señalarse tal requisito no existirá inconveniente en elegir como consejero a personas ajena al comité.

## **4. Convocatoria**

Únicamente se señala a la persona legitimada a efectuar la convocatoria, esto es, el presidente del consejo, así como los casos en que debe efectuar la convocatoria: cuando el estatuto lo prevé, cuando lo solicite cualquier integrante del consejo o la décima parte de los miembros del comité. No se regula el medio que debe emplearse para efectuarla, así como tampoco la antelación con que debe cursarse, que se establecerán en el estatuto.

La norma prevé la convocatoria judicial en caso el presidente no cumpliera con efectuarla, la que se regirá por el dispositivo que regula la convocatoria judicial a asamblea general en las asociaciones (artículo 85).

## **s. Ejercicio del cargo**

Salvo que el estatuto permita la delegación o sustitución, el cargo de integrante del consejo directivo será ejercido en forma personal, por aplicación analógica del artículo 157, que regula la representación estableciendo que el representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

## **DOCTRINA**

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a*

*personéjs jurídicas*, en *D~re.c~o*, PUCP. W 36. Dici~bre; ~ BEL~UNDE LÓPEZ DE ROMANA. *Las personas Jurídicas y la reforma del podgo CIVIL*, en *Código Civil de 1994' reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNANDEZ SESSAREGO. *Derecho de la' Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruan:* Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~edición. Ed' Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Príncipios generales y s~ regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEL TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

*La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo. Puede modificar el estatuto, acordar la disolución del comité y adoptar cualquier otra decisión que no sea de competencia de otros órganos.*

### Comentario

*Mariella Aldana Durán*

El presente artículo enuncia las atribuciones de la asamblea general, órgano supremo del comité. La lectura de este dispositivo lleva a suponer que las atribuciones señaladas son exclusivas de la asamblea general, entendiéndose que la elección de los integrantes del consejo directivo, la modificación del estatuto y la disolución del comité no pueden ser asignadas en el estatuto a otros órganos. Sin embargo, con respecto a la atribución de acordar la disolución, el artículo 121 señala que el consejo directivo procede a la disolución y liquidación del comité una vez cumplida la finalidad propuesta o si ella no se ha podido alcanzar. Vale decir, el acuerdo de disolución es de competencia tanto de la asamblea general como del consejo directivo, lo que es inapropiado, puesto que la decisión de disolver el comité, por su trascendencia, debería ser de competencia exclusiva del órgano supremo y no del órgano de gestión.

#### 1. Elección de los integrantes del consejo directivo

La norma no regula el modo de elección de los integrantes del consejo, ni la periodicidad con que debe efectuarse. En cuanto al modo de elección, dependerá de lo que al respecto se establezca en el estatuto, el que podrá contemplar la previa elección de un comité electoral -lo que es facultativo-, dispondrá si la votación se realizará en forma pública o secreta, podrá regular la posibilidad de tachar a los postulantes y el modo en que debe plantearse la tacha y demás aspectos propios de un proceso electoral. La periodicidad de la elección dependerá del período de vigencia que el estatuto atribuya al consejo directivo.

La norma tampoco establece limitaciones a la reelección, limitaciones que podrán establecerse en el estatuto para lograr la alternancia en el órgano directivo.

#### 2. Modificación del estatuto

Conforme a la norma la asamblea general tendrá la facultad de modificar el estatuto, sin limitación alguna. Sin embargo, teniendo en consideración que el comité realiza una recaudación *pública* de aportes, nos preguntamos si podrá también modi

ficarse sustancialmente la finalidad altruista a la que se dedicarán los aportes recaudados. A este respecto el artículo 118 señala que los miembros del consejo directivo son responsables de la debida aplicación de los aportes a la finalidad *anunciada*.

Asimismo, se establece en el artículo 119 que el Ministerio Público vigila que los aportes recaudados se destinen a la finalidad *propuesta*. Si bien no se ha señalado *expresamente* -lo que habría sido conveniente-, la asamblea general no podrá modificar sustancialmente la finalidad propuesta y anunciada, puesto que los aportes deben destinarse a dicha finalidad, lo que será vigilado por el Ministerio Público. Resulta fundamental tener en cuenta que las personas efectúan sus aportes precisamente en atención a la finalidad altruista que se anuncia. Sin embargo, la modificación sustancial de la finalidad no será objetable y por el contrario será necesaria cuando, por diversas razones, dicha finalidad se torne de imposible cumplimiento.

En cuanto a la formalidad requerida para modificar el estatuto, aplicando por analogía las normas que regulan la constitución del comité, bastará con documento privado con firmas legalizadas.

### **3. Disolución**

Al acordar la disolución la asamblea general deberá designar al o los liquidadores, y señalar sus atribuciones, así como la duración del proceso -el que podrá ser prorrogado-, a menos que estas materias hayan sido reguladas en el estatuto. Al respecto, el Código Civil no regula el proceso de liquidación, sino únicamente la finalización del proceso, señalando a quiénes se adjudica el haber neto resultante de la liquidación (artículo 122) y regulando el aspecto relativo a la rendición final de cuentas (artículos 121 y 122).

### **4. Cualquier otra decisión que no sea de competencia de otros órganos**

El Código Civil ha optado por establecer que el órgano competente por defecto de regulación es la asamblea general, decisión que no consideramos la más acertada, puesto que contando con un órgano de gestión debió atribuirse a éste la decisión en los casos no regulados, por la mayor celeridad y menor costo con que podría adoptar las decisiones el consejo directivo.

### **5. Aprobación de cuentas**

No se señala como atribución de la asamblea general a la aprobación de cuentas.

Sin embargo, es consustancial a todo órgano de gestión el presentar periódicamente las cuentas y balances para su aprobación por el órgano supremo de la persona jurídica, la que de este modo controla la gestión del consejo. Por ello, podrá establecerse en el estatuto como obligación del consejo directivo la presentación de cuentas y balances para su aprobación por la asamblea general, ya sea anualmente o en períodos distintos. La aprobación de las cuentas por la asamblea general no impide el control del Ministerio Público que se establece en los artículos 119, 121 Y 122 del Código Civil.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial. Sociedades Anónimas*, *Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## QUÓRUM PARA REUNIONES Y ACUERDOS

*Para la validez de las reuniones de la asamblea, para el cómputo del quórum y para las votaciones, se aplica lo dispuesto en los artículos 87, párrafo primero, y 88.*

CONCORDANCIA:  
C.C.

*arts. 87, 88*

### Comentario

*Pedro Álamo Hidalgo*

Este artículo remite a otros del Código Civil relativos a la asociación. Como el comité participa de los rasgos que caracterizan a la asociación, deviene innecesario regular en una misma sección aspectos que pueden ser solucionados con normas de remisión como la comentada.

El párrafo primero del artículo 87 estipula que "para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes".

Se establece en el referido párrafo el quórum para estimar válidamente reunida a la asamblea general tanto en primera como en segunda convocatoria, así como la mayoría requerida para la adopción de acuerdos. Para determinar el cumplimiento del quórum será indispensable contar con el acta respectiva donde conste el lugar, fecha y hora de realización de la asamblea, miembros que asistieron, etc., en unión del registro actualizado de miembros, todos ellos documentos a tener en consideración para ser evaluados por las autoridades pertinentes (registrador público para la inscripción de acuerdos, juez para verificar el cumplimiento del quórum cuando se haya impugnado un acuerdo con base en su infracción).

La norma que establece el quórum es de carácter imperativo por lo que no podría disponerse estatutariamente menores requisitos para su formación que los fijados por la ley.

Cabe preguntarse si del mismo modo que las sociedades anónimas, para la comprobación del quórum bastará por ejemplo con la previa elaboración de una lista de miembros del comité que hayan asistido, así como el hecho de que el acta donde se tome el acuerdo respectivo sea suscrita para tener validez por los miembros del consejo directivo o por aquellos que designe la asamblea. Aunque no es una materia

, que haya sido desarrollada como lo hace la Ley General de Sociedades, consideramos que podrían aplicarse similares reglas para constatar el quórum de instalación de la asamblea general, esto es, será suficiente recurrir al listado de miembros, mientras que para constatar la mayoría para la validez de los acuerdos bastará la suscripción del acta por los miembros del consejo directivo y/o los miembros de la asamblea que ésta designe.

Sin importar el tipo de acuerdo de que se trate, el quórum para la instalación de la asamblea general, como la mayoría para la adopción de acuerdos, serán los previstos por el primer párrafo del artículo 87 del Código Civil. Estos requisitos son válidos para los casos de modificación del estatuto, de disolución del comité o cualquier decisión que no sea de estricta competencia de otro órgano social (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El artículo 88 del Código Civil dispone que "ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto", regla de remisión que se aplica al comité por el cual ninguno de sus miembros podrá alegar derecho a más de un voto en desmedro de la igualdad entre los conformantes de la persona jurídica, que se rige por el principio democrático del gobierno de la mayoría. Lo expuesto es sin perjuicio de que por ejemplo un integrante del comité pueda tener más de un voto en las asambleas generales por haber recibido poder de otro(s) miembro(s).

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, 11. Abaledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## DENUNCIA DE ACUERDOS Y ACTOS QUE VIOLEN LA LEY O ESTATUTO

*Cualquier miembro del comité o del consejo directivo tiene el derecho y el deber de denunciar ante el Ministerio Público los acuerdos o los actos que violen las disposiciones legales o estatutarias.*

CONCORDANCIA:  
C.C. arls. 92, 113

### Comentario

*Luis Aliaga Huaripata*

Se sostiene que, esta norma está "destinada a garantizar la correcta administración de los bienes recaudados (...) y su debida aplicación a la finalidad propuesta" (FERNÁNDEZ SESSAREGO); en efecto, siendo que el Comité colecta, administra e invierte aportes recaudados del público en general, resulta de notoria importancia propender al correcto manejo y aplicación de dichos fondos.

Tratándose del caso especial del Comité la responsabilidad de los administradores va más allá de los alcances del artículo 78 del Código Civil ("la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas"), al responder los mismos solidariamente de "la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada" (artículo 118).

En ese contexto, resulta comprensible el énfasis que pone el legislador respecto de la obligación y el deber que tienen los miembros y directivos de esta persona jurídica de denunciar los acuerdos y actos que violen las disposiciones legales o estatutarias; destacándose la opción adoptada por el legislador de encargar su control al Ministerio Público.

En principio, no toda "violación" de las disposiciones legales o estatutarias puede configurar un delito, que dé lugar a responsabilidad de naturaleza penal; pues existen otros casos de infracción que no constituyen delitos, pero que sí implican responsabilidad de orden civil o administrativo; según el tipo de infracción, corresponderá acudir al juez penal para que se determine la responsabilidad penal o al juez civil para que se declare la invalidez (en sentido lato) o la ineeficacia de los actos realizados o los acuerdos adoptados, sin perjuicio de las medidas cautelares pertinentes y la responsabilidad por los daños y perjuicios.

En cuanto a la titularidad para denunciar tales actos o acuerdos del comité debe decirse que, a pesar del texto expreso del artículo 117 -que faculta solo a los miem

bros y directivos-, de una interpretación sistemática y de la lectura del artículo 119 puede deducirse que también tienen esta facultad los terceros erogantes (el aporte tiene calidad de donación condicionada ala aplicación efectiva de la finalidad propuesta por los promotores) y los propios beneficiarios, en la medida que se afecta el derecho de todos ellos directa o indirectamente y no únicamente el de sus miembros y directivos.

## DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil*. Librería Studium. Lima, 1986, p. 279.

## RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONSEJO DIRECTIVO

*Los miembros del consejo directivo son responsables solidariamente de la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada.*

### Comentario

*Juan Espinoza Espinoza*

El artículo bajo comentario establece una sanción civil a quienes, asumiendo la dirección del comité, no hayan cumplido con la finalidad prevista en el estatuto. Un sector de la doctrina nacional, en posición que comparto, afirma que "esta responsabilidad alcanza a los miembros de la asamblea general o de cualquier otro órgano que, según el estatuto, hubiese asumido la gestión del comité en sustitución del consejo directivo" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Nótese que la responsabilidad solidaria no es al órgano, abstractamente considerado, sino a los titulares del mismo, entendidos de manera individualizada. De tal manera que, si cualquiera de los integrantes del comité asumiese tal función, será pasible de dicha responsabilidad. Naturalmente, esta responsabilidad no es de carácter absoluto: si uno de los integrantes del consejo directivo, oportunamente, hubiese dejado constancia (sea en acta o en otro medio, cuando ello no hubiera sido posible) de su oposición al acuerdo del consejo directivo sobre la aplicación de los aportes recaudados, no será posible de dicha sanción.

La responsabilidad solidaria a la que están sometidos los miembros del consejo directivo es frente al mismo comité, como a los miembros del mismo, individualmente considerados, así como frente a los erogantes. En efecto, el comité ha sido definido como "un centro unitario de actividad instrumental a la realización de la obra mediante los fondos recolectados por suscripción pública de los cuales el ente deviene en titular" (VISALLI). Un sector de la doctrina italiana, partiendo de la definición de donación fiduciaria, vale decir, "disposición a título gratuito con la cual un sujeto atribuye a otro en modo absoluto un derecho con la intención que el acreedor se valdrá de esto para el fin establecido por el dispositivo" (GRASSETTI), considera que esa es la naturaleza jurídica del acto de erogación de los suscriptores, por cuanto "el comité (fiduciario) obra para realizar el interés de los suscriptores individualmente considerados (fiduciarios)" (VISALLI). En efecto, con los negocios de erogación, los suscriptores, que tienen un especial interés a la realización de la obra, no solo transfieren al

comité los medios financieros al fin necesario, sino le confieren, además, el poder de erogarlos en vista del fin anunciado y de concluir en su interés todos aquellos negocios con los terceros indispensables para llegar a esta realización. En otros términos,

el poder de actuar en el interés de otros está conferido por los erogantes individual (11ente considerados al ente mediante el particular mecanismo de las donaciones fiduciarias (VISALLI). Se prospecta, de esta manera, la posibilidad que los erogantes, directamente (artículo 185 del Código Civil peruano), tutelen que el comité cumpla *con* su finalidad, ante la inercia del Ministerio Público (ESPINOZA ESPINOZA). Coincidó plenamente, cuando se afirma que: "negar al suscriptor la acción directa significaría legitimar cualquier distracción o apropiación indebida de las erogaciones a obra de los órganos del comité, cuando la autoridad de gobierno no actúa para hacer valer la responsabilidad en base al artículo 40 del Código Civil (artículo 132 del Código Civil peruano)" (VISALLI).

Los terceros, que eventualmente se pudiesen beneficiar con la actividad que se iba a realizar a través del comité, también podrían demandar a los miembros del consejo directivo, invocando su legítimo interés económico (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil). Queda claro que, a efectos que se configure la responsabilidad solidaria, el comité, los integrantes, los erogantes o los terceros, según sea el caso, tendrán que acreditar el daño sufrido, así como el nexo causal entre la inaplicación de los fondos recaudados y dicho daño.

## DOCTRINA

FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; VISALLI, / *comitati non riconosciuti*. CEDAM. Padova, 1986; GRASSETTI. *Donazione modale e fiduciaria*. Giuffre. Milano, 1942; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3;1 edición. Huallaga. Lima, 2001.

## SUPERVISIÓN DE APORTES POR EL MINISTERIO PÚBLICO

*El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados por el comité se conserven y se destinen a la finalidad propuesta y, llegado el caso, puede solicitar la rendición de cuentas, sin perjuicio de la acción civil o penal a que haya lugar.*

### CONCORDANCIAS:

C. art 159

C.C.

D.LEG. 052

arto 1969

arto 1

### Comentario

*Luis Aliaga Huaripata*

Los miembros del comité administran aportes públicos -de los erogantes-, que deben destinarse al beneficio de terceras personas, en ese sentido, "ni los aportantes ni los beneficiarios tienen participación alguna en la gestión (de los fondos recaudados)",(FERNÁNDEZ SESSAREGO); dej3.hfel maestroconde:ra, necesaria lq. inter

v~nC,ión del Ministerio público, que representa a losinteresesge la soci~daQ.:

La Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) señala que este organismo autónomo del Estado tiene por función, la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, la persecución del delito, la prevención del delito (artículo 1 ); asimismo, el artículo 159 de la Constitución, la promoción -de oficio o a petición de parte-, de la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses publicos tutelados por el derecho, la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal.

Ha sido opción del legislador otorgar al Ministerio Público -además de las facultades establecidas en la constitución y su ley orgánica reseñadas en el párrafo anterior, en virtud de las cuales puede intervenir, aun cuando la norma civil no lo estableciera expresamente-, la función de vigilancia de los aportes recaudados por el comité "se conserven y destinen a la finalidad propuesta" e incluso solicitar la "rendición de cuentas", sin perjuicio de las acciones legales que correspondan.

Entendemos que también podría haberse optado por una fórmula distinta, como la creación de un ente especializado que se encargue de su fiscalización, como el Consejo de Supervigilancia en el caso de las fundaciones; quienes se oponen a la posibilidad, sostienen que 18: existencia efímera de este tipo de persona jurídica no justifica su creación (FERNANDEZ SESSAREGO); creemos que por la naturalez

de las actividades que realizan los comités, (recaudación, administración y aplicación de aportes públicos) se justificaría la creación de un organismo de control de las mismas o en su defecto, la ampliación de las facultades del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones en ese sentido, tal como se está proponiendo en la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil, creada por Ley NQ 26394 del 22 de noviembre de 1994, modificada por la Ley NQ 26673 del 22 de octubre de 1996, órgano que se denominaría "Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités"; este nuevo ente, debería fiscalizar tanto a los comités inscritos o no inscritos.

## DOCTRINA

MUÑIZ ZICHES, Jorge. *Reformas al Código Civil de 1984*, en: *Comisión de Reforma de Códigos* (Difusión legislativa - Eventos académicos y ponencias). Congreso de la República. Tomo 11. Lima, 1999, p. 397; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudio de Derecho de las Personas*. 2<sup>a</sup> edición. Año. Lima. p. 455. Del mismo autor: *Ensayos sobre Teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Huallaga. Lima, 1996.

## DISOLUCIÓN JUDICIAL DEL COMITÉ

*Es de aplicación al comité lo dispuesto en el artículo 96. (\*)*

CONCORDANCIAS:

|        |                               |
|--------|-------------------------------|
| C      | arts. 2, inc. 13), 159        |
| C.C.   | art. 96                       |
| C.P.C. | arts. IV, 97, 113,408,486,608 |

*Comentario*

*Pedro Álamo Hidalgo*

El artículo 96 del Código Civil se refiere a la facultad de la sociedad representada por el Ministerio Público para solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres, así como considera aspectos procesales del trámite de la demanda respectiva.

Aplicada la norma por remisión, el Comité que efectúe actividades o recaude aportes para la realización de una finalidad contraria a los conceptos de orden público y buenas costumbres, se encontrará incurso en la causal de disolución cuya declaración podrá ser requerida por el Ministerio Público.

El orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas (RUBIO CORREA).

Así, al final, queda claro que lo contrario a las buenas costumbres, en cierta manera es contrario también al orden público, es decir, que las buenas costumbres son una especie del género orden público, que se caracteriza por su correlación con la conciencia moral social de un momento y un lugar determinados. El orden público comprende a las buenas costumbres, pero no se agota en ellas, proyectándose a otras ilicitudes que carecen de contenido moral, pero que son contrarias a normas imperativas (RUBIO CORREA).

Los conceptos de orden público y buenas costumbres son categorías abiertas a la interpretación del operador del derecho, básicamente el juez quien tendrá que discernir si los fines o actividades del comité son en concreto contrarios a estos estándares jurídicos.

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01-93-JUS de 23-04-93.

Ejemplos de violación del orden público y las buenas costumbres, serían que el comité recaude fondos para promover la construcción de un albergue para personas de determinada raza, lo cual es abiertamente discriminatorio o que el comité promueva las contribuciones para ayudar económicamente a una casa de citas.

El hecho de que se haya establecido el expediente de la disolución judicial del comité no es arbitrario, sino que responde a la norma con rango constitucional que prohíbe la disolución por resolución administrativa de las asociaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro (artículo 2 inc. 13 Constitución Política del Estado).

La norma contempla el tipo de proceso judicial (abreviado) en el que habrá de sustanciarse el pedido de disolución del comité, legitimándose a cualquier miembro del mismo para intervenir como tercero coadyuvante de conformidad con el artículo 97 del Código Procesal Civil, garantizándose la pluralidad de la instancia y la elevación en consulta de la sentencia no apelada a la Sala correspondiente de la Corte Superior de Justicia, con el objeto de brindar todas las garantías posibles en el proceso de disolución de la persona jurídica.

Por último, en esta regulación de orden procesal que contiene un código sustantivo como el Civil, se prevé que el juez puede dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades del comité, o designando un interventor de las mismas. A primera vista y de una interpretación literal parecería que el juez tiene de oficio la facultad de dictar medidas cautelares, no obstante, se debe concordar la norma con los artículos IV del Título Preliminar y 608 del Código Procesal Civil, que prescriben que el proceso se promueve a iniciativa de parte y que se precisa el pedido de parte para pronunciarse sobre una demanda de medida cautelar, respectivamente, esto es, que debemos interpretar que es el Ministerio Público quien realiza el pedido y el juez resuelve.

## DOCTRINA

RUBIO CORREA. *Título Preliminar, Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1986; CAPI LLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro, en Invirtiendo en el Perú*. Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda, en Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, ,1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas, en Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil. en Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 31 edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*, Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBELTZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*, I., Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL COMITÉ

*Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el consejo directivo procede a la disolución y liquidación del comité, presentando al Ministerio Público, copia de los estados finales de cuentas. (\*)*

CONCORDANCIAS:

C. *arto 59*  
C.P.C. *arto*

113

*Comentario*

*Pedro Álamo Hidalgo*

El comité posee la característica de la transitoriedad. Cumplida la finalidad altruista para la que se recaudaron aportes del público o frustrada aquélla por cualquier circunstancia, el consejo directivo debe disolver y liquidar el comité, pero se impone como obligación al terminar su labor la de presentar copia de los estados finales de cuentas al Ministerio Público.

Para la disolución y liquidación del comité se estará a lo dispuesto en el estatuto y por omisión de éste se aplicará la norma contenida en el inciso 2 del artículo 599 del Código Civil, relativo a la facultad del juez especializado en lo civil de instituir de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona con legítimo interés, una curatela de los bienes del comité. Se entiende que en el proceso judicial de institución de la curatela se otorgarán las facultades que sean necesarias para que el (los) curador(es) lleve(n) adelante la liquidación del comité.

Las operaciones de disolución y liquidación son aquellas destinadas a la realización de los activos o cobro de créditos y al pago de los pasivos o deudas.

De acuerdo a lo regulado por el inciso 3 del artículo 2025 del Código Civil, la disolución y liquidación del comité es un acto inscribible en el registro de personas jurídicas de los registros públicos. Como señala la exposición de motivos del Código Civil en este aspecto, "por constituir la disolución y liquidación de una persona jurídica, un evento que marca el fin de la personalidad, debe ser materia de inscripción y así S8 ha considerado, una vez más, con el objeto de encontrar identidad entre la

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (O.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

realidad registral y la extraregistral". Lo que en otras palabras se quiere decir es que así como para el nacimiento de la persona jurídica se necesita la previa inscripción en el registro, del mismo modo para poner fin a dicha personalidad será indispensable también efectuar la inscripción correspondiente.

El presupuesto de la aplicación de la norma reside en dos hechos: cumplimiento de la finalidad propuesta o si ella no ha podido alcanzarse. El primero de ellos, es fácilmente verificable. Si por ejemplo el propósito de la constitución del comité fue la edificación de una escuela, levantada ésta se tendrá por cumplido el supuesto; sin embargo, cuándo estimaremos que no se ha podido alcanzar la finalidad propuesta. La respuesta podría encontrarse en una variable de orden temporal, en tanto el comité se haya planteado la realización de su trabajo en un plazo específico, también podría deberse a la producción de eventos fuera del alcance del comité que impidan de manera total e insalvable la culminación de la tarea emprendida, y por el estilo otras situaciones, previstas o no en el estatuto, pero ellas deben ser en todo caso obstaculizadoras al cumplimiento de la finalidad para la que se creó el comité.

Es competencia de la asamblea general de miembros del comité acordar la disolución, en atención a lo regulado por el artículo 115 del Código Civil, y corresponde al Consejo Directivo el cumplimiento de tal resolución, por lo cual la lectura apropiada de la norma es: para que el Consejo Directivo proceda a la disolución y liquidación del comité requiere el acuerdo en ese sentido formulado por el órgano máximo de la persona jurídica. Y para ello se aplica el segundo párrafo del artículo 87 del Código Civil, relativo al quórum balificado..para la instalación y votaciones de asamblea general, por cuanto prevalece al respecto el numeral 116 del cuerpo legal acotado.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos.Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre. DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las*

. *Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3- edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEL TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## DESTINO DEL HABER NETO POST-LIQUIDACIÓN

*El consejo directivo adjudica a los erogantes el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubieran sido objetadas por el Ministerio Público dentro de los treinta días de haberle sido presentadas. La desaprobación de las cuentas se tramita como proceso de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité.*

*Si la adjudicación a los erogantes no fuera posible, el consejo entregará el haber neto a la entidad de Beneficencia Pública del lugar, con conocimiento del Ministerio Público. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

|        |                           |
|--------|---------------------------|
| C.C.   | arts.98, 110,2025 jne. 3) |
| C.P.C. | arts.97, 113,475          |

### Comentario

*Pedro Álamo Hidalgo*

El presente artículo debe concordarse con el que le precede, esto es que en la culminación de la operación de disolución y liquidación del comité que realiza el consejo directivo se presenta copia de los estados finales de cuentas al Ministerio Público para que dentro de un plazo de treinta (30) días calendarios esta institución los apruebe o desapruebe.

Si ocurre lo primero, el consejo directivo adjudica a los erogantes o contribuyentes el haber neto resultante de la liquidación. A diferencia de la asociación en donde entregados los aportes, ninguno de los asociados o ex asociados o sus herederos puede reclamar la devolución de los mismos, ni siquiera al momento de su liquidación, en el comité se ha dispuesto que en principio si hubiera un remanente, sea porque se ha cumplido la finalidad propuesta o ha quedado frustrada, dicho saldo se entregue a aquellas personas o instituciones que hayan apoyado la labor del comité.

Los promotores del comité, una vez constituido, devienen administradores de los bienes producto de la recaudación. Se convierten en una suerte de gestores de los fondos recibidos para su aplicación al fin anunciado (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El comité no requiere para su constitución un patrimonio como en el caso de la asociación. Los bienes o aportes que recibe no pasan a formar parte de un patrimonio

(\*) Texto según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

propio y exclusivo en beneficio de sus integrantes, sino que son administrados para la aplicación al fin propuesto. Por esa circunstancia es que se ha prescrito que cualquiera sea el haber neto resultante de la liquidación, éste se distribuya entre los aportantes.

En el caso de que el Ministerio Público desapruebe las referidas cuentas, deberá plantear una demanda contra el comité para ser sustanciada en la vía del proceso de conocimiento -en esa instancia pueden debatirse ampliamente los argumentos de las partes-, estando legitimados los miembros de la persona jurídica demandada para participar en el juicio, en la calidad de tercero coadyuvante a tenor del artículo 97 del Código Procesal Civil.

Se ha consagrado un mecanismo para la aprobación de las cuentas finales en el que cobra relevancia la manifestación o no de objeciones por el Ministerio Público. Si éste formula reparos se sigue el procedimiento referido en el párrafo anterior. Si no lo hace se consideran aprobadas las mismas, en una especie de otorgamiento de efectos jurídicos a la omisión del pronunciamiento dentro de cierto plazo.

Habiéndose aprobado las cuentas por el Ministerio Público o concluido el proceso judicial sobre la desaprobación de aquéllas -y, de ser el caso, la práctica de las correctas-, si no fuera posible entregar el saldo a los erogantes, el consejo directivo deberá asignarlo a la Beneficencia Pública del lugar de funcionamiento del comité, con conocimiento del Ministerio Público.

Acerca de la posibilidad o no de la adjudicación a los erogantes tendrá mucho que ver la naturaleza de los aportes. Si éstos son en dinero habrá mayores probabilidades de que sean devueltos. Por el contrario, si se tratara de bienes no dinerarios, la

indicada operación se tornaría complicada. Asimismo, la imposibilidad podría radicar en la indeterminación de los aportantes, p.ej., si se produjeron donaciones anónimas.

Se ha cuestionado el hecho de que el comité que administra recursos de terceros para destinarlos a un propósito concreto no tenga que rendir cuenta judicial de su manejo, como sucede en el caso del comité no inscrito (artículo 132 del Código Civil), sin que baste para solucionar la deficiencia advertida el trámite de la presentación de las cuentas al Ministerio Público.

## DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invertiendo en el Perú*, Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre. DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEL TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## NORMAS SUPLETORIAS QUE RIGEN AL COMITÉ

*El comité se rige, además, por los artículos 81 a 98, en cuanto le fueren aplicables.*

CONCORDANCIA:  
*C.C.*                   *arts. 81 al 88*

### *Comentario*

*Pedro Álamo Hidalgo*

La presente disposición se aboca a establecer el carácter supletorio de la normatividad sobre asociaciones cuando sea requerido para el normal desenvolvimiento del comité.

La remisión encuentra fundamento en cuanto la asociación y el comité tienen una estructura administrativa muy semejante (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Cabría en virtud de esta norma la aplicación del artículo 85 relativo a la convocatoria de asamblea general, el artículo 88 concerniente al derecho del integrante del comité de un solo voto en las asambleas, el artículo 89 sobre el carácter personalísimo de la calidad de miembro del comité, el artículo 90 que trata de la renuncia por escrito de los participantes del comité, el artículo 92 sobre la impugnación judicial de acuerdos del comité y así otros.

En cambio, no le es aplicable al comité el quórum calificado regulado en el segundo párrafo del artículo 87 del Código Civil, tampoco el artículo 91 por cuanto como se ha señalado, el comité administra los aportes y bienes entregados por terceros, no tiene un patrimonio propio.

### DOCTRINA

CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid, 1984; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Entidades sin fin de lucro*, en *Invirtiendo en el Perú*, Ed. Apoyo. 1994; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Personas jurídicas: propuestas de enmienda*, en *Código Civil peruano. Diez años*. Tomo 1. WG Editor. Lima, 1995; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas*, en *Derecho*. PUCP. W 36. Diciembre. DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil*, en *Código Civil de 1994: reforma o enmiendas*. Thémis-PUCP. 1997; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*.

Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. Derecho de las Personas. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; JUAMBEL TZ. *Capacidad de las Personas Jurídicas de Interés Privado en el Orden Patrimonial, Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VII. W 68. Montevideo, 1952; RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil*. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

## Sección Tercera

# ASOCIACIÓN, FUNDACIÓN Y COMITÉ NO INSCRITOS

### REGULACIÓN DE LA ASOCIACIÓN DE HECHO

*El ordenamiento interno y la administración de la asociación que no se haya constituido mediante escritura pública inscrita, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98, en lo que sean pertinentes.*

*Dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.*

#### CONCORDANCIAS:

|          |                                 |
|----------|---------------------------------|
| C.       | arto 2 jne. 13                  |
| C.C.     | arts. 77, 78, 80 a/98, 143, 145 |
| C.P.C.   | arts. 18, 58, 64                |
| C. T.    | arts. 16, 21, 22                |
| LEY26887 | arts. 423 a/432                 |

*Comentario*

*Eugenio Airiano Deho*

1. Premisa: la subjetividad jurídica de la denominada "asociación no inscrita"

Partiendo de la premisa que nuestro ordenamiento ha querido que la *persona jurídica*, como específico *sujeto de derecho* nazca a la vida jurídica el día de su ins-

cripción registral (ver artículo 77), nuestro legislador siguiendo una tendencia de la legislación comparada ha igualmente querido darle a otros *entes* intermedios (intermedios entre la persona natural y la persona jurídica) *subjetividad jurídica* (o sea el poder ser centro unitario de imputación de situaciones jurídicas, activas o pasivas), y entre ellos a la denominada "asociación no inscrita" (denominación que se infiere del epígrafe de esta sección) o mejor "asociación no personalizada".

Lo primero que hay que establecer es que el *ente* que nos ocupa es en primerísimo lugar "asociación", o sea un ente que se singulariza por ser "una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo" (ver artículo 80). Luego, estamos ante un *sujeto* que se presupone distinto de sus miembros (los asociados, a los que hace referencia el artículo 125), que tiene una denominación que la identifica frente a los propios asociados y terceros, un domicilio (entendido por el artículo 18 del Código Procesal Civil como el "lugar en donde realizan la actividad"), un fin determinado (no lucrativo), una organización interna y un patrimonio propio, que la ley, en nuestro concepto erróneamente, llama "fondo común" (ver artículo 125). *Ergo*, todos los elementos que distinguen al ente "asociación",

Luego, la pregunta sería ¿cuál diferencia existiría entre la "asociación inscrita" y la "no inscrita"? Pues la respuesta es aparentemente simple: la asociación inscrita es *persona jurídica*, la no inscrita no lo es, lo que significa que la primera está dotada de *autonomía patrimonial perfecta* (en el sentido que los miembros -los asociados- ni responden por las deudas de la asociación, ni el patrimonio de la asociación responde por las deudas de éstos: ver artículo 78); mientras que la segunda está dotada de una *autonomía patrimonial imperfecta* (en cuanto quienes hayan obrado por la asociación responden con su personal patrimonio por las obligaciones de la asociación (ver tercer párrafo del artículo 77 y artículo 126), mas no a la inversa (ver artículo 125 *in fine*).

Pero, ¿qué se requiere para que esta "organización estable de personas naturales o jurídicas" adquiera la subjetividad jurídica que se desprende de la ley? ¿Bastará que un conjunto de personas se organicen y desplieguen -de hecho- una determinada actividad con finalidad no lucrativa para que estemos ante este sujeto de derecho? La respuesta no es fácil de dar. Si bien la redacción del artículo 124 no es precisamente clara, de ella se desprendería que para estar frente a una verdadera "asociación" se requeriría que el procedimiento formativo del ente haya pasado por todas sus etapas, menos una: la *inscripción*. Es así que cuando la ley dice "la asociación que no se haya constituido mediante *escritura pública inscrita...*", parecería que inevitablemente nos estaría conduciendo a interpretar que el único elemento que le falta a esta asociación es su *inscripción* (que es lo que justamente le daría vida como persona jurídica). Lo que sin duda es exigible es que haya un acto constitutivo. Pero, ¿se requerirá que en el procedimiento formativo del ente haya culminado en la elevación a escritura pública del acto constitutivo o bastará el mero acuerdo de crear la asociación (de cualquier forma exteriorizado: oralmente o a través de documento privado)? En nuestro concepto dada la *libertad de formas* que rige en nuestro ordenamiento (ver artículo 143) no se necesita que la voluntad colectiva de constituir el ente revista una forma específica y mucho menos que necesariamente el procedimiento

formativo del ente haya desembocado en la escritura pública. En realidad la escritura pública es requerida por la ley para los efectos de la inscripción (ver artículo 81, del cual no se desprende que establezca que esa forma sea *ad solemnitatem*). Por ello bastará que el acto constitutivo de la asociación haya revestido *cualquier forma* siempre que permita individualizar los elementos esenciales de la asociación.

Pero nos debe quedar claro que esta asociación está dotada de *subjetividad jurídica*, vale decir, que *sí* es un centro unitario de imputación de situaciones jurídicas activas y pasivas, tanto es así que el artículo 125 considera que esta asociación puede "adquirir" bienes, puede ocupar la calidad de parte (demandante o demandada) en un proceso (ver más adelante, n. 3), asimismo, es, a pleno título, sujeto de derecho tributario (artículo 21 del Código Tributario), y, agregamos, aun cuando el propio Código Civil no lo haya establecido puede ser miembro de otro ente (personalizado o no).

## 2. Ordenamiento Interno: remisión a las normas sobre la *asociación-persona Jurídica*

Señala el artículo en que "el ordenamiento interno y la administración... se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98 (o sea los de la *asociación-persona jurídica*) en lo que sea pertinente".

En realidad toda asociación (personalizada o no) se regula internamente "por los acuerdos de sus miembros" -y sólo supletoriamente por las disposiciones legales-normativa interna que estará establecida en el *estatuto* de la misma (y sus modificaciones: que, por cierto no son "acuerdos de los miembros", sino actos del ente, adoptados por sus órganos). La diferencia entre la *asociación-persona jurídica* y la que nos ocupa está en que mientras que para la primera se da publicidad (a través del registro) de dicha normativa interna, en la segunda no, lo cual tiene solo relevancia frente a terceros. Para los asociados (inscrita o no la asociación) las normas internas son siempre plenamente eficaces, mientras que a los terceros no les serán oponibles.

En cuanto a la remisión expresa del artículo en comentario a las normas dictadas para la *asociación-persona jurídica*, ello hace que le sean aplicables todas aquellas que no dependan de la *inscripción* (como p.ej., el plazo para la impugnación de acuerdos inscribibles, artículo 92, tercer párrafo), o en cuanto a la distribución del haber social en caso de disolución y liquidación, para el cual el Código dicta una norma especial (ver artículo 125, *in fine*), o, finalmente, del régimen de responsabilidad patrimonial del ente frente a terceros (que no es por cierto "ordenamiento interno").

Pero, lo reiteramos, en realidad, entre una *asociación-persona jurídica* y una *asociación no personalizada* no existe (o no debería existir) más diferencia que en la *autonomía patrimonial*, como antes dicho, *perfecta* para la primera, *imperfecta* para la *segunda*, lo que significa que la diferencia se produce en cuanto a las relaciones entre la asociación y los terceros.

## 3. Relaciones externas: representación del ente y la representación procesal

La asociación no personalizada, como todo ente, expresa su voluntad a través de

sus órganos. Dada la remisión, antes señalada, a la regulación de la *asociación-persona jurídica*, órganos mínimos serían la asamblea general de asociados y el consejo directivo que es el órgano de gestión, y, normalmente, de representación (o sea de actuación externa) del ente. Sabemos que el Código Civil nadá ha establecido sobre la representación externa de las asociaciones (en general), de allí que serán las propias normas internas las que establezcan quién puede actuar en nombre de la asociación (por lo general el presidente del consejo directivo, u otro órgano o funcionario de la asociación).

Cuando estamos frente a una asociación no personalizada la ausencia de publicidad de la normativa interna (en sustancia del estatuto, de la elección del órgano administrador y, en su caso, del representante estatutario) determina que cuando la asociación opera en la realidad social entrando en contacto con terceros, el que actúa en nombre de la asociación no cuenta con la posibilidad de acreditar (con la certeza que da el registro) al tercero las facultades de representación que ostenta, por lo que siempre existe la posibilidad de:

- a) La frustración de la posibilidad para el ente de celebrar en concreto un negocio jurídico (lo que implica en buena cuenta echar por tierra la subjetividad jurídica de la asociación no personalizada: ¿de qué sirve reconocerle subjetividad si a la postre no va a poder actuar?);
- b) El que el acto ya realizado no sea imputable a la asociación (en cuanto realizado por un *falso/sus procurator*) con probable perjuicio para el tercero.

A fin de neutralizar tanto la posibilidad de frustración de la actuación eJel ente como verdadero sujeto de derecho, como la posibilidad de perjuicio del tercér<o que se relaciona con él, la ley ha previsto (artículos 77, último párrafo y 126 *in fine*) que quienes hayan actuado por el ente son "ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros" (ver, igualmente, el artículo 16 del Código Tributario).

Pero, la ley ha reservado una norma particular para la representación procesal. Es así que el párrafo final del artículo 124 señala que "la asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o quien haga sus veces". La atribución de la representación procesal (vale decir, actuar en el proceso en nombre de la asociación-parte) al presidente del consejo directivo nace de la propia ley, por lo cual para actuar por nuestra asociación (tanto como demandante como demandada) solo será necesario acreditar (de cualquier forma) que se ostenta el cargo indicado por la ley. En tal sentido, derivando el poder de representación de la propia ley no es oponible a terceros (en sustancia a la contraparte) cualquier limitación que pudiera existir en el poder de representación, ello en atención a que las normas internas (dada la ausencia de publicidad registral) no pueden ser conocidas por los terceros.

Luego, no se requerirá (como absurdamente se pidió para las asociaciones, fundaciones y comités inscritos, antes de la promulgación de la Ley NQ 26789) que para poder actuar procesalmente por la asociación que se acredite que el designado por la ley cuente con las facultades de los artículos 74 Y 75 del Código Procesal Civil. En tal

sentido, el presidente del consejo directivo es el *representante procesal legal*, basando acreditar que se ostenta tal cargo para que todos los actos procesales realizados por el mismo sean imputados a la asociación, sin límite.

Mucho más problemático es explicar lo que ha entendido la ley por "quien haga las veces" del presidente del consejo directivo. A estar por las normas de la asociación personalizada el consejo directivo (y su presidencia) resulta ser un órgano colegiado necesario (ver artículo 86), por lo que en la no personalizada también debe serio, de allí que la expresión "quien haga las veces", debe entenderse como "quien interinamente se esté desempeñando como presidente". Ello implica que (a diferencia del Derecho italiano en que para todas las asociaciones reconocidas y no reconocidas), la administración (y representación) no podría, p.ej., corresponder a un administrador único (con el nombre que fuera) o a todos los asociados conjunta o disyuntivamente.

Por último, hay que señalar que el hecho que la ley establezca esta regla de representación confirma que la *asociación no personalizada* es un auténtico sujeto de derecho y no que no estamos frente a una suma de individualidades que sólo por economía de palabras se les llama "asociados". La *asociación no personalizada* es tan sujeto de derecho como lo es, y desde hace mucho, la sociedad irregular (ver artículos 423 al 432 de la Ley General de Sociedades). Bien haríamos en percatarnos todos de ello.

## DOCTRINA

FERNÁNDEI SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOIA ESPINOIA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001.

## CONSTITUCIÓN DE FONDO COMÚN

*Los aportes y las cuotas de los asociados, así como los bienes que adquiera la asociación, constituyen su fondo común. Mientras está vigente la asociación no se puede pedir la división y partición de dicho fondo, ni el reembolso de las aportaciones de los asociados.*

### Comentario

*Juan Espinoza Espinoza*

La referencia al "fondo común", término empleado por el legislador, podría llevar a confusión al creer estar tratándose de la figura de la copropiedad. Dentro del ordenamiento jurídico peruano, se reconoce a la copropiedad como la figura típica de propiedad colectiva, desconociéndose aquella otra de la doctrina y legislación alemana denominada "*Gesamnte Hand*" (propiedad en mano común o comunidades de fin con autonomía patrimonial). Al respecto, sostiene que:"En estas comunidades existe un patrimonio destinado a la realización de los objetivos del grupo, que, mientras el objeto subsiste, no puede ser dividido, por no existir el concepto de cuota, no teniendo los participantes un derecho separado sobre el todo. Éstos no pueden disponer de la parte, que no es separada para cada uno, ni del todo, que no pertenece a cada uno de ellos en particular más que por su calidad de comuneros. Los socios están autorizados para todos los actos con respecto a la cosa, por lo que la unidad colectiva se manifiesta en cada uno de sus miembros" (BRUNETTI).

Se observa cierta semejanza entre el "fondo común" al cual alude el legislador peruano, con aquella figura de la propiedad en mano común. Esta posición está avalada por la más autorizada doctrina italiana (RESCIGNO).

Como se advierte: "Es difícil sintetizar en una fórmula jurídica precisa el concepto de la *Gesamnte Hand* porque los términos de que se sirve nuestra ciencia jurídica son en general los del Derecho romano, y las categorías de la ciencia jurídica latina no bastan para precisar esta clase de copropiedad germana" (VAZ FERREIRA). Enumero las características de esta institución, según las apreciaciones de la doctrina que vengo citando:

- a) Existencia de estrechos vínculos personales entre los integrantes de la *gesamnte hand*, los cuales no se presentan, necesariamente, en la copropiedad romana.
- b) Inexistencia de cuotas partes en la copropiedad en mano común, por cuanto todos sus integrantes son propietarios de la totalidad del bien o bienes que conforman la *gesamnte hand*, cosa que no sucede en la copropiedad romana.
- c) La *gesamnte hand*, por lo general, una unidad patrimonial distinta del patrimo

nio de cada uno de sus integrantes. En la copropiedad romana la parte alícuota de cada copropietario se encuentra incluida en su respectivo patrimonio.

- d) En la copropiedad romana, el acto de disposición de uno de los copropietarios lo obliga solo en su parte alícuota. Esta situación no se presenta en la *gesamnte hand*, por cuanto, como he expresado, no existe el concepto de parte alícuota. Únicamente la actuación conjunta de sus integrantes produce efectos respecto del bien, o bienes, sobre los que se ejerce este derecho real especial.
- e) El titular del patrimonio de la copropiedad en mano común es una "colectividad unificada" que, frente a terceros, opera como una individualidad. Cuando menciono al concepto "individualidad", me estoy refiriendo *a* la totalidad de integrantes de la *gesamnte hand*, no a esta última como ente abstracto, o diferenciado, de sus integrantes. En la copropiedad romana el titular del bien, o bienes, que lo integran es cada uno de los copropietarios en su parte alícuota.
- f) Existe en la *gesamnte hand* el derecho de acrecer entre sus integrantes, vale decir, que al fallecer uno de éstos, el resto asume el lugar que queda vacante. También puede darse el caso de que el de *cujus* haya dejado descendientes y, *a* falta del derecho de acrecimiento, cada uno de los herederos tiene derecho *a* formar parte de la copropiedad en mano común, tan igual como cualquier otro de sus miembros. En la copropiedad romana, en caso de fallecimiento de uno de los copropietarios, los herederos solo tienen derecho a la cuota ideal que le correspondía al causante.

A lo largo de la evolución de la *gesamnte hand*, debido a lo complicado que resulta tomar acuerdos conjuntos para todo tipo de decisiones, se ha instituido el nombramiento de un representante administrador. Todas las características mencionadas, salvo la última, corresponden al "fondo común" que regula el Código Civil peruano en materia de organizaciones de personas no inscritas.

La asociación no inscrita, al igual que la asociación persona colectiva, pueden llegar a extinguirse por diversos motivos, como cuando no puede funcionar según su estatuto, por declaración de insolvencia, cuando sean contrarios al orden público y cuando se inscriben en los registros respectivos.

Una vez disuelta la asociación y concluida su liquidación, el haber neto resultante será entregado a aquellas personas que establece el estatuto. Los integrantes de la asociación no inscrita no pueden beneficiarse del producto de la liquidación, puesto que al hacerlo se estaría contraviniendo a la finalidad no lucrativa que caracteriza a la asociación. Sin embargo, cierta doctrina nacional afirma que "el régimen de las asociaciol'1es no inscritas tiene una norma precisa que permite interpretar que 'el fondo común' (esto es, el patrimonio institucional) podría ser repartido (entre los asociados, debo entender) y aplicarse al reembolso de las aportaciones de los asociados, una vez que se cancelen las obligaciones de la asociación, esto es, cuando deje de tener vigencia (artículo 125)" (LUNA VICTORIA LEÓN). Esta interpretación choca con una lectura sistemática en torno al tratamiento que se les da a las personas jurídicas sin fines d~ lucro. El mismo artículo 124 del Código Civil remite (para la regulación de las asociaciones no inscritas) a toda la normatividad de las asociaciones inscritas (inclu

so el artículo 98 del Código que excluye a los asociados de percibir el haber neto resultante posliquidación). No se diga que la frase del artículo 124 "en lo que sean pertinentes" haría sobreponer la (restrictiva) interpretación *sensu contrario* del artículo 125. Es exactamente lo contrario: el principio de no enriquecimiento patrimonial de los integrantes de las asociaciones (inscritas o no) es el que debe primar, se entiende, dentro de los alcances que expuse en el capítulo anterior.

Recuérdese además que el artículo 98 establece los casos en que no puede ser entregado el haber neto a las personas designadas en el estatuto, se faculta a la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordenar su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede.

## DOCTRINA

FERNÁN DEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; BRUNETTI. *Tratado de Derecho de Sociedades*. Tomo 1. UTEHA. Buenos Aires, 1960; RESCIGNO. Manuale di diritto privato italiano. Napoli, 1981; VAZ FERREIRA. *Tratado de la Sociedad Conyugal*. Tomo 1. 3<sup>a</sup> edición actualizada. Astrea. Buenos Aires, 1979; LUNAVICTORIA LEÓN. *El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles*, en *Thémis*. NQ 5, 1986.

## CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES

*El fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. De dichas obligaciones responden solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes.*

CONCORDANCIA:  
C.C. arts. 78, 1183yss.

### Comentario

*Juan Espinoza Espinoza*

El artículo 126 del Código Civil, al establecer que el fondo común responde de las obligaciones que han asumido los representantes de la asociación no inscrita y que, de las mismas, adicionalmente "responden solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes", hace llegar a la conclusión de que este tipo de sujeto de derecho tiene autonomía patrimonial imperfecta. Sin embargo, se deben distinguir los siguientes supuestos:

a) Quienes actúan en representación de la asociación no inscrita, los cuales deben ser entendidos en un sentido amplio (vale decir, representantes orgánicos, voluntarios y en el caso de los dependientes en locales públicos, representantes de hecho). El primer supuesto contemplado es que el fondo común responde de las obligaciones contraídas por sus representantes. Creo que resulta necesario hacer una interpretación sistemática y circunscribir este supuesto solo al caso de responsabilidad contractual de la asociación no inscrita. En efecto, si los representantes actúan en el ejercicio (bueno o malo) o con ocasión de sus funciones y han ocasionado daños, responderá solidariamente la asociación con su fondo común y éstos si la responsabilidad es extracontractual (artículo 1981 C.C.). En el caso de que la responsabilidad sea contractual, la asociación responderá con el *fondo* común (artículo 1325 C.C.). Nótese que, al tener la asociación no inscrita autonomía patrimonial imperfecta, deberán responder a título personal, solidario e ilimitado dichos representantes, por la diferencia entre el *quantum* del daño y lo que se pueda obtener de la liquidación de dicho fondo. Por tal motivo, los representantes gozan del beneficio de excusión, mas no de una exoneración de responsabilidad (como aparentemente se entendería). Nótese que el artículo 1981 del Código Civil tiene como nota característica la de la relación de dependencia entre principal y dependiente, mientras que el artículo 1325 del Código Civil es de un alcance más amplio. Sin embargo, la jurisprudencia nacional, como hemos

visto, en una posición que comarto, no ha sido tan estricta en el cumplimiento del requisito de la subordinación cuando se trata de personas jurídicas, interpretación que deberá ser igual en materia de organizaciones de personas no inscritas. .

- b) **Quienes actúan a nombre de la asociación no inscrita**, este supuesto se refiere a aquellos que se encuentran en la situación del *falsus procurator*, regulado en la segunda parte del artículo 161 del Código Civil y por tal motivo, responderán personal, ilimitada y solidariamente por los daños que ocasionen, sin gozar del beneficio de excusión.

Queda claro que la responsabilidad civil de los representantes con respecto al sujeto de derecho asociación no inscrita es de carácter contractual, por la relación preexistente entre ambos y, frente a terceros, puede ser, según el caso, de naturaleza contractual o extracontractual.

## DOCTRINA

ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 31 edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001.

## INSCRIPCIÓN DE LA FUNDACIÓN DE HECHO

*Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.*

### CONCORDANCIAS:

|               |                             |
|---------------|-----------------------------|
| C.            | artº 159                    |
| C.C.          | arts.77, 102, 129,2024,2025 |
| C.P.C.        | artº 18                     |
| D.S.03-94-JUS | art.25                      |

*Comentario*

*Juan Espinoza Espinoza  
Carlos Alberto Mispirita Gálvez*

Nuestro legislador de 1984, a diferencia de los de 1852 y de 1936, ha hecho un aporte a la legislación contemporánea al prever el caso de fundaciones que no han podido cumplir con la correspondiente inscripción en los Registros Públicos por una serie de razones, pero que no pueden ser óbice para que no cumplan con el fin fundacional socializador, que es el móvil que debe primar en este tipo de figura jurídica, según lo expresa nuestro Código Civil. Además, hay que señalar que la razón que motiva la creación de este tipo de fundaciones, es el espíritu altruista y generoso del fundador en favor de nuestra sociedad, es por ello que se ha considerado que no se le puede negar su existencia.

El Código Civil prevé la hipótesis de la fundación no inscrita entendida como la situación transitoria y previa a la constitución de la fundación que ha sido registrada, , institución que no ha sido contemplada por el Código Civil italiano -inspirador del nuestro en otras ocasiones- pero sí por su jurisprudencia. En efecto, como puede apreciarse en el articulado de la sección referida a la fundación no inscrita, lo que ha pretendido el legislador es que se formalice la inscripción de la fundación en el más breve plazo desde que ésta es constituida. Ante tal consideración, un sector de la doctrina italiana no ha dudado en llamar a las organizaciones de personas no inscritas como "figuras intermedias" (TÓRTORA).

Se puede definir a la fundación no inscrita como un sujeto de derecho autónomo, destinado a la realización de un fin social, pero que no ha cumplido con la formalidad legal respectiva, que consiste en su inscripción en el registro correspondiente. El legislador acertó en su reconocimiento, puesto que este tipo de institución jurídica informal consta de todos los elementos básicos para su funcionamiento; es decir, un patrimonio afectado (aunque de hecho), una organización determinada y el fin de carácter social.

Así, la fundación no inscrita adquiere la calidad de sujeto de derecho desde su constitución, sea a través de escritura pública, por una manifestación de voluntad ínter vivos, o mediante testamento, por un acto mortis causa, según lo previsto en el artículo 100 del Código Civil. El ponente del Libro de Personas del referido texto normativo, justifica la existencia legislativa de la fundación no inscrita porque "a la colectividad le interesa promover y mantener el impulso generoso de personas naturales o jurídicas dotadas de bienes suficientes cuya voluntad es destinarlos a la realización de una finalidad de interés social, cualquiera que ella sea" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Se ha reconocido pues, en la figura de la fundación no inscrita, una "participación social efectiva" (SEOANE LINARES).

Ahora bien, un sector de la doctrina ha sostenido que el cumplimiento del dato formal en la fundación es esencial, expresando que en el caso de la fundación no inscrita: "...a lo más, podría haber un destino de hecho de determinados bienes a un cierto fin, pero sin que los mismos se separen y salgan del patrimonio (o de los patrimonios) de procedencia (los terceros tienen el derecho de considerarlos como formando siempre parte de aquellos patrimonios) y sin que se determine por eso la insensibilidad de tales bienes en cuanto a las obligaciones patrimoniales que incumban sobre los patrimonios de procedencia (y viceversa), que constituye la nota característica de la autonomía patrimonial de la persona jurídica" (MESSINEO). Esta doctrina centra su atención en el aspecto patrimonial, y no percibe que el problema gira en torno a los sujetos de derecho. El que una persona disponga de parte de su patrimonio para que se constituya una fundación y que ésta opere de hecho, nos revela que existen dos sujetos perfectamente diferenciados: uno individual que, con un gesto altruista, da origen a otro de naturaleza colectiva, que ya tiene existencia per se, al asumir una actividad empresarial con el patrimonio afectado por el fundador. La esfera patrimonial del sujeto individual se ha desplazado a la del sujeto colectivo, y el Derecho no puede dejar de regular esta realidad inocultable. Esta situación también podría encontrar una explicación con la doctrina de los actos propios, vale decir, si el

fundador ha presentado frente a terceros la presencia de una fundación no inscrita (sujeto de derecho distinto), éste no podrá contradecir la situación de apariencia que él mismo ha creado.

Por ello, se expresa que: "Debe tenerse en cuenta (oo.), que si por instrucciones impartidas por el o los fundadores, la fundación inicia sus actividades antes de su inscripción, ello supone que ha empezado a operar como sujeto autónomo de derecho, al contraer obligaciones, por lo que no cabe en esta circunstancia su revocación de parte de quien o quienes la constituyeron mediante escritura pública" (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El artículo 127 del Código Civil debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 102 del mismo texto legal, el cual establece a partir de qué momento es irrevocable el acto de constitución de la fundación. En efecto, si se hace una interpretación literal del artículo 102 del Código Civil, se admitiría, sin excepción alguna, que una vez inscrita dicha persona colectiva, los bienes materia de afectación dejan de pertenecer al fundador. Sin embargo, este numeral no contempla el caso en el cual la fundación, antes de inscribirse, comienza a operar como persona colectiva, aún no siendo tal; vale decir, el supuesto regulado en el comentado artículo 127. Por tal motivo, consideramos que resulta imperativo que se formule en este cuerpo de leyes una norma al respecto, como es el caso del artículo 15 del Código Civil italiano, que establece la irrevocabilidad del acto de fundación cuando "el fundador no haya hecho iniciar la actividad de la obra dispuesta por él". Sin embargo, de la interpretación sistemática de estos dos numerales, se llega a la conclusión de que no cabe la revocación del acto de constitución de la fundación, si ésta ya inició sus actividades como tal.

Esta interpretación se corrobora de una atenta lectura del artículo 129, el cual establece que si la fundación no ha podido ser inscrita, "la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial". En efecto, solo si se considera a la fundación no inscrita como un sujeto de derecho autónomo e independiente del fundador es que se puede entender que, si no se llega a inscribir, los bienes afectados no vuelven a éste, sino que serán entregados a otras fundaciones. Es por ello que, al iniciar sus actividades la fundación no inscrita, tampoco debería admitirse la posibilidad de revocación del acto de constitución de la fundación.

Son dos las razones fundamentales por las que no se inscriben las diferentes organizaciones colectivas en los registros públicos; una, por ignorancia del procedimiento administrativo de inscripción, y dos, por no realizar los trámites burocráticos y los gastos que la inscripción implica. También se ha dicho que son dos las razones por las que se debería realizar la inscripción de la fundación; la primera es el interés del fundador de satisfacer necesidades apremiantes de la colectividad de escasos recursos o aquellas que no han sido debidamente atendidas por el Estado; la segunda está referida al respeto, de la voluntad que ha manifestado en el acto constitutivo el fundador (DE CASTRO Y BRAVO Y FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Por los argumentos antes expuestos, nuestro codificador ha dispuesto en el artículo 127 del Código Civil, la facultad del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o quien tenga legítimo interés, para iniciar las acciones pertinentes a fin de lograr su inscripción en los Registros Públicos.

## ~ DOCTRINA

ALPA. *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia. Considerazioni preliminari*, en *Le Fondazioni. Tradizione e modernità*. Cedam. Padova, 1988; DE CASTRO Y BRAVO. *La Persona Jurídica*. Civitas SA Segunda edición. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Librería Studium Editores. Lima, 1986; GALGANO. *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*. Cedam. Padova, 1987; SEOANE LINARES. *Personas Jurídicas*. Cultural Cuzco. Lima, 2001; TORTORA. *Istituzioni di Diritto Privato, la Persona e l'ordinamento giuridico*. EllA. Roma, 1977.

## RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ADMINISTRADORES

*Los administradores de la fundación, en tanto no esté inscrita, son solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído.*

### CONCORDANCIAS:

c.c. art. 1183 y ss.  
D.S. 03-94-JUS artº 25

### Comentario

*Carlos Alberto Mispireta Gálvez*

#### 1. Los administradores de la fundación no inscrita: facultades y deberes

A pesar de que no se haya previsto expresamente en nuestro Código Civil, los administradores de la fundación no inscrita cuentan con las facultades de representación de la organización; o debiéramos decir mejor, actúan de manera orgánica como si fueran la propia entidad, pudiendo adquirir derechos en su beneficio u obligarla por los actos que realicen en el ejercicio de sus funciones previstas en el estatuto; de igual manera, los administradores contarán con la representación procesal de la organización. Éste es el momento en que la capacidad de la fundación no inscrita se manifiesta de manera funcional, tal como sucede con las personas jurídicas.

En efecto, si bien la fundación no inscrita no ha adquirido aún la calidad de persona jurídica, ésta actúa en el mundo fenoménico a través de los órganos que se han previsto en su estatuto, que serán los mismos que actuarán en su nombre cuando se haya formalizado la inscripción en el registro público. Hay que hacer la salvedad en este punto, que la actuación de los órganos de la fundación no inscrita, se encuentra en marcada dentro de los límites legislativos que se han contemplado en el Código Civil y de los límites propios de su naturaleza jurídica.

Por otra parte, tenemos que decir que la principal obligación que tienen los administradores de la fundación no inscrita, al igual que en el caso de la fundación que ha sido registrada, es la de velar por el adecuado empleo del patrimonio afectado a los fines filantrópicos que tuvo el fundador. Adicionalmente, será el estatuto el que determine cuáles son los deberes específicos que tienen los administradores de la fundación no inscrita en el ejercicio de su cargo.

## **2. Responsabilidad de los administradores**

El artículo 128 del Código Civil contempla dos supuestos de responsabilidad por parte de los administradores de la fundación no inscrita; el primer?, por la conservación del patrimonio afectado; el segundo, por las obligaciones asumidas a nombre de la organización.

Antes de pasar a analizar de manera sumaria cada una de las situaciones mencionadas, creemos conveniente señalar que la responsabilidad de los administradores se puede presentar frente a terceras personas, sean éstas beneficiarias o no de la organización, o frente a la propia fundación no inscrita.

Ahora bien, para introducimos al primer supuesto de responsabilidad de los administradores, es pertinente recordar que con el acto de constitución se transfieren bienes de la esfera patrimonial del fundador a la esfera de la propia fundación, aunque no haya adquirido todavía la categoría de persona jurídica (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 292). Sin embargo, una característica de las organizaciones de personas no inscritas es que su autonomía patrimonial es imperfecta (DE CASTRO Y BRAVO, 267; ESPINOZA ESPINOZA, 526); esto es, la responsabilidad alcanzará también a los miembros que las componen.

Como ya lo dijimos, es deber fundamental de los administradores velar por el adecuado destino que se le dé al conjunto de derechos valiosos económicamente -como se ha definido al patrimonio (LARENZ, 96)- que afectó el fundador, a efectos de alcanzar los fines que previó el mismo en el acto constitutivo. En tal sentido, resulta coherente que, si no se ha dotado de autonomía económica absoluta a la fundación -a través de la inscripción registral-, sean responsables los administradores por el uso que se les pueda dar a los bienes que integran el patrimonio de la organización. Obviamente esta responsabilidad también incluye el deber de vigilar que no se realicen malos manejos con el referido fondo patrimonial.

En cuanto al segundo supuesto de responsabilidad de los administradores de las fundaciones no inscritas, hay que tener en cuenta que éstos actúan como órganos de la propia entidad y pueden emplear los bienes que integran su patrimonio, con el objeto de realizar las actividades empresariales que sean necesarias para la consecución del fin perseguido por el fundador; en ese orden de ideas, queda claro que los administradores tienen la facultad de obligar frente a terceros a la fundación no inscrita, según los parámetros previstos en su estatuto.

Tomando en cuenta, nuevamente, que la autonomía patrimonial perfecta recién será otorgada a la fundación cuando se encuentre inscrita en los registros públicos; en tanto ello no se produzca, los administradores también deben responder por el íntegro de las obligaciones que hayan asumido a nombre de la organización. Esto traerá como consecuencia inmediata que los administradores tengan sumo cuidado al realizar cualquier tipo de actos a través de la fundación no inscrita, y que verifiquen las posibilidades de cumplimiento de cualquier obligación que contraigan.

De acuerdo con lo manifestado, podrá notarse que ambos supuestos de responsabilidad son mecanismos que ha previsto el legislador para que la situación de informalidad registral sea solo una etapa transitoria, que no tenga un plazo muy largo de

duración. Es decir, a través de la norma legal se desincentiva el desinterés o la inercia de las personas que tienen la posibilidad de solicitar la inscripción de la fundación, entre los que se encuentran los administradores de la misma.

Otro aspecto que hay que destacar del artículo 128 del Código Civil, es que se ha previsto la solidaridad de los administradores en los casos de responsabilidad antes expuestos. La solidaridad implica, como es conocido, la posibilidad de que el acreedor o los acreedores puedan reclamar el pago de un crédito a cualquiera de sus deudores, de manera individual o de manera conjunta, indistintamente y por el íntegro de la deuda. La solidaridad debe encontrarse prevista por norma expresa o por el título de la obligación, tal como lo establece el artículo 1183 del mencionado cuerpo de leyes; aunque se persigue actualmente que lo común sea la solidaridad al asumir las obligaciones, pues "lo que antaño se ofrecía como excepcional o esporádico deviene actualmente respuesta generalizada de los plurales obligados" (SOTO NIETO, 1).

En el caso de los administradores de las fundaciones no inscritas, consideramos que la solidaridad, entre ellos y la propia fundación, se justifica ya que se evita el abuso o los malos manejos del patrimonio afectado a los fines fundacionales y, además, se induce a estos últimos -como ya lo anotamos- a formalizar rápidamente la organización colectiva a través de la inscripción registral.

## DOCTRINA

DE CASTRO Y BRAVO. *La Persona Jurídica*. Ed. Civitas S.A. Segunda edición. Madrid, 1984;  
ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001 ;  
FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas*. Octava edición. Grijley. Lima, 2001 ~  
LARENTE. *El Patrimonio*, en *Gaceta Jurídica*. Tomo XI. Lima, noviembre, 1994;  
SOTO NIETO. *Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva*, en *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio-agosto, 1980.

## AFECTACIÓN DE BIENES POR IMPOSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN

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

### CONCORDANCIAS:

|               |                    |
|---------------|--------------------|
| C.            | arto 159           |
| C.C.          | arts. VI, 101, 127 |
| C.P.C.        | arto 2             |
| D.LEG. 052    | arto 1             |
| D.5.03-94-JU5 | arto 1             |

### Comentario

*Carlos Alberto Mispirreta Gálvez*

#### I. Imposibilidad de inscribir la fundación

En la legislación comparada se han admitido tres posibilidades para reconocer personería jurídica a la fundación: i) por su mera existencia (sistema de libre constitución); ii) por el cumplimiento de determinados requisitos legales, así como la inscripción en un registro (sistema normativo); o, iii) por concesión (BADENES GASSET).

Teniendo en cuenta este esquema, en nuestro ordenamiento se ha recogido el sistema normativo, según el cual la fundación recién será considerada como persona jurídica desde el momento en que se produce su inscripción en el registro público. Será en ese instante en que se regularice la situación de la organización de personas, que administran el patrimonio que el fundador destinó a un determinado fin altruista. Antes de ello son solo organizaciones que no pasan de esta categoría a la de persona (ALBALADEJO).

Como se ha dicho anteriormente (*vid. supra* comentario al artículo 127 del Código Civil), ha sido intención del legislador que aquellas personas que se encuentren legitimadas puedan solicitar la inscripción de la fundación en el registro de personas jurídicas; es decir, se ha manifestado una clara voluntad de que la falta de formalización registral sea una etapa transitoria muy breve. Ello debido a que las fundaciones coadyuvan a la consecución de las finalidades que persigue el Estado, mediante la satisfacción de necesidades que se manifiestan en la colectividad.

El artículo 129 del Código Civil ha previsto el momento patológico en caso de que no se pueda organizar adecuadamente la fundación, esto es, cuando no se cumpla con la inscripción registral y por ello no se puedan conseguir de manera eficiente los objetivos que persiguió el fundador. En efecto, la norma en comentario es de aplicación únicamente cuando, por alguna razón, no se ha logrado formalizar la inscripción y se deba decidir cuál será el destino de los bienes que afectaron los fundadores para una finalidad altruista.

Cuando el artículo 129 del Código Civil hace referencia a que "no sea posible la inscripción", debe entenderse que esta dificultad para la formalización de la organización debe ser de carácter permanente; vale decir, que no tenga un límite temporal determinado o determinable. Si por el contrario, la imposibilidad resulta momentánea o circunstancial, no podrán afectarse los bienes de la fundación según lo previsto en la norma materia de comentario.

Ahora bien, vale la pena apuntar que en la práctica registral no se han presentado casos que impliquen la aplicación de la norma en estudio. Sin embargo, se nos ocurre que un ejemplo de imposibilidad de inscripción de la fundación podría ser cuando, posteriormente a la constitución, se produzca la dación de una norma que prohíba la constitución de cierto tipo de fundaciones, por lo que el patrimonio tendría que ser destinado a una organización que realice actividades similares y que se encuentre, de preferencia, en el mismo distrito judicial. Otro ejemplo podría ser la decisión de inscribir una "fundación familiar"; vale decir, que beneficie a un grupo que mantiene vínculos de consanguinidad o afinidad, la cual podía ser constituida por la amplitud del artículo 64 del Código Civil de 1936, posibilidad que ha sido tácitamente excluida de nuestro ordenamiento civil vigente..

. . . . .

## **2. Afectación de los bienes de la fundación no inscrita**

Como se sabe, en tanto la fundación no esté inscrita puede realizar actividades empresariales a fin de obtener ingresos para la consecución de sus fines. En ese orden de ideas, la organización de personas no-inscritas, en tanto sujetos de derecho autónomo, puede adquirir bienes diferentes a los que ha transferido el fundador inicialmente. Teniendo en cuenta ello, debemos señalar que la afectación que decide la Corte Superior en virtud del comentado artículo 129 del Código Civil, se refiere a la totalidad de los bienes que integran la esfera patrimonial de la fundación y no exclusivamente a los que transfirió el fundador, ya que todos ellos están destinados a la consecución de la finalidad fundacional.

Una vez que se produce la imposibilidad a la que alude el precepto en estudio, las personas que se encuentren legitimadas podrán recurrir a la Corte Superior del distrito donde se encuentra la sede de la organización no inscrita, a efectos de que ésta decida cuál será el destino final del patrimonio de la misma, adoptando una de las siguientes decisiones:

### **a) A fundaciones con fines análogos**

Este supuesto implica que los bienes que forman parte del patrimonio de la fundación no inscrita, se trasladen a otras fundaciones que cuentan con personería jurídica

y que tengan finalidades idénticas o similares a las que se previeron para la primera. En ese sentido, entendemos que el demandante podría sugerir alguna fundación que capte los bienes transferidos, o, en todo caso, la Sala Superior tendría que officiar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones o a los Registros Públicos, a fin de que les informen cuáles son las fundaciones inscritas que se dedican a la misma actividad que la que no cumplió con dicha formalidad.

Es necesario apuntar que esta posibilidad se ha recogido legislativamente, al igual que la facultad otorgada al fundador para destinar un patrimonio a un fin filantrópico, por dos motivos esenciales: el primero, tomando en cuenta el punto de vista liberal, por el respeto a la manifestación unilateral de voluntad del fundador, respecto a la finalidad para la que se afectaron los bienes; en tanto que el segundo, responde al interés social que implica la continuidad de las actividades a las que se destinó dicho patrimonio (FERNÁNDEZ SESSAREGO y DE CASTRO Y BRAVO).

b) A otra fundación del mismo distrito judicial (de preferencia)

Esta posibilidad es subsidiaria, pues en caso de que no existan otras fundaciones

cuya finalidad sea idéntica o similar a la de cuya inscripción ha resultado imposible, el Poder Judicial deberá optar por transferir los bienes que integran el patrimonio afectado a una fundación que tenga fines distintos y que, de ser el caso, se ubique en el mismo distrito judicial que el de la propia fundación no inscrita. Para ello, pensamos que se deberían aplicar los mismos mecanismos que en el supuesto anterior.

Debemos mencionar que los motivos por los que el legislador habría optado, como segunda alternativa, por la transferencia patrimonial a otras fundaciones de la misma jurisdicción, obedecen, en primer plano, a las razones expuestas en el literal "A", y en menor medida, al hecho de que el fundador haya decidido destinar un patrimonio al desarrollo de cierta comunidad, por lo que se reivindica la voluntad del fundador y se privilegia, en especial, el apoyo a un determinado grupo de individuos.

Por último, consideramos pertinente señalar que los distritos judiciales no necesariamente guardan identidad respecto a los distritos municipales, pues los primeros comprenden el espacio en el cual resulta competente determinado órgano jurisdiccional, mientras que los segundos están formados por la demarcación territorial realizada con fines de carácter administrativo.

### **3. Personas leítimadas para solicitar la afectación de bienes**

Siguiendo la línea protecciónista que ha manifestado el legislador al regular a las fundaciones no inscritas, el artículo 129 del Código Civil ha dispuesto que las personas legitimadas para solicitar que se transfiera el patrimonio de la fundación no inscrita a una organización que haya cumplido con esta formalidad, son el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, el Ministerio Público o quien tenga legítimo interés.

Así, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, tal como lo establece el numeral<sup>7</sup> del artículo 104 del Código Civil, concordante con el artículo 1 del Reglamento del citado organismo, Decreto Supremo W 03-94-JUS, es el encargado de vigilar que los bienes y rentas que han sido afectados por el fundador a un fin de interés social sean empleados de manera adecuada.

y que tengan finalidades idénticas o similares a las que se previeron para la primera. En ese sentido, entendemos que el demandante podría sugerir alguna fundación que capte los bienes transferidos, o, en todo caso, la Sala Superior tendría que officiar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones o a los Registros Públicos, a fin de que les informen cuáles son las fundaciones inscritas que se dedican a la misma actividad que la que no cumplió con dicha formalidad.

Es necesario apuntar que esta posibilidad se ha recogido legislativamente, al igual que la facultad otorgada al fundador para destinar un patrimonio a un fin filantrópico, por dos motivos esenciales: el primero, tomando en cuenta el punto de vista liberal

por el respeto a la manifestación unilateral de voluntad del fundador, respecto a la finalidad para la que se afectaron los bienes; en tanto que el segundo, responde al interés social que implica la continuidad de las actividades a las que se destinó dicho patrimonio (FERNÁNDEZ SESSAREGO y DE CASTRO Y BRAVO).

b) A otra fundación del mismo distrito judicial (de preferencia)

Esta posibilidad es subsidiaria, pues en caso de que no existan otras fundaciones cuya finalidad sea idéntica o similar a la de cuya inscripción ha resultado imposible, el Poder Judicial deberá optar por transferir los bienes que integran el patrimonio afectado a una fundación que tenga fines distintos y que, de ser el caso, se ubique en el mismo distrito judicial que el de la propia fundación no inscrita. Para ello, pensamos que se deberían aplicar los mismos mecanismos que en el supuesto anterior.

Debemos mencionar que los motivos por los que el legislador habría optado, como segunda alternativa, por la transferencia patrimonial a otras fundaciones de la misma jurisdicción, obedecen, en primer plano, a las razones expuestas en el literal "A", y en menor medida, al hecho de que el fundador haya decidido destinar un patrimonio al desarrollo de cierta comunidad, por lo que se reivindica la voluntad del fundador y se privilegia, en especial, el apoyo a un determinado grupo de individuos.

Por último, consideramos pertinente señalar que los distritos judiciales no necesariamente guardan identidad respecto a los distritos municipales, pues los primeros comprenden el espacio en el cual resulta competente determinado órgano jurisdiccional, mientras que los segundos están formados por la demarcación territorial realizada con fines de carácter administrativo.

3. Personas legitimadas para solicitar la afectación de bienes

Siguiendo la línea protecciónista que ha manifestado el legislador al regular a las fundaciones no inscritas, el artículo 129 del Código Civil ha dispuesto que las personas legitimadas para solicitar que se transfiera el patrimonio de la fundación no inscrita a una organización que haya cumplido con esta formalidad, son el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, el Ministerio Público o quien tenga legítimo interés.

Así, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, tal como lo establece el numeral 7º del artículo 104 del Código Civil, concordante con el artículo 1 del Reglamento del citado organismo, Decreto Supremo N° 03-94-JUS, es el encargado de vigilar que los bienes y rentas que han sido afectados por el fundador a un fin de interés social sean empleados de manera adecuada.

Por su parte, el Ministerio Público es la institución gubernamental encargada de velar por el respeto al orden público; es decir, cuidar que se respete y proteja el interés general, tutelado a través de normas de carácter imperativo que rigen la vida de los individuos dentro de la sociedad. Así, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo W 052, es categórico al disponer que dicha entidad es la encargada de defender los intereses públicos.

Finalmente, aquel tercero que manifieste algún interés en que se lleve a cabo la transferencia del patrimonio afectado a los fines fundacionales, es precisamente porque cuenta con alguna prerrogativa que importa la posibilidad de solicitar judicialmente que se produzca la mencionada transferencia patrimonial. Al respecto, es necesario precisar que el legítimo interés al que se alude es de índole material y no procesal, entendiéndolo como la situación de expectativa en la que se encuentra un individuo a fin de que otro realice o no determinada conducta. Así, se ha sintetizado esta idea señalando que se trata de una "situación jurídica de ventaja inactiva" (ESPI

NOZA ESPINOZA).

Sin embargo, reiteramos que, dentro de la lógica del legislador, la conveniencia de que se realicen actividades de carácter altruista y solidario es de toda la colectividad y no solo de algunos particulares, motivo por el cual, cualquier tercero que no reúna las características que lo califiquen como alguien que cuenta con "legítimo interés", podría poner en conocimiento de cualquiera de las dos entidades públicas que han sido anteriormente mencionadas, la imposibilidad de que una fundación pueda inscribirse en los registros públicos, a efectos de que sean ellas las que accedan al Poder Judicial y se ordene la transferencia del patrimonio afectado.

## DOCTRINA

ALBALADEJO. *Compendio de Derecho Civil*. Décima edición. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997; BADENES GASSET. *Las Fundaciones de Derecho Privado*. Tomo 1. Tercera edición. Librería Bosch. Barcelona, 1986; DE CASTRO Y BRAVO. *La Persona Jurídica*. Civitas. Madrid, 1984; ESPINOZA ESPINOZA. *Naturaleza Jurídica del Legítimo Interés. Hacia el rescate de su autonomía conceptual*, en *Revista Jurídica del Perú*. Año LI. W 18. enero 1999-enero 2001; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas*. Octava edición. Grijley. Lima, 2001.

## **REGULACIÓN Y REPRESENTACIÓN DEL COMITÉ DE HECHO**

*El comité que no se haya constituido mediante instrumento inscrito se rige por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, en lo que sean pertinentes.*

*El comité puede comparecer en juicio representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.*

### **CONCORDANCIAS:**

|        |                        |
|--------|------------------------|
| C.     | <i>arto 2 jnc. 13)</i> |
| C.C.   | <i>arts. 111 a/123</i> |
| C.P.C. | <i>arto 18</i>         |

*Comentario*

*Patricia Taya Ruttí*

### **1. Premisa**

Tal como lo señala la codificación, el comité es la agrupación de sujetos para fines altruistas, es común la formación de los mismos sin el cumplimiento de la inscripción en el registro correspondiente; en tal sentido, es necesario determinar las implicancias jurídicas de esta situación.

### **2. Personalidad y subjetividad jurídica**

El tema del sujeto de derecho nos conduce a tener en claro los términos de personalidad, subjetividad y capacidad jurídica.

Muchos autores consideran intrascendente la distinción de dichos términos (RESCIGNO) y no se les resta razón ya que en los casos de la persona física y de la jurídica aquellos son concurrentes; caso distinto es el del concebido y de los entes no personalizados que no cuentan con un hecho individualizador -nacimiento e inscripción, respectivamente- pero cuentan con subjetividad en tanto que el ordenamiento les reconoce la capacidad para actuar en determinados actos: para todo cuanto le favorece al concebido y según las finalidades por las que fueron creados los entes no reconocidos.

**La personalidad jurídica** es una creación legislativa que se manifiesta en el reconocimiento del ordenamiento (BRUNETTI), o mediante la ley que las constituye en el caso de las personas jurídicas de carácter público.

En tanto que la **subjetividad jurídica**, es la atribución de **capacidad jurídica** a un sujeto (FERNÁNDEZ SESSAREGO) es decir, la idoneidad para ser titular de relaciones jurídicas, la misma al originarse en el ordenamiento jurídico, puede ser regulada por éste según la clase de sujeto de derecho que se regule; es así que se regulan las incapacidades, pero nunca la negación completa de la capacidad a los sujetos (razón de la distinción entre la capacidad de ejercicio y de goce).

Luego, se entendería una necesaria concurrencia en los sujetos de derecho de personalidad y subjetividad; sin embargo, como lo tenemos señalado, esto no es así, el concebido y los entes no personalizados cuentan con subjetividad mas no con personalidad jurídica y son sujetos de derecho, más aún cuando se les reconoce la capacidad para comparecer en juicio representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces, en el caso del comité no inscrito por ejemplo; la representación: el mecanismo por el cual un sujeto de derecho otorga facultades a otro sujeto para que éste actúe en nombre e interés del primero (DÍEZ-PICAZO); en tal sentido, un sujeto no puede representarse a sí mismo sino a otro sujeto de derecho cierto y real.

### **3. La inscripción: imero requisito formal**

Nuestro sistema considera, para el caso de las personas jurídicas privadas, a la inscripción en el Registro correspondiente como hecho iniciador de personalidad, en el sentido de que se distingue a aquellas de los sujetos que lo integran; para el caso de las personas jurídicas de carácter público, la ley de su creación será la que determine el inicio de su personalidad. Esta distinción o individualización se manifestará tanto en la gestión como en la administración del patrimonio de la persona jurídica, así como en la insensibilidad del patrimonio de éste frente a las deudas personales de sus miembros.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que los entes colectivos no se encuentren individualizados, como el comité no inscrito, no dejando de ser por ello sujeto de derecho; además cuentan con los mismos elementos de las personas jurídicas: pluralidad de sujetos, así como un patrimonio y una finalidad (RESCIGNO).

Esta situación de los entes no inscritos, y para nuestro caso del comité no inscrito, vendría pues a ser considerada una situación un tanto "irregular" ya que lo optimo es

encontramos con un sujeto individual izado, que cumpla con los requisitos legales; sin embargo, el ordenamiento no ha querido dejar desamparadas estas agrupaciones. Las dificultades se verán por ejemplo en la imposibilidad de inscripción de determinados actos en los que los entes no inscritos son parte, como por ejemplo las donaciones de inmuebles (ESPINOZA).

Mayores aún resultan las implicancias patrimoniales de encontramos frente a un ente no inscrito como es el determinar su autonomía y su responsabilidad patrimonial.

#### **4. Autonomía Y responsabilidad patrimonial del comité no inscrito**

La autonomía patrimonial es la situación de independencia con la que cuenta un patrimonio frente a otro u otros patrimonios, se encuentra directamente vinculada con la condición legal del sujeto de derecho titular del mismo; en tanto que la responsabilidad patrimonial es la consecuencia de la función de garantía que cumple el patrimonio frente a las obligaciones patrimoniales de su titular.

En primer lugar, la **autonomía patrimonial perfecta** se presenta cuando el titular de dicho patrimonio cuenta con el reconocimiento de personalidad, como el caso de la persona jurídica de derecho privado (artículo 78 del Código Civil) inscrita en el registro correspondiente, y además el patrimonio de la misma es totalmente insensible frente a las deudas personales de quienes la conforman; así como los patrimonios personales lo son frente a las deudas de la persona jurídica. Así por ejemplo, la sociedad es la que responde con su propio patrimonio y no existen interferencias con el patrimonio personal de los socios (BRUNETTI).

En segundo lugar, la **autonomía patrimonial imperfecta** es cuando, aun cumplida la inscripción en el registro correspondiente, el patrimonio personal de los socios puede responder por las deudas de la persona jurídica. Tal es el caso de la sociedad colectiva (artículo 265 de la Ley General de Sociedades) donde el patrimonio de los socios -a excepción de que se encuentren bajo el beneficio de exclusión- puede responder en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, pero eso sí no se produce la reciprocidad, es decir, el patrimonio social nunca responde por las deudas personales de los socios. Por ello, en el caso de la sociedad colectiva se considera que el patrimonio pertenece a los socios reunidos, destinado a los fines de la sociedad (FERRARA); incluso es considerada como forma asociativa intermedia entre la persona jurídica y la comunidad, por lo que el término de autonomía imperfecta es la idónea (MESSINEO).

Finalmente, la **autonomía patrimonial imperfectísima** (ARIANO, TAYA), cuando un ente colectivo, contando con subjetividad jurídica, responde por sus obligaciones no solo con su patrimonio sino con el patrimonio personal de quienes lo integran, incluso es posible que el patrimonio personal de uno de los integrantes pueda responder por las obligaciones de otro integrante; es decir se presenta una falta total de insensibilidad entre los patrimonios que lo integran, ya que además el patrimonio del ente colectivo puede responder por obligaciones personales de quienes lo integran. Tal es el caso de la sociedad conyugal bajo el régimen patrimonial de gananciales, en

donde no solo el patrimonio personal de cada cónyuge responderá a prorrata por las deudas sociales (artículo 317 del Código Civil), similar a la sociedad colectiva, sino además está la posibilidad de que el patrimonio de uno de los cónyuges responda por las deudas personales del otro, siempre y cuando se demuestre que dichas obligaciones hayan sido celebradas a favor de la familia (artículo 308 del Código Civil) y, más aún, el patrimonio de la sociedad conyugal puede responder por deudas de carácter personal, como es el caso de los alimentos a que esté obligado uno de los cónyuges (artículo 316 inc.2 del Código Civil)

Luego, la autonomía patrimonial del comité no inscrito es imperfecta en tanto que, al no contar con el acto de la inscripción-individualización, cabe la posibilidad de que los miembros respondan solidariamente, con sus patrimonios personales, por las deudas que asuman bajo la gestión del comité. Sin embargo, en ningún momento el patrimonio de éste responderá por las obligaciones personales de sus miembros, es más, éstos no pueden disponer del patrimonio del comité ya que es a éste a quien pertenece y está afecto a la finalidad por la que se constituyó, así el fondo común es totalmente insensible a las obligaciones personales de los miembros.

## 5. Conclusiones

El comité no inscrito es sujeto de derecho en tanto que, aunque no cumple con el acto iniciador de la personalidad: la inscripción, sí cuenta con subjetividad jurídica para la celebración eficaz de actos jurídicos.

La inscripción en el registro correspondiente es el hecho iniciador de la personalidad jurídica; como lo es la ley al originar a las personas jurídicas de Derecho público. El incumplimiento de dicho acto no modifica necesariamente la categoría de sujeto de derecho, en todo caso se manifiesta en las dificultades para la inscripción de actos en los que sea parte el comité no inscrito y, principalmente, en la determinación de su autonomía y responsabilidad patrimonial.

El comité no inscrito cuenta con autonomía patrimonial imperfecta ya que, al no contar con personalidad, es una pluralidad de sujetos con subjetividad jurídica para actuar, en donde la responsabilidad por sus actos recaerá en los miembros que actúan en nombre del comité no inscrito, quienes responden solidariamente por las obligaciones de éste.

## DOCTRINA

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Décima edición. Editorial y distribuidora de Libros S.A. 1987. BONELLI, Gustavo. *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, en: *Rivista di diritto commerciale*. Parte 1. 1920; BRECCIA, Umberto y OTROS. *Derecho Civil, normas, sujetos y relación jurídica*. Tomo 1. Volumen 1. Traducción Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia. 1990; BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Parte general. Traducción de Felipe de Solá Cañizares. Uteha. Buenos Aires, Argentina; DE COSSÍO y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Civitas. Madrid, 1988; DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*. 2<sup>a</sup> edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1999. DÍEZ-PICAO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema*

*de Derecho Civil.* Volumen 1. Séptima edición. Tecnos SA 1995; DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado.* Civitas SA 1992; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas;* 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. 2001; FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas.* Traducido de la 2<sup>a</sup> edición italiana revisada por Eduardo Ovejero y Maury. Reus. Madrid, España; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. *El patrimonio.* Editorial Jurídica de Chile. 1991; LARENZ, Karl. *Derecho Civil, parte general;* traducción Miguel Izquierdo. Revista de derecho privado. 1978; MAZEAUD, Henri; LEÓN, Jean. *Lecciones de Derecho Civil.* Primera parte. Vol. 11. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires; 1959; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomo 11. Doctrinas generales. 1954; PLANOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés.* Tomo 111 los bienes. Traducción Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone; Cultural SA La Habana; 1940; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil.* Tomo 111. Volumen 11. 3<sup>a</sup> edición. Bosch. Barcelona, España; 1979. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano.* Ottava edizione. Casa editrice dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1988; RUBISTEIN, Jorge. *Personalidad de las sociedades civiles y comerciales.* Ministerio de Educación Universidad Nacional de Eva Perón, Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales. 1954. DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil.* 1945; TAYA RUTTI, Patricia. *La subjetividad jurídica de la sociedad conyugal: perfiles sustanciales y procesales.* Tesis sustentada para la obtención del título de abogado. UNMSM. 2002.

## RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ORGANIZADORES

*Quienes aparezcan como organizadores del comité y quienes asuman la gestión de los aportes recaudados, son responsables solidariamente de su conservación, de su aplicación a la finalidad anunciada y de las obligaciones contraídas.*

CONCORDANCIA:  
C.C. art.93, 118 Y 128

### Comentario

*Juan José Martínez*

Este artículo sintetiza las diversas relaciones, que en el contexto del comité, se pueden presentar (MESSINEO, FERNÁNDEZ SESSAREGO):

- (i) Relación entre los acreedores del comité no inscrito y los organizadores y administradores del comité.
- (ii) Relación entre los erogantes (obladores o aportantes) y los organizadores y administradores del comité.
- (iii) Relación entre los destinatarios (beneficiarios) de los aportes y los organizadores y administradores del comité.

En el primer caso debemos considerar que si bien el comité no inscrito es un sujeto de derecho, no goza de autonomía patrimonial perfecta (característica propia de las personas jurídicas, artículo 78 del Código Civil). En este caso, no se constituyen esferas jurídicas totalmente diferenciadas, como sucedería en el caso de estar ante una entidad con personalidad jurídica. En este sentido, si bien el comité no inscrito debe responder por las obligaciones contraídas en su nombre, también deben hacerlo (responder por obligaciones frente a los acreedores) quienes actúen como organizadores del comité y los que asuman la gestión de los aportes recaudados.

En el segundo caso, se genera una relación entre erogantes (obladores, donantes o aportantes) y los organizadores del comité y los administradores de los aportes recaudados; debido a que los primeros (erogantes) realizan dichos aportes en vista de la finalidad perseguida por el comité (altruista) y del compromiso asumido por el comité en tal sentido. En este contexto, se considera que el comité, sus organizadores y administradores asumen deberes fiduciarios frente a los erogantes, de modo tal que se tienda al cumplimiento de los fines declarados por el comité (MESSINEO). La infracción a estos deberes fiduciarios genera responsabilidad.

En el tercer caso, puede suceder que los beneficiarios del comité sean una persona o personas determinadas, un conjunto indeterminado (pero determinable) o una colectividad de sujetos (no individualizables). Frente a ellos también sería exigible responsabilidad de los organizadores y administradores del comité. Alguna doctrina señala que dicha responsabilidad podrá hacerse efectiva en los dos primeros casos, de acuerdo a los criterios establecidos para la gestión de negocios (artículo 1953 del Código Civil). En el caso de que el beneficiario sea una colectividad, se considera que por analogía deberían aplicarse las reglas de la donación (MESSINEO).

## DOCTRINA

MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3~ edición. Ed. Huallaga. Lima 2001.

## DISOLUCIÓN Y RENDICIÓN JUDICIAL DE CUENTAS

*Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se hubiera podido alcanzar, el Ministerio Público solicita de oficio o a instancia de parte, la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas, proponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos.*

CONCORDANCIA:

C.C.                  arts. 105, 106, 110, 121 Y  
122

Comentario

Juan José Martínez

Dado que el comité recauda fondos del público y generalmente los destina a un grupo más o menos amplio de personas, es poco probable que los erogantes (obladores, aportantes) o los beneficiarios de los mismos exijan judicialmente la responsabilidad o la rendición de cuentas que correspondería, dado que ello les resultaría oneroso y beneficiaría a un grupo mayor de personas (todos los erogantes o todos los beneficiarios) que, sin gasto alguno, también se beneficiarían de la acción de un erogante o de un beneficiario singular (PROBLEMA DE ACCIÓN COLECTIVA)(').

Ante esa situación, el Estado ha establecido mecanismos específicos para hacer efectivos los deberes, obligaciones y responsabilidades que corresponden a los organizadores y administradores de un comité, asignando al Ministerio Público, como representante de la sociedad, la función de solicitar la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas.

### DOCTRINA

MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima 2001.

(') El análisis económico del derecho aplicado a organizaciones ha estudiado este tema. Dado que todos los involucrados (erogantes, por ejemplo) podrían beneficiarse de la acción tomada por uno de ellos (proceso judicial, por ejemplo), se produce la paradoja de que ninguno de ellos quiera tomar la iniciativa, dados los costos en que tendría que incurrir personalmente y la imposibilidad de excluir de los beneficios obtenidos, a los sujetos que se mantuvieron pasivos (los demás erogantes).  
~ 1

## SUPERVISIÓN DE APORTES POR EL MINISTERIO PÚBLICO

*El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados se conserven debidamente y se apliquen a la finalidad anunciada.*

### CONCORDANCIAS:

C. *arto 159*  
C.C. *arto 119*

### Comentario

*Juan José Martínez*

Como señalamos en el comentario del artículo anterior, en el comité los organizadores y administradores deben actuar considerando el interés o el beneficio de terceras personas (erogantes o beneficiarios), que no intervienen en la administración de los fondos obtenidos. Sin embargo, dado el número de personas involucradas, su difusión, el quantum individual de los montos aportados, el beneficio que le reportaría su accionar; ninguna de estas personas cuenta con un incentivo para actuar *ex ante*, supervisando las acciones de los organizadores y administradores y el destino dado a los aportes o, *ex post*, exigiendo judicialmente que se hagan efectivas las responsabilidades previstas en el Código Civil. Ante ello, el Estado ha designado al Ministerio Público para que supervise y vigile la conservación y el destino de los fondos obtenidos. De esta manera se pretende asegurar una óptima asignación de dichos fondos y el cumplimiento de los deberes y obligaciones a cargo de los organizadores y administradores del comité.

Sin embargo la selección del Ministerio Público para el ejercicio de estas funciones es discutible y correspondería evaluar el impacto social y el funcionamiento real que han tenido estas normas.

### DOCTRINA

MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima 2001.

## Sección Cuarta

### COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

#### DEFINICIÓN Y FINES *s.y*

*Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.*

*Están reguladas por legislación especial.*

#### CONCORDANCIAS:

C.

*arto 89*

C.C.

*arts. 76 a/79*

#### Comentario

*Javier de Belaunde López de Romaña*

Las comunidades campesinas y nativas son personas jurídicas sujetas a un régimen especial debido a su particular naturaleza. Su reconocimiento surge por la constatación en la realidad de la existencia de organizaciones de personas naturales alrededor de un patrimonio, el cual explotan para su beneficio. El Código, ante esta particular realidad, y siguiendo al Código de 1936 y la Constitución de 1979 -y antes a la de 1933-, reconoce la existencia de estas comunidades campesinas y nativas y les

reconoce personalidad jurídica. Esta tendencia es seguida por la Constitución de 1993, la que en su artículo 89 establece que las comunidades campesinas y las nativas son personas jurídicas.

En el artículo 134 del Código se dice que las comunidades responden a un interés público, lo cual no es del todo correcto. Si bien puede estimarse de interés público la existencia de comunidades, ya sea campesinas o nativas, pues son una forma tradicional en que se ha organizado un importante sector de la población andina, el actuar de éstas no está en función del interés público sino del de sus integrantes. En este sentido, el artículo es claro al señalar que el fin de las comunidades es el mejor aprovechamiento de su patrimonio para el beneficio general y equitativo de los comuneros. De esto puede extraerse que a diferencia de la fundación, en la cual el fin debía ser uno de interés social, las comunidades tienen como fin el beneficio de sus miembros.

Este beneficio, de acuerdo al artículo bajo comentario, debe ser general y equitativo. Al parecer con esto se trataría de decir que debe beneficiarse a todos los comuneros por igual, aunque también podría decirse que se busca beneficiar a cada cual en la medida de lo que se merezca, pues es ése el significado del término equidad. De este modo los beneficios deberían alcanzar a todos, aunque su cuantía se determinaría sobre la base del merecimiento, lo que podría darse por criterios tales como la participación en el trabajo comunal o la carga familiar.

Según el artículo, el fin de las comunidades campesinas tiene un carácter especial, pues busca el desarrollo integral de los comuneros. Al parecer la intención sería el establecer una norma programática que guíe los fines de la comunidad hacia un desarrollo de la misma.

Una característica especial de las comunidades campesinas y nativas es que solo pueden estar integradas por personas naturales. Así, la ley limita la posibilidad de ser miembro de esta persona jurídica al requisito de ser persona natural, lo que resulta lógico por su forma de organizarse.

El segundo párrafo del artículo señala que las comunidades campesinas y nativas se encuentran reguladas por legislación especial, lo que podría significar dos cosas, a saber, que las disposiciones del Código son supletorias a lo establecido en las normas especiales o que el Código disciplina el marco general bajo el cual se rigen estas personas jurídicas y las leyes especiales desarrollan aspectos específicos, pero sin oponerse a lo establecido en el Código. Esto resulta importante pues de optarse por la primera opción se tendrá que toda norma referente a las comunidades anterior a la promulgación del Código seguirá vigente aun cuando se oponga a disposiciones de éste. En cambio, si se elige la segunda opción, toda ley anterior al Código que se oponga a éste habrá quedado derogada con su entrada en vigencia y toda norma posterior habrá de tener rango de ley para poder establecer un régimen distinto. Estimamos que es la segunda opción la interpretación correcta.

**DOCTRINA**

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *La comunidad campesina en el Código civil*, en *Personas Jurídicas (Materiales de enseñanza)*. PUCP. 2000; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 39 edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## EXISTENCIA LEGAL

*Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.*

### CONCORDANCIAS:

|                   |                             |
|-------------------|-----------------------------|
| C.                | art. 89                     |
| C.C.              | arts. 77, 2024 (nº 5), 2026 |
| C.P.C.            | arts. 17, 18                |
| LEY 24656         | arts. 1 y ss.               |
| D.L. 22175 art. 7 |                             |
| D.S. 003-79-AA    | arts. 1 y ss.               |

*Comentario*

*Francisco Echegaray Gómez de la Torre*

Las comunidades campesinas y nativas son definidas por el Código Civil como organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales, cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral y que están reguladas por una legislación especial (artículo 134).

Siendo necesario reconocer que la comunidad es una realidad cultural, económica y social característica, la definición que hace de ella el Código Civil le asigna un carácter tradicional, lo que imposibilita la recreación y difusión de esta forma organizativa propia del derecho andino (BASADRE); las califica como organizaciones de interés público y señala que persiguen la promoción de su desarrollo integral. El calificativo de organización de interés público crea, a decir de GUILLERMO FIGALLO, "un nuevo género de personas jurídicas que desconoce su propia división dicotómica de las personas jurídicas en personas de Derecho privado y de Derecho público".

El mismo GUILLERMO FIGALLO afirma que la concepción de comunidad que contiene el Código Civil no es otra cosa que un rezago de la doctrina dominante durante la vigencia de la Constitución de 1933 basada en el *ius imperium* como criterio de distinción entre personas de Derecho público y sostiene que las personas jurídicas de Derecho público son aquellas que gozan de poder sobre terceros para imponerles normas de conducta y que las comunidades "no tienen poder de voluntad imperante".

A partir de la Constitución de 1933 se reconoce a las comunidades existencia legal y personería jurídica, concediéndoseles por su calidad de personas jurídicas (Constitución de 1933, artículo 207). Esta orientación se mantuvo en la Constitución de 1979 la que, según comentario de RUBIO y BERNALES, otorga a las comunidades nativas y campesinas "existencia legal y personería jurídica", repitiendo los alcances del artículo 207 de la Constitución de 1933.

La actual Constitución Política mantiene vigente el reconocimiento per se de la existencia legal y personería jurídica de las comunidades (Constitución de 1993, artículo 89) y, tal como afirma ENRIQUE BERNALES, cuando se habla de comunidades campesinas y nativas, se trata de un concepto que incluye contenidos sociales, culturales, económicos, territoriales y jurídicos y estos últimos, en su caso, no son otra cosa que el reconocimiento de una realidad humana integral existente y el Derecho se inclina ante una realidad que no puede desconocer.

Frente al texto del artículo 135 del Código Civil cabe la pregunta ¿la comunidad adquiere la personería una vez inscrita o ya la tiene desde antes y no necesita inscripción para ejercitárla? Y la respuesta que da a la misma Javier DE BELAUNDE es contundente: "...el artículo 135 tiene una gruesa violación constitucional ¿por qué razón? Para su existencia legal -dice el artículo- se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial. Una comunidad campesina que no se haya inscrito en el Registro de Comunidades de los Registros Públicos y que no haya sido reconocida oficialmente no tiene existencia legal, lo cual a mi modo de ver contraría no solamente el texto y el espíritu de la Constitución vigente, sino una tradición constitucional instaurada desde el año 20, que daba existencia legal a las comunidades campesinas por la sola comprobación de su existencia".

La inscripción de una comunidad en el registro pertinente no es ni puede ser un acto constitutivo sino, simplemente, uno administrativo-declarativo y la formalidad registral no constituye un requisito para su validez.

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes y la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley NQ 24656) les reconoce existencia legal y personería jurídica y, para el caso de las comunidades nativas, el artículo 7 del Decreto Ley NQ 22175 también consagra su existencia legal por el solo hecho de su existencia.

Existe pues una contradicción entre el Código Civil y la Constitución Política y se puede sostener que el artículo 135 del Código Civil es inconstitucional y ha sido tácitamente derogado por la Constitución de 1993.

## DOCTRINA

BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho peruano*. 11 edición. Ed. San Marcos. Lima, 1997; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993-Análisis comparado*. Constitución y Sociedad ICS Editores. Segunda edición. Lima, 1996; FIGALLO ADRANZÉN, Guillermo. *Derecho Agrario peruano*. Gráfica Horizonte S.A. Lima; FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. *Origen y naturaleza jurídica de las comunidades campesinas del Perú. Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho*. Universidad San Martín de Porres. Lima, 1995; RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. *Perú, Constitución y sociedad política*. DESCO, Lima, 1981; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. *La comunidad campesina en el Código Civil, en Personas Jurídicas (materiales de enseñanza)*. PUCP, Centro Federado de Derecho 96-1; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial NQ 12*. Lima, septiembre 1998.

## TIERRAS DE LAS COMUNIDADES .

*Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú.*

*Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.*

### CONCORDANCIAS:

|            |                            |
|------------|----------------------------|
| C.         | <i>arts. 70, 88, 89</i>    |
| C.C.       | <i>arts. 134, 135, 139</i> |
| LEY24656   | <i>arto 7</i>              |
| LEY26505   | <i>arts. 3, 4, 10, 11</i>  |
| LEY26845   | <i>arts. 1, 5, 6, 7</i>    |
| D.L. 22175 | <i>arts. 10 a/13</i>       |

### Comentario

*Pedro Grández Castro*

Este artículo encarna en el Código Civil una postura que define la política estatal en torno a las comunidades campesinas y nativas y, en lo que se refiere de modo más preciso, al capital más valioso de la comunidad andina o selvática, como es la tierra. "El proceso de legalización es un campo fecundo e importante para analizar las cambiantes y diversas actitudes mantenidas por el Estado hacia las comunidades campesinas", según anota en una interesante investigación Germán NÚÑEZ (199111 ).

Tal vez haya sido esta dimensión del problema, la que haya sugerido a la Comisión Reformadora del Código de 1984, a que excluyera el tratamiento de este tema del texto inicial del Código. En este sentido el profesor Fernández Sessarego afirmaría que "la materia contenida en la Sección Cuarta del libro I del Código Civil, es tema propio de una disciplina jurídica autónoma". Por lo que según el ponente del libro I del Código Civil de 1984, corresponderían "al Derecho agrario regular las conductas humanas intersubjetivas que de algún modo se refieren a la tenencia y explotación de la tierra y a las múltiples relaciones jurídicas que de ellas se derivan" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1998-313).

No es sin embargo solo el tema de la tenencia y explotación de la tierra, el que intenta definir este artículo del Código Civil, introducido según confesión del profesor Fernández, por la Comisión Revisora del Código. En efecto, el tutelaje o la liberalidad con que el Estado ha actuado frente a las comunidades del ande o de la selva, no puede definirse solo en términos de tenencia y explotación de la tierra. Encierra un

problema mucho más profundo, que ha permitido que antropólogos, sociólogos y últimamente los economistas, hayan dedicado y sigan dedicando estudios de investigación sin agotar el tema, que puede verse desde diversas perspectivas. De estas perspectivas, tal vez la más mediatisada sea el enfoque jurídico, sobre todo si con él queremos significar una manera de ver la sociedad solo a partir de la ley. Pues sucede, sin embargo, que la lupa del Estado Republicano para ver los fenómenos sociales ha sido fundamentalmente la ley, y ello ha contribuido a que el derecho sea como ha escrito De Trazegnies, "un sufrimiento" que tiene que soportar quien posee otros valores distintos como ocurre en este caso con las comunidades (DE TRAZEGNIES, 1993).

De ahí que para comentar un artículo como el que nos ha sido asignado, no será suficiente hurgar en las "razones de la ley", como hacían los exégetas de siglos ya fallecidos. Por ello cuando el legislador ha puesto en el Código Civil que las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, resultará de interés averiguar qué razones llevaron a estos planteamientos y si estas razones se han mantenido a lo largo del tiempo o si, por el contrario, han asomado "nuevas razones" ante la vista siempre atenta a los cambios, por parte de nuestros legisladores.

### **1. Visión paternalista vs. tendencias liberales en el tratamiento legislativo de las comunidades**

Las comunidades no siempre han encontrado en el Derecho oficial tal protección como se ha visto, al menos de modo formal, en el siglo XX. En efecto, ya Bolívar había dictado al inicio de la República, un decreto que "otorgó a los indios el derecho de vender sus tierras a otras personas(...). La decisión de Bolívar implicaba la extinción legal de la organización comunal. Muchos hacendados aprovecharon esta situación para forzar a los indios a vender sus tierras", conforme anota Germán NÚÑEZ (1991-24)..

Sin embargo a inicios del siglo XX, como es conocido, el movimiento indigenista, unido a las primeras luchas obreras, generaron un cambio en la ideología de los legisladores. Así, la Constitución de 1920 pudo recoger una norma como la que se ha mantenido en las Constituciones que la sucedieron, como fueron las de 1933 y 1979. En las tres Constituciones con términos más o menos parecidos el Estado peruano estableció que las tierras de las comunidades eran inalienables, imprescriptibles e inembargables, tal como lo recogió el Código Civil de 1984 en el artículo que intentamos comentar.

La Constitución de 1979, sin embargo, tras debatir la conveniencia o no de mantener el carácter inalienable de las tierras comunales, tal como venía siendo regulada por la anterior Constitución, abrió una nueva posibilidad al establecer que la misma comunidad pueda afectar sus tierras e incluso transferirlas. El segundo párrafo del artículo 163 estableció en efecto que, "las tierras de las Comunidades nativas y campesinas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Salvo Ley fundada en el interés de la comunidad y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero". La iniciativa que conforme

anota Guillermo Figallo fue presentada por Javier Ortiz de Zevallos, terminó por establecer como regla general la inalienabilidad de las tierras comunales y, como excepción, podían ser enajenadas cumpliendo requisitos que el autor en mención los ordena de la siguiente manera:

a) que la enajenación fuera en "interés de la comunidad"; b)que la aprobación de la transferencia se adoptara por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de la comunidad; y c) que el acuerdo fuera ratificado por ley (FIGALLO ADRIANZÉN,1995-124).

Este cambio de perspectiva resulta de obligado análisis, pues la política estatal rompe así el criterio de forzamiento de las leyes que, sin entender la dinámica de las comunidades, intentaba inmovilizarlas en el tiempo. Esta aparente liberalidad, sin embargo, pronto se vio contrastada con la presencia todopoderosa del Estado en la vida de la comunidad. Así, para llevar a la práctica cualquier acuerdo de enajenación o transacción de la propiedad, debía acudirse al Parlamento en busca de la aprobación de una ley, situación que conforme a la constatación que hace el profesor Figallo nunca ocurrió a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1979 (FIGALLO ADRIANZEN, 125).

Sin embargo éstas son las excepciones a las que alude el Código Civil de 1984 cuando establece en el artículo bajo comentario, "que las tierras de las comunidades son inalienables... salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú". Una interpretación en sentido histórico tiene que dar este alcance a la norma, pues estamos ante un supuesto normativo que basa parte de su contenido en una Constitución, que si bien ya ha sido derogada, sin embargo, tiene en este artículo del Código Civil una presencia para efectos de una interpretación cabal y completa de la norma.

La Constitución de 1993 concluye a nuestro modo de ver este proceso de "retorno hacia la liberalidad" de las políticas estatales en torno a la propiedad de las comunidades nativas y campesinas, aun cuando esto deberá ser tomado con pinzas, pues una cosa es la protección con libertad, es decir dar seguridad a la comunidad para que sus decisiones internas, incluidas aquellas que tomen en consideración la propiedad de la tierra, puedan ser respetadas y avaladas, y otra muy distinta es aquel supuesto contenido hoy en la Constitución de 1993, que establece una liberalidad amenazante, donde por un lado se otorga autonomía y liberalidad a las comunidades para el "uso y la libre disposición de sus tierras... dentro del marco que la ley establece" (artículo 89); pero al mismo tiempo se aplica a las tierras de las comunidades campesinas y nativas la cláusula del abandono que es general para todo tipo de tierras y que está contenida en el artículo 88 que establece: "Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta".

Nótese cómo el texto constitucional se revela como un celoso guardián de las normas legales, es decir, las normas que luego se encargarán de desaparecer en la práctica cualquier resquicio del principio tutelar de las comunidades, conforme pasaremos a analizar en los puntos siguientes.

## **2. Las tierras de las comunidades nativas y campesinas ya no son inalienables**

Tal como anotamos al finalizar el punto anterior, es importante ver cómo la Constitución se "esfuerza" por dejar sentada su "vocación legislativa" en esta materia, por ello es bueno hacer un recuento de lo que ha pasado con el desarrollo legislativo respecto de las comunidades. Tal vez la primera norma que desarrolla los "nuevos planteamientos" contenidos en la Constitución de 1993, fue dada por el propio Congreso Constituyente antes de finalizar sus sesiones. En efecto, la ley NQ 26505, de 17.07.95; en su artículo tercero intenta una suerte de "interpretación" de los artículos 70 y 88 de la Constitución al establecer que las garantías establecidas en dichos

artículos (por si quedara duda), *"significa que por ningún motivo se podrá imponer limitaciones o restricciones a la propiedad de las tierras distintas a las establecidas en el texto de la presente ley"*.

Ello significa en buen romance *que* no existe prohibición para que las comunidades puedan enajenar sus tierras, las puedan afectar, o cederlas en uso. En esta línea el artículo 11 es preciso al establecer como único requisito para "disponer, gravar, arrendar o ejercer otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva" el "...acuerdo de la asamblea general con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad". De este modo, tal como afirma Laureano del Castillo al comentar esta norma, "el régimen de la propiedad agraria permite que en el Perú, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sea dueña de tierras agrarias y no hay ningún límite máximo a la extensión de tierras de un propietario, como tampoco hay límites mínimos a las transferencias" (DEL CASTILLO, 1997:63).

De este modo, el tema de la inalienabilidad de las tierras de las comunidades ha quedado pospuesto por la legislación que se ha dictado con posterioridad al Código Civil, y sobre todo a partir de la nueva regulación que sobre la materia hace la Constitución de 1993.

## **3. Son imprescriptibles las tierras de las comunidades nativas y campesinas**

El Convenio N° 169 de la OIT, relativo a los pueblos indígenas, aprobado por Resolución legislativa N° 26253, ratificado en enero de 1994 y que entró en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1995, establece en su artículo 17.3 una directiva para que los Estados firmantes "impidan que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de su miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos".

En este sentido, pareciera que el Código Civil al establecer que las tierras de las comunidades son imprescriptibles, estaría cumpliendo esta recomendación; sin embargo cuando analizamos la legislación sobre la materia, es fácil darse cuenta que la norma del Código Civil habría quedado sin efecto práctico. Si bien la ley General de Comunidades Campesinas (ley N° 24656) había reiterado el planteamiento del CÓ

digo Civil de 1984 al establecer en su artículo 7 que éstas son imprescriptibles; sin embargo tras la promulgación de la Constitución de 1993, y el desarrollo legislativo posterior, esta afirmación tajante ha quedado en suspenso.

En efecto, como se recuerda, ya el artículo 89 de la Constitución estableció como excepción la figura del abandono; pero quizá, lo que ha generado en la práctica los mismos efectos que los que se logran a través de la figura de la prescripción, son las normas que permiten la adjudicación a los poseedores de tierras que no siendo comuneros pueden acceder a la propiedad de las tierras comunales. Así ocurre por ejemplo, tratándose de tierras de las comunidades campesinas de la Costa, donde se ha establecido el acceso a la propiedad incluso por "comuneros no posesionarios o de terceros", exigiéndose como formalidad el "voto a favor de no menos del 50% de los miembros asistentes a la asamblea instalada con el quórum correspondiente" (Ley N° 26505, art.1º, inc. b).

De manera más radical y sin dejar duda sobre este particular, en el caso de las comunidades ubicadas en la costa del país, la Ley N° 26845 ha establecido la posibilidad de adquirir bajo una modalidad que si bien no está identificada como prescripción adquisitiva, es a nuestro modo de ver un típico caso de prescripción sin justo título, estableciéndose un periodo mucho menor al régimen del Código Civil, que pide cinco años cuando hay justo título; en el caso de las comunidades de la costa sin embargo, el artículo 7 de la ley en referencia establece que "para la adquisición en propiedad, de tierras de las comunidades campesinas de la costa, que ocupan terceros poseedores por un periodo no menor de dos años sin relación contractual, se requiere del voto favorable de no menos del 30% de los comuneros calificados de la comunidad, asistentes a la asamblea general". Éste es un supuesto de adjudicación por parte de la comunidad, y por lo que puede desprenderse del artículo 8 de la misma ley, se formaliza con la elaboración de los planos catastrales y de las memorias descriptivas a cargo del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT). Existe otro supuesto para que terceros que poseen con precariedad, puedan adquirir propiedad de las tierras de las comunidades ubicadas siempre en la costa; es el caso del artículo 10 de esta misma ley, en este caso se apela a la figura del abandono previsto en los artículos 88 y 89 de la Constitución. En este supuesto, el poseedor precario verá convalidada su actuación de agresión a la propiedad comunal, si luego de poseer las tierras de forma ininterrumpida por período de dos años, se acerca al Ministerio de Agricultura, y solicita se declaren en abandono las tierras que ocupa, para luego pedir se le adjudiquen, cuidando obviamente las formalidades y tratando de que alguna de las comunidades colindantes no se interese en adquirir las tierras, pues la ley les da preferencia.

De este modo, al menos en la comunidad de la costa, la figura de la prescripción se ha "transformado" legalmente, y para causar menos alarma social, se apela a otros mecanismos que surten, en el terreno práctico, los mismos efectos. Después de todo, el derecho es maleable o dúctil como diría Zagrebelski.

En el caso de las comunidades de la sierra y la selva, los regímenes diversos hacen difícil un análisis pormenorizado; sin embargo lo que queda claro es que el

Estado ha dado pasos hacia otorgar libertad a las comunidades respecto del régimen de la tenencia de sus tierras. En un esquema de esta naturaleza, más importante resultan los mecanismos legales para la defensa de la propiedad de las tierras comunales, pues como se ha visto la figura de la prescripción puede desdibujarse en la legislación especial y permitir otros mecanismos que pudieran eventualmente erosionar las raíces mismas de la comunidad.

El tema relativo a la posibilidad de embargar las tierras de las comunidades se abre paso conforme se pone en manos de la comunidad la capacidad de disponer de sus tierras; esto pronto pondrá sobre la mesa de discusión, el tema de la inembargabilidad de las tierras comunales. Hoy por hoy, y sobre la base de la legislación que hemos analizado, ello no sería imposible, pues precisamente la legislación que busca reconocer la propiedad de las tierras en el ande, tiene sentido en la medida en que los títulos que se otorgan, puedan ser utilizados luego para la solicitud de créditos, y si ello es así, entonces estamos aceptando la posibilidad de que las tierras puedan ser no solo embargadas por los acreedores, sino y como consecuencia de ello, también pudieran ponerse al remate.

Finalmente, el artículo 136 en su segundo párrafo establece una presunción a favor de la comunidad, respecto de la propiedad de las tierras poseídas "de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad". Éste es un párrafo a todas luces infeliz en su redacción. Pues conforme a reiterada jurisprudencia, en su momento por parte del Tribunal Agrario y luego recogido en los textos constitucionales tanto de 1979 como en la actual Constitución, las formalidades de reconocimiento administrativo, son solo eso, formalidades; así lo ha reiterado recientemente una directiva de la SUNARP que ha establecido que el reconocimiento oficial, "tiene carácter declarativo y no constitutivo, puesto que las comunidades son una realidad cuya existencia social e histórica no puede negarse..."(Resolución W 157 -2001-SUNARP/SN de 07.06.01). Mal hace entonces el Código Civil al poner como condición el reconocimiento e inscripción de la comunidad, a efectos de otorgarles la presunción de la propiedad de las tierras que poseen los comuneros.

## DOCTRINA

FIGALLO A, Guillermo. *Las comunidades campesinas y nativas en la Constitución Política*, en *Socialismo y Participación*, W 39. 1987; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Pluralismo jurídico: Posibilidades, necesidad y límites*, en *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*, pág. 13 Y SS., 1993; GALLO O., Máximo. *Comunidades campesinas y normatividad estatal. La necesidad de ser coherentes*, en *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*, págs. 135 y ss., 1993; FIGALLO A, Guillermo. *Origen y naturaleza jurídica de las comunidades campesinas del Perú*. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho. UPSMP. 1994; NÚÑEZ PALOMINO, German. *Derecho y comunidades campesinas en el Perú (1969-1988)*, 1996; DEL CASTILLO, Laureano. *Propiedad rural, titulación de tierras y propiedad comunal*, en *Debate agrario N° 26*. CAAAP. I Taller: Comunidades nativas y titulación, documento de trabajo; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Sétima edición; ECHEGARAY GÓMEZ DE LA TORRE, Francisco.

*Avances en el proceso de titulación de predios rurales. La problemática de las comunidades nativas y campesinas, en Folio Real. W 5.*

## JURISPRUDENCIA

*"Los anexos comunales están constituidos por 'los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la asamblea general de la comunidad campesina', según lo establecido por el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas; siendo que los anexos comunales están supeditados al reconocimiento por la asamblea general de la Comunidad Campesina a la cual pertenecen, pudiendo inscribirse los actos relativos a su reconocimiento y representatividad en la misma partida registral de la Comunidad Campesina de la que forman parte, en el presente caso, la ficha N° 087 que continúa en la partida electrónica N° 03020016 del Libro de Comunidades Campesinas del Registro de Personas Jurídicas de Lima. (...) el reconocimiento del anexo comunal debe comprender la determinación del territorio en el que se encuentra el asentamiento humano permanente, lo que no se cumplió en este caso; al respecto, es la asamblea general la que debe señalar el territorio, constando en este caso únicamente en la escritura pública de cesión de tenencia de uso y usufructo, sin aprobación de la asamblea general"*

*(Res. W 410-2000-ORLCITR de/23/11/2000. Jurisprudencia Registra/. Vol X. T. 11. Año. VI. Pág. 172).*

## ESTATUTO DE LAS COMUNIDADES ■

*El Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y de las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento.*

### CONCORDANCIAS

|           |             |
|-----------|-------------|
| C.        | art 89      |
| LEY24656  | art 1 y ss. |
| D.L.22175 | art 1 y ss. |

### Comentario

*Elena Vásquez Torres*

Esta norma señala el contenido que debe tener el estatuto de las comunidades campesinas y nativas. El estatuto es la norma fundamental de toda persona jurídica, de ahí la relevancia de regular su contenido. El Código Civil remite la regulación del estatuto a la legislación especial.

La intervención del Poder Ejecutivo en la regulación del estatuto de las comunidades, a través de una norma con rango de decreto supremo -por su carácter general-, tiene relación con el hecho de que las comunidades campesinas y las nativas son personas jurídicas de interés público.

El artículo 89 de la Constitución prescribe que las comunidades tienen existencia legal y son personas jurídicas, asimismo, que son autónomas en su organización y en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece.

Los acuerdos de los órganos de las comunidades deben adoptarse respetando las normas del estatuto y éste debe elaborarse respetando el marco legal.

Desde la Constitución de 1933 se reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades. El Código Civil introdujo elementos adicionales para su existencia legal: la inscripción y el reconocimiento oficial; sin embargo, como se ha señalado, las comunidades campesinas y nativas no requieren de la inscripción así como tampoco de un reconocimiento de carácter administrativo para considerar que existen y que son personas jurídicas, así lo ratifican sus leyes especiales, la Ley NQ 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, publicada el 14 de abril de 1987, Y el Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva del 9 de mayo de 1978.

Como se ha dicho, las comunidades no requieren de inscripción para ser consideradas personas jurídicas, no obstante ello, para inscribirse en el libro de comunida

des campesinas o nativas se requiere que un órgano administrativo las califique como tales y las reconozca a través de una resolución administrativa; ésta no debe ser considerada como autorización previa, lo cual sería contrario a la Constitución; en el caso de las comunidades campesinas será el órgano competente en asuntos de comunidades del Gobierno Regional correspondiente (artículo 2 del D.S. N° 008-91TR), Y en el caso de comunidades nativas será el Ministerio de Agricultura a través de las Direcciones Regionales Agrarias y de la Unidad Agraria Departamental LimaCallao (Decreto Ley W 25891, Directiva W 005-2001-SUNARP/SN). La inscripción se solicitará en mérito a esta resolución, a la que se acompañará el estatuto.

El inciso 5 del artículo 2024 del Código Civil creó el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas, señalando que la inscripción en este libro se efectúa a solicitud de éstas.

### 1. Comunidades campesinas

La Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, reconoce la autonomía en la organización, trabajo comunal, uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. Señala, entre otras cuestiones, lo relativo a los comuneros y su régimen administrativo, regula a la asamblea general y a la directiva comunal; también establece que las comunidades campesinas ejercen actividad empresarial a través de las siguientes modalidades: empresas comunales, empresas multicomunales y participando como socias en empresas del sector público, asociativo o privado.

Asimismo indica que son órganos de gobierno de la comunidad campesina, los comités especializados por actividad y los anexos. Los anexos de las comunidades son organizaciones reconocidas por la asamblea general de la comunidad que actúan con independencia; el órgano que realiza funciones equivalentes a la directiva comunal, es la junta de administración local.

La primera disposición final de la Ley W 24656 establece que las comunidades campesinas elaborarán su propio estatuto, que regirá su organización y funcionamiento, considerando sus particularidades, dentro del marco de la citada ley y su reglamento.

Existiendo ese marco normativo, se aprobó el Decreto Supremo N° 008-91-TR, Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, éste es un reglamento parcial porque solo se ocupa de la personería jurídica de estas comunidades y de los Títulos 111 (Comuneros) y V (Régimen administrativo) de la Ley. También existe el Decreto Supremo W 004-92- TR, Reglamento del Título VII - Régimen Económico de la Ley General de Comunidades Campesinas, modificado por Decreto Supremo N° 045-93-AG, entre otras normas. Con anterioridad a estos dispositivos existían el Decreto Supremo N° 37-70-A del 18 de febrero de 1970 que aprobó el Estatuto de Comunidades Campesinas del Perú por disposición del Decreto Ley N° 17716 y el Decreto Supremo N° 076-89-MIPRE que aprobó el Reglamento de Reconocimiento e Inscripción en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Público como las Comunidades Campesinas, Empresas Comunales y Empresas Multicomunales, normas que fueron derogadas por la nueva normativa sobre la materia.

El Decreto Supremo N° 008-91-TR prescribe con mayores detalles respecto a la organización de la comunidad campesina, así establece cómo se adquiere la condición de comunero calificado, cómo se lleva el padrón communal, derechos y obligaciones de los comuneros, sanciones y pérdida de la condición de comunero calificado, régimen administrativo, quórum y mayorías para adoptar las decisiones, conformación de la directiva comunal, requisitos, funciones de sus miembros, comités especializados, anexos, elecciones.

Las citadas normas funcionan como un estatuto marco para las comunidades campesinas; sin embargo, deben también aprobar su estatuto, porque hay puntos

que el Reglamento deja para que se decidan en el estatuto, como el quórum de la asamblea general en segunda convocatoria (artículo 44), la relación entre la falta y las sanciones (artículo 34). Según la jurisprudencia registral, hay muchas comunidades campesinas que se han inscrito sin contar con un estatuto; en estos casos se precisó que es posible que los registradores califiquen los actos de la persona jurídica teniendo como referencia el decreto supremo, salvo que estén frente a un caso en que es necesaria la norma estatutaria, de presentarse esta situación debe exigirse la inscripción previa del estatuto de la comunidad campesina.

Ése es el marco normativo respecto a la organización y administración de las comunidades campesinas; como es de verse, se encuentran excesivamente reguladas, mucho más que otras personas jurídicas, lo que ocasiona que no puedan tener un margen de acción de acuerdo a sus propias costumbres. Los registradores están obligados, por la función que desempeñan, a exigir que las comunidades cumplan con las normas, lo que genera un número importante de solicitudes de inscripción denegadas.

Es cierto también que esto responde a un ánimo de protección y a la necesidad de dotarlas de mayores elementos normativos para que no tengan que buscar asesoramiento que les genere mayores gastos en su gestión; sin embargo, la realidad demuestra que requieren solo de algunas normas orientadoras, para que su organización y funcionamiento sean más flexibles.

Especificamente, esto puede notarse en la vigencia del mandato de la directiva comunal; el artículo 80 del Decreto Supremo W 008-91-TR prescribe que las elecciones se realizarán cada dos años, entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre, en la fecha que fije el comité electoral; también el artículo 61 indica que, dentro de los treinta días posteriores al término de su mandato, la directiva comunal cesante, bajo responsabilidad, hará entrega a la directiva electa de toda la documentación, bienes y enseres mediante acta.

En la práctica sucede que las comunidades campesinas no eligen en las fechas señaladas a sus directivos, siendo, por tanto, su problemática semejante a la de las asociaciones y las cooperativas en este aspecto.

De ahí que se propone, teniendo en cuenta el actual marco normativo, que se dicte un dispositivo legal que regule las inscripciones en el Libro de Comunidades campesinas, para dar solución a los problemas que se suscitan cuando solicitan su inscripción:

1. Que los representantes o personas designadas por el estatuto o por la ley, sean los únicos responsables de verificar la calidad de asociado o delegado de quienes asisten a las asambleas generales, sea personalmente o mediante representante y si se encuentran habilitados para ejercer el derecho a voto. Debe precisarse que no constituye acto inscribible la calidad de asociado o delegado. Por ende, el padrón comunal corresponde ser llevado por la comunidad de acuerdo a ley y no se acredita ante el Registro.
2. La presentación de declaraciones juradas, para acreditar diversos hechos y actos, con la indicación de las responsabilidades en las que incurrirán las personas que las formulan. Se especificará que el registrador público quedará exento de responsabilidad respecto del contenido y veracidad de los actos y hechos a que se refiere la declaración jurada.
3. La convocatoria a asamblea general se acreditará ante el Registro mediante una declaración jurada firmada por el presidente con mandato vigente, o por quien lo reemplace de acuerdo a la ley o el estatuto.
4. Respecto a la convocatoria a las sesiones del consejo directivo inscribibles: se dejará constancia en el acta del medio empleado y de la antelación con que fue cursada. Si no obrara esta constancia en el acta, deberá adjuntarse declaración jurada al respecto suscrita por el presidente de la directiva comunal o por quien haga sus veces. No se requiere adjuntar el aviso de convocatoria de la sesión.
5. Se debe regular la asamblea universal.
6. Para efectos de que el registrador compruebe que la asamblea general se ha celebrado con el quórum respectivo, debe presentarse al Registro, además del acta, una declaración jurada suscrita por el presidente de la directiva comunal o por quien lo reemplace de acuerdo a la ley o el estatuto, que precise cuántos son los comuneros hábiles y cuántos de éstos asistieron a la asamblea. Asimismo, la asistencia de todos los comuneros hábiles a una asamblea llamada universal, celebrada cuando no existe directiva comunal con mandato vigente, se acreditará mediante una declaración jurada suscrita por el presidente de la directiva comunal que resulte elegido o por quien designe la asamblea, que indique el número total de comuneros hábiles y el número de asistentes. El registrador verificará el contenido del acta, la mayoría exigida por la ley o por el estatuto para acordar los acuerdos.
7. También debe normarse la posibilidad de la regularización del nombramiento de las directivas comunales no inscritas, presentando para el efecto el acta de la asamblea de regularización en la que se señale la conformación de las diversas directivas y el período para el que fueron elegidas, de tal modo que se acredite que quien convoca a la última asamblea o a la asamblea de regularización se encuentra legitimado para ello, por contar con mandato vigente, aun cuando su elección no conste inscrita.
8. La indicación de los datos que deben contener las actas. Sería conveniente aprobar conjuntamente con la norma los textos de modelos de actas y de declaraciones.

nes juradas a fin de facilitar la calificación y lograr la simplificación de los datos que acceden al Registro; esta simplificación redundará en beneficio de los comuneros.

9. La admisión de la representación de hecho en estas personas jurídicas.
10. En el caso de las comunidades campesinas está previsto expresamente que las elecciones las dirija el comité electoral, por ello debe normarse la inscripción de este órgano.

La formalidad de la presentación de los títulos, según las propuestas, debe ser planteada de manera obligatoria para que surta los efectos deseados de orientación y simplificación.

## **2. Comunidades nativas**

Las comunidades nativas se encuentran normadas por el Decreto Ley W 22175 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva y el Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva aprobado por Decreto Supremo N° 003-79-AA. Asimismo, se rigen por la resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 157 -2001-SUNARP/SN que aprueba la Directiva N° 0052001-SUNARP/SN, sobre la normativa aplicable al procedimiento de inscripciones de las comunidades nativas.

La Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, también llamada Ley de Tierras, establece en su artículo 8 que las comunidades campesinas y las comunidades nativas son libres de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros el modelo de organización empresarial que decidan en asamblea, no estando sujetas al cumplimiento de ningún requisito administrativo previo; también, el artículo 10 señala que las comunidades deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos constitucionales y la presente ley.

Las citadas normas no regulan la organización y administración de las comunidades nativas, sino que permiten que éstas opten por un modelo que se adecue a su naturaleza, dentro del marco legal y constitucional. El problema se presenta cuando el estatuto contiene vacíos, en este caso los operadores del derecho no dudan en aplicar las normas sobre comunidades campesinas; debe tenerse cuidado con esta interpretación, porque la realidad de las comunidades nativas es distinta, en nuestra opinión debe exigírseles que aprueben sus normas estatutarias para que sus actos se aduen a éstas.

## **~ DOCTRINA**

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *La comunidad campesina en el Código civil, en Personas Jurídicas (Materiales de enseñanza)*. PUCP. 2000; FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código*

*Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3@ edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA

*"Atendiendo por un lado que la Comunidad Campesina Carhuapampa no cuenta con estatuto, son de aplicación las normas contenidas en la Ley de Comunidades Campesinas y su reglamento, dentro de las cuales, el artículo 48 del reglamento establece que la directiva comunal está constituida por un mínimo de seis directivos, dejando a criterio de la Comunidad establecer un número mayor y, que por otro lado, como se ha indicado anteriormente la lista que perdió en las elecciones está completa, por lo que puede perfectamente incluirse en la directiva comunal elegida al o los comuneros que acuerde la asamblea general en el cargo de vocales":*

*(Res. N° 340-2001-DRLCifR del 06/08/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XIII. T. 11. Año. VII. Pág. 279).*

## **ASAMBLEA GENERAL**

*La asamblea general es el órgano supremo de las comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio.*

CONCORDANCIAS:

*LEY24656 arts. 17, 19, 20*

### *Comentario*

*Elena Vásquez Torres*

Este artículo regula a la asamblea general como órgano supremo de las comunidades. La asamblea general es la reunión de los comuneros con el quórum señalado en las leyes y en el estatuto. Este órgano forma la voluntad de los comuneros, la ley y el estatuto determinan sus facultades, las que responden a su condición de órgano no permanente, por ello no tiene facultades de administración, las que están reservadas a los directivos y representantes comunales.

El artículo 17 de la Ley W 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, repite una norma similar a la del artículo 138 del Código Civil, agregando que la elección de los directivos y representantes comunales será de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el estatuto. Esta ley también señala las atribuciones de la asamblea general, entre las que destacan la aprobación y reforma del estatuto y la elección y remoción de los miembros de la directiva comunal y de los comités especializados.

Con relación a los directivos y demás representantes, la citada ley precisa que son elegidos cada dos años (artículos 17 y 20 de la ley), esto responde a la voluntad legislativa de elecciones periódicas. La directiva comunal está constituida por un presidente, vicepresidente y cuatro directivos como mínimo (artículo 19 de la ley). La Ley señala en forma específica diversas cuestiones que las comunidades deben tener en cuenta al momento de elegir a sus directivos, por ejemplo, que debe estar inscrito en el padrón comunal, ser comunero calificado, encontrarse hábil de conformidad con el estatuto (artículo 20 de la Ley).

El Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo W 008-91-TR, publicado el 15 de febrero de 1991 en el diario oficial El Peruano, contiene normas sobre la asamblea general, establece que sus funciones son normativas y fiscalizadoras, que sus acuerdos obligan a todos los residentes en la comunidad, siempre que hubieren sido tomados de conformidad con la Ley N° 24656, el presente Reglamento y el estatuto de la comunidad. Esta norma es muy importante porque la ley determina que

la asamblea general no por ser un órgano máximo puede decidir incluso contra el estatuto; sucede muchas veces que a estas organizaciones les es difícil adecuarse a estos márgenes legales.

El Reglamento prescribe que la asamblea general está constituida por todos los comuneros calificados debidamente inscritos en el padrón comunal, esta norma nos revela que no son todos los comuneros los que conforman la asamblea general, acorde con la Ley N° 24656, porque existen comuneros no calificados que residen en la comunidad y comuneros no calificados que residen fuera de la comunidad, quienes tienen voz pero no tienen voto. Ésta es una norma adecuada a la realidad de las comunidades porque no todos los comuneros tienen los mismos derechos y obligaciones dentro de la comunidad. También se regula la existencia de la asamblea general de delegados, integrada por los directivos y por comuneros que representan a 50 comuneros calificados como mínimo, este tipo de órgano facilita la adopción de acuerdos en personas jurídicas que tienen un número extenso de integrantes.

Señala también el reglamento todo lo referente a las asambleas generales ordinarias y a las asambleas generales extraordinarias, quiénes pueden convocar, el quórum para sesionar, remitiendo el caso de la segunda convocatoria al estatuto. Se prohíbe el voto por poder, lo cual es concordante con la exigencia del voto personal. Debería admitirse este voto porque la realidad lo exige, creemos que existen otros mecanismos para impedir la intervención de no residentes en la asamblea.

Con relación a la elección de la directiva comunal, el reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas es bastante precisa en fechas y procedimiento, prescribe que será dirigida, organizada y supervisada por un comité electoral, elegido a más tardar el quince de octubre; que la elección se realizará cada dos años, entre el quince de noviembre y el quince de diciembre; que en los casos de renuncia y remoción de la totalidad de los miembros de la directiva comunal, luego de haber permanecido en el ejercicio de sus cargos por más de un año, los miembros que los reemplazan para completar el período de mandato pendiente, serán elegidos por aclamación en asamblea general extraordinaria, se entiende que se trata de un caso excepcional en donde no se requiere realizar todo el proceso eleccionario sino decidir quiénes serán los reemplazantes.

Las normas citadas no contienen disposiciones sobre la prórroga de la vigencia del mandato de los miembros de la directiva comunal, solo se indica que, dentro de los treinta días posteriores al término de su mandato, la directiva comunal cesante, bajo responsabilidad, hará entrega a la directiva electa, de toda la documentación, bienes y enseres mediante acta. El problema se presenta cuando las elecciones no se han realizado, por el motivo que sea, entonces se buscan soluciones en el estatuto. Si éste ha previsto la prórroga de la vigencia del mandato de la directiva comunal, la última directiva continúa en funciones.

Hay quienes entienden que la prórroga se produce de pleno derecho, atendiendo a la naturaleza de las personas jurídicas, quienes no pueden quedar sin órganos que las representen; sin embargo, atendiendo a que las normas sobre comunidades campesinas nos conducen a considerar que se busca evitar la perpetuidad en organos

jurisprudencia registral ha interpretado que no tienen validez los actos realizados por la directiva comunal una vez vencido su mandato, es decir, el período para el que fue elegida.

Frente a esa situación, también sería aplicable la representación de hecho, planteada por la jurisprudencia registral para el caso de las asociaciones. Si las directivas comunales de las comunidades campesinas continúan en funciones, el último presidente con mandato vigente, ejerciendo dicha representación, puede convocar a la asamblea general de elecciones, de acuerdo a los mecanismos previstos en la ley y en el estatuto.

Asimismo, si las directivas comunales no se han inscrito por cualquier motivo, pero las elecciones se han celebrado regularmente y las comunidades campesinas no cuentan con la documentación suficiente para acreditarlo ante el Registro, pueden celebrar una asamblea general de regularización, convocada por el último presidente de la directiva comunal que no se encuentra inscrito, cuya agenda sea la elección de la nueva directiva comunal y la ratificación o reconocimiento de las directivas anteriores.

Si no hay quien convoque, lo único que podrán hacer para regularizar su situación es celebrar una asamblea universal o solicitar la convocatoria judicial para que se lleve a cabo la asamblea general, conforme lo ha señalado la jurisprudencia en forma reiterada.

Las comunidades nativas tienen una mayor flexibilidad al momento de regular en su estatuto las materias relativas a la asamblea general, su directiva y demás órganos, al no existir normativa sobre esta materia. Situación que guarda armonía con su naturaleza.

## DOCTRINA

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA. *La comunidad campesina en el Código civil*, en *Personas Jurídicas (Materiales de enseñanza)*. PUCP. 2000; FERNÁNDEI SESSAREGO. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Studium. Lima, 1986; ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las Personas*. 3<sup>a</sup> edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; SEOANE LINARES. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA

*"Dado que la asamblea general de la comunidad campesina está facultada para fijar la fecha de inicio de las funciones de la directiva, está también facultada para modificar dicha fecha.*

*Quienes emiten la certificación respecto a la conformación de los comuneros requieren tener mandato vigente a la fecha en que la expiden".*

(Res. Ng 081-2002-ORLCifR del 0810212002).

*"Uno de los requisitos para la inscripción de la directiva comunal es la presentación de las credenciales de cada uno de sus integrantes, otorgadas por el comitéelectoral, documentos cuya presentación es exigible cuando el acto rogado sea la inscripción de la directiva comunal, en tanto que el artículo 87 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas establece que éstas serán inscritas en los Registros. Cuando se solicita la inscripción de alguno de los acuerdos adoptados por la asamblea general de una comunidad campesina, es necesario se acompañe relación de asistentes y la copia o relación de comuneros extraída del libro padrón de comuneros calificados, a efectos de verificar la asistencia a la asamblea y de acreditar la calidad de los comuneros calificados de quienes asisten, documentos necesarios a fin de establecer el quórum para la instalación y mayoría requerida para la adopción de acuerdos".*

*(Res. N° 133-2001-ORLC/TR de/27/03/2001.  
Jurisprudencia Registra/. Va/XII. T.II. Año VII.  
Pág. 196).*

*"El aviso de convocatoria constituye un acto previo indispensable para la debida publicidad de la celebración de toda asamblea general y de su agenda".*

*(Res. W 214-2000-ORLC/TR de/07/07/2000.  
Jurisprudencia Registra/. Va/X. T. 11. Año V/. Pág.  
177).*

## CONTENIDO DEL PADRÓN GENERAL Y CATASTRO

*Las comunidades tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o representación.*

*Las comunidades tienen, asimismo, un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio.*

*En el padrón general y en el catastro constan también los demás datos que señale la legislación especial.*

### CONCORDANCIAS:

|               |                                     |
|---------------|-------------------------------------|
| C.            | arto 89                             |
| LEY24656 D.S. | arts. 4 lit. b), 11,20 lit. e) arto |
| 008-91-TR     | 24                                  |

## Comentario

*Carlos Alberto Mispireta Gálvez*

### 1. Aspectos generales sobre las llamadas "comunidades campesinas y nativas"

Debemos iniciar nuestro comentario haciendo una crítica al tratamiento uniforme, coercitivo y ajeno que se pretende imponer a muchas de las culturas que integran el territorio peruano, desconociendo -a veces de manera flagrante y otras asolapadas- las propias reglas de conducta que estos grupos humanos han aplicado desde tiempos inmemoriales junto con normas y prácticas contemporáneas que ellos mismos han considerado necesarias y eficaces, es decir, aplicando un Derecho propio (VIDAL y DE TRAZEGNIES GRANDA).

Dentro de ese contexto, la mayor cantidad de regulación del "Derecho oficial" ha recaído sobre las denominadas "comunidades campesinas y nativas", cuyas características y actividades no solo han sido recogidas por el Código Civil, sino también por una serie de leyes especiales, que muchas veces son contradictorias y dictadas sin ningún conocimiento de las realidades que se pretenden regular. Por tal razón, desde nuestro punto de vista este tipo de normas deben ser de carácter general y flexible, permitiendo a las comunidades autorregular sus sistemas de organización social y sus mecanismos internos de solución de conflictos.

Por otra parte, debemos manifestar nuestro desacuerdo con las denominaciones que se les han dado a estas comunidades, pues en el caso de las comunidades

campesinas, se podría pensar que su finalidad es exclusivamente agrícola, lo cual constituye una visión parcial de estas organizaciones que son mucho más complejas y que participan en otras actividades de índole económica, laboral y social. En ese orden de ideas, se ha dicho sobre las comunidades que no se pueden reducir al conjunto de economías familiares, pues son también una forma de organización, un estilo de vida (SILVA SANTISTEBAN). En el segundo caso, señalar únicamente que se trata de "comunidades nativas" resulta siendo vacuo, no nos dice nada, ya que nativo es aquel individuo natural de determinado lugar, pero no se hace referencia al mismo. Por ello, para ambas organizaciones, nos parece que resulta más adecuado hablar de "comunidades nativas de los Andes y de la selva del Perú".

El artículo 89 de la Constitución Política de 1993, además de otorgar personería jurídica a las comunidades, les brinda autonomía en su organización y en su manejo administrativo. A pesar de ello, el Código Civil y las leyes especiales les imponen una serie de requisitos y mecanismos para que tomen sus decisiones -más imposiciones-; así por ejemplo, establecen las categorías de comUneros; el deber de contar

con una asamblea y con una directiva; disponen el número mínimo y máximo de integrantes de las directivas; prevén cuáles son las competencias de ambos órganos; establecen la existencia de comités especializados, entre otras imposiciones legales. Ante ello es válido preguntarse: ¿Es ésta la autonomía a la que se refiere nuestra Carta Magna? ¿No parece irónica la declaración de nuestros constituyentes? Pensamos que esta declaración resulta como decirle a un reo que tiene derecho de libre tránsito dentro de un establecimiento penitenciario.

Entre los deberes legales que se han impuesto a las comunidades nativas de los Andes y de la selva, sin que éstas hayan sido previamente consultadas, el artículo 139 del Código Civil ha establecido que dichas organizaciones están obligadas a llevar por lo menos dos libros en los que se inscriban, por un lado, los comuneros que las integran así como algunos de sus datos personales, y por otro lado, los bienes que conforman el patrimonio de la comunidad. Nos referimos al padrón y al catastro comunal, respectivamente.

## 2. El padrón comunal

Tal como lo establece el artículo 139 del Código Civil, el padrón general de las comunidades debe encontrarse actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o de representación.

De igual manera, el artículo 24 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, Decreto Supremo W 008-91-TR, establece que el registro de comuneros que venía llevando la comunidad se denominará padrón comunal y deberá ser actualizado cada dos años. En el mismo sentido del Código Civil, el mencionado artículo 24 establece que el padrón comunal contendrá, cuando menos, el nombre, la actividad, el domicilio, la fecha de admisión del comunero calificado y la indicación de los que ejercen cargos directivos o de representación.

La finalidad de contar con un documento en el que se encuentren registrados los integrantes de la comunidad, radica en la posibilidad de identificar a las personas que

### 3. El catastro comunal

En cuanto al catastro comunal, de acuerdo al artículo 139 del Código Civil, se deben inscribir en este libro los bienes que integran el patrimonio de la comunidad. Este registro catastral, en palabras del ponente del libro de personas, "no solo tiene importancia informativa, sino que es también de utilidad para que se haga patente la acción del Estado en lo que a las comunidades se refiere" (FERNÁNDEZ SESSAREGO). En buena cuenta, se ha impuesto el deber de llevar un catastro para resguardar los bienes que integran la masa patrimonial de la comunidad.

El artículo 92 del Título VII del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, Decreto Supremo W 004-92-TR, establece que conforman el patrimonio comunal los bienes y las rentas de las mismas. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley W 24656, en términos generales son bienes de la comunidad:

- El territorio comunal (rústico y urbano).
- Los pastos naturales.
- Los inmuebles y obras adquiridos o sostenidos por la comunidad, dentro y fuera de su territorio.
- Maquinarias, equipos, herramientas, implementos, muebles, enseres y semovientes que posean a título privado. - Muebles y semovientes de dueño desconocido que se encuentren en su territorio. - Legados y donaciones a su favor.

Por otra parte, el artículo 24 de la citada ley establece que, en términos generales, son rentas de la comunidad las siguientes:

- Transferencias que reciban del tesoro público.
- Beneficios generados por empresas de su propiedad o en las que tengan participación.
- Participación en concesiones mineras o en cualquier actividad de aprovechamiento de recursos naturales que se ubiquen dentro de su territorio. - Los ingresos por las ventas de los frutos de las tierras trabajadas en común. - Los intereses que obtengan por la imposición de sus capitales en entidades del sistema financiero nacional.
- Beneficios que obtengan de la venta de bienes muebles o semovientes.
- Ingresos por operaciones diferentes de las anteriores señaladas.
- Cuotas que eroguen los comuneros.

Ahora bien, el artículo 95 del referido Decreto Supremo W 004-92-TR señala que las comunidades campesinas (comunidades andinas), bajo responsabilidad de su directiva comunal, están obligadas a llevar el inventario valorizado y actualizado de los bienes que constituyen su patrimonio en resguardo de su seguridad y defensa.

La norma anteriormente citada al parecer varió el nombre de lo que el Código Civil denominó catastro comunal llamándolo "inventario", ¿o será que se trata de otro documento? Aquí una muestra más del tratamiento disperso, irregular y ajeno que se aplica a las comunidades andinas y selváticas. Pensamos que se trata del mismo catastro, ya que no habría razón justificable para llevar dos libros o documentos con el mismo contenido.

Sobre la valorización de los bienes que integran el patrimonio de la comunidad debemos decir que la misma resulta muy complicada, ya que no se establece cuál debe ser el criterio a tomar en cuenta para dicha valorización. Por ejemplo, para la propia comunidad las tierras no son solo un predio rústico, son más que eso, son su medio de vida, son mucho más que el derecho de propiedad, permiten la sobrevivencia del grupo indígena en cuanto organización, así como de sus integrantes (ARDITO en SILVA SANTISTEBAN). En consecuencia las tierras no tendrán el mismo valor para ellos que el valor que en determinado mercado se le pueda dar a un predio rústico de propiedad privada. Hay que recordar, además, que una de las características de las comunidades es que éstas conciben las tierras como bienes colectivos que son cultivados a través del esfuerzo conjunto. Como puede verse, éste es un problema harto complejo, al igual que todo el tratamiento que se le pretende dar a las comunidades nativas, por lo que no pretendemos agotarlo en estas líneas.

En cuanto a las comunidades nativas de la selva debemos decir que no se ha previsto la existencia de registros patrimoniales ni en el Decreto Ley W 22175 ni en el Decreto Supremo W 003-79-AA, pues, como ya se dijo, estos dispositivos fueron promulgados antes de la entrada en vigencia del Código Civil. Empero, al igual que las normas aplicables al padrón comunal, las disposiciones que regulan el catastro podrían aplicarse analógicamente en el caso de las comunidades de la selva.

## DOCTRINA

DE TRAZEGNIES GRANDA. *Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. NQ 4. Lima, julio-diciembre, 1994; ESPINOIA ESPINOIA. *Derecho de las Personas*. Tercera edición. Ed. Huallaga. Lima, 2001; FERNÁNDEI SESSAREGO. *Derecho de las Personas*. Octava edición. Grijley. Lima, 2001; SILVA SANTISTEBAN. *Introducción a la Antropología Jurídica*. Universidad de Lima. Lima, 2000; VIDAL. *Derecho Oficial y Derecho Campesino en el Mundo Andino, en Entre la Ley y la Costumbre*. Instituto Indigenista Interamericano. México, 1990.

■ "El **apartado PRUDENCIA** indica que se debe calificar conforme al libro padrón contenido en los títulos archivados anteriores a la fecha de realización de la asamblea materia de inscripción; sin embargo, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 60 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, es

*función de la directiva comunal mantener actualizado el padrón comunal; en consecuencia, es la directiva comunal vigente inscrita en el asiento E 00005 de la partida registrilla que tiene en su poder el referido padrón y por tanto la que se encuentra legitimada para declarar que no han existido variaciones en la relación de comuneros calificados".*

*(Res. N° 295-2000-0RLCITR de/20/09/2000. Jurisprudencia Registra/. Vá/x/. T.II. Año V/. Pág. 169).*

**LIBRO II**

**ACTO**

**JURIDICO**

## INDICE

1. DEFINICIÓN DE ACTO JURÍDICO Y ELEMENTOS DE VALIDEZ
2. FORMALIDAD
3. EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD
4. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA
5. FORMA *AD PROBATIONEM* y *AD SOLEMNITATEM*
- 6- FACULTAD Y ORIGEN DE LA REPRESENTACIÓN
7. REPRESENTACIÓN ENTRE CÓNYUGES
8. PLURALIDAD DE REPRESENTANTES
9. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS REPRESENTANTES
10. REVOCACIÓN DE PODER
11. PLURALIDAD DE REPRESENTADOS
12. REVOCACIÓN TÁCITA DEL PODER
13. COMUNICACIÓN DE LA REVOCACIÓN
14. PODER IRREVOCABLE
15. RENUNCIA A LA REPRESENTACIÓN
16. PODER GENERAL Y PODER ESPECIAL
17. PODER PARA ACTOS DE DISPOSICIÓN
18. CARÁCTER PERSONAL DE LA REPRESENTACIÓN Y SUSTITUCIÓN
19. RESPONSABILIDAD EN LA SUSTITUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN
20. REVOCACIÓN DEL SUBAPODERAMIENTO
21. REPRESENTACIÓN DIRECTA
22. REPRESENTACIÓN DIRECTA SIN PODER
23. RATIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO
24. VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN
25. MANIFESTACIÓN DE LA CALIDAD DE REPRESENTANTE
26. PRESUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN
27. ACTO JURÍDICO CONSIGO MISMO

- 28. PODER ESPECIAL PARA REPRESENTACIÓN LEGAL
- 29. INTERPRETACIÓN OBJETIVA
- 30. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA
- 31. INTERPRETACIÓN FINALISTA
- 32. CONDICIONES IMPROPIAS
- 33. ACTOS CONSERVATORIOS DURANTE EL PERÍODO DE PENDENCIA
- 34. INDIVISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN
- 35. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO MALICIOSO DE LA CONDICIÓN
- 36. IRRETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN
- 37. PLAZOS SUSPENSIVO y RESOLUTORIO
- 38. PAGO ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO
- 39. CADUCIDAD DEL PLAZO
- 40. PLAZO NO ESTABLECIDO
- 41. CÓMPUTO DEL PLAZO
- 42. EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL CARGO
- 43. PLAZO JUDICIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CARGO
- 44. INEXIGIBILIDAD DEL CARGO
- 45. TRANSMISIBILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD DEL CARGO
- 46. CARGO ILÍCITO O IMPOSIBLE
- 47. SIMULACIÓN ABSOLUTA
- 48. SIMULACIÓN RELATIVA
- 49. SIMULACIÓN PARCIAL
- 50. INOPONIBILIDAD DE LA SIMULACIÓN
- 51. REQUISITOS DE LA ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA
- 52. PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD DE LAS GARANTÍAS
- 53. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN FRENTE AL SUBADQUIRENTE
- 54. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA
- 55. ACCIONES DEL ACREDOR FRENTE A TERCEROS ADQUIENTES
- 56. PROCEDIMIENTO PARA INEFICACIA DE ACTOS GRATUITOS Y ONEROSOS
- 57. REQUISITOS DEL ERROR
- 58. ERROR ESENCIAL
- 59. ERROR CONOCIBLE
- 60. ERROR EN EL MOTIVO

- 61. IMPROCEDENCIA DE ANULABILIDAD POR ERROR RECTIFICADO
- 62. IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN
- 63. ERROR EN LA DECLARACIÓN
- 64. ERROR INDIFERENTE
- 65. DOLO CAUSANTE
- 66. DOLO INCIDENTAL
- 67. OMISION DOLOSA
- 68. DOLO RECÍPROCO O BILATERAL
- 69. VIOLENCIA ABSOLUTA
- 70. ELEMENTOS DE LA INTIMIDACIÓN
- 71. CALIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN
- 72. SUPUESTOS QUE NO CONSTITUYEN INTIMIDACIÓN
- 73. NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN POR VICIOS DE LA VOLUNTAD
- 74. CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA
- 75. NULIDAD ABSOLUTA
- 76. CAUSALES DE ANULABILIDAD
- 77. ANULABILIDAD o NULIDAD RELATIVA
- 78. NULIDAD EN EL ACTO PLURILATERAL
- 79. NULIDAD PARCIAL
- 80. NULIDAD REFLEJA
- 81. ALEGACIÓN DE INCAPACIDAD EN BENEFICIO PROPIO
- 82. ANULABILIDAD POR INCAPACIDAD RELATIVA
- 83. REPETICIÓN DEL PAGO HECHO AL INCAPAZ
- 84. MALA FE DEL INCAPAZ
- 85. CONFIRMACIÓN EXPRESA
- 86. CONFIRMACIÓN TÁCITA
- 87. FORMALIDAD DE LA CONFIRMACIÓN

## **DEFINICIÓN DE ACTO JURÍDICO Y ELEMENTOS DE VALIDEZ**

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

- 1.- *Agente capaz*
- 2.- *Objeto física y jurídicamente posible*
- 3.- *Fin lícito*
- 4.- *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*

### **CONCORDANCIAS:**

|                  |                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------|
| <i>C.C.</i>      | <i>arts. V, 42 Y 55., 219 inc. 1), 225, 1358</i> |
| <i>C.P.C.</i>    | <i>arto 129</i>                                  |
| <i>C. de C.</i>  | <i>arto 2</i>                                    |
| <i>LEY 26887</i> | <i>arts. 1,5,11,33</i>                           |

*Comentario*

*Fernando Vidal Ramirez*

El Libro II del Código Civil ha sido dedicado exclusivamente al desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico. De este modo, le ha dado el realce que ese trata

## ART. 140

miento requiere, por cuanto la Teoría del Acto Jurídico plantea el rol de la voluntad humana en la generación de las relaciones jurídicas, en la autorregulación de los intereses por los propios sujetos que las entablan y en una finalidad práctica, puesto que del acto jurídico, como concepto de gran latitud que abarca a la generalidad de conceptos que pueden ser calificados de actos jurídicos, se derivan reglas de aplicación uniforme, coadyuvando así a facilitar el aprendizaje y la aplicación del Derecho.

La Teoría del Acto Jurídico, aun cuando plasmada legislativamente en el Código Civil, se irradia a todo el Derecho Objetivo, trascendiendo al Derecho Civil y al Derecho Privado y llegando al Derecho Público. Puede, por eso, sin que sea una afirmación hiperbólica, que no hay texto normativo de relaciones jurídicas, aun cuando sean de Derecho Público, que no esté insuflado de la Teoría del Acto Jurídico.

Las disposiciones generales que vamos a comentar abarcan los aspectos conceptuales del acto jurídico en su generalidad y en su abstracción. Como se trata del inicio del desarrollo legislativo de su teoría, las normas comprendidas en este epígrafe tienen una base abstracta y conceptual que no se traslucen de su contenido textual. Son también expresión de las opciones que el codificador se ve en la necesidad de adoptar frente a la gama de posibilidades conceptuales que la doctrina ofrece pero que el codificador tiene que plasmar normativamente.

La norma contenida en el artículo 140 tiene una especial relevancia porque viene a ser la norma medular en el desarrollo legislativo de la Teoría del Acto Jurídico, puesto que incorpora una noción de acto jurídico a nuestro Código Civil y enumera los requisitos para su validez. Su comentario hace necesario, entonces, que se considere, en primer lugar, la noción incorporada normativamente y, luego, a los requisitos puntuados para su validez.

La noción incorporada al Código Civil tiene un trasfondo que es imprescindible esclarecer, pues el concepto de *acto jurídico* deriva del de *hecho jurídico*, que viene a ser el género respecto del acto jurídico, que viene a ser una especie.

La construcción teórica del acto jurídico realizada por el maestro León Barandiarán y para los efectos de su determinación conceptual, partió del hecho jurídico, considerando como tal a todo hecho susceptible de producir efectos jurídicos. Este hecho puede ser natural o humano, según se produzca independientemente de la voluntad humana o sea ésta la que los produce. Pero el hecho jurídico para llegar a ser acto jurídico requiere de voluntariedad, es decir, ser producido por la voluntad humana, sin ninguna calificación, pues esta voluntad puede provenir de un incapaz o de un capaz, de un imputable como de un inimputable. Como el hecho jurídico voluntario va a producir determinados efectos jurídicos, para llegar a ser acto jurídico debe ser un hecho lícito, por lo que la determinación del acto jurídico descarta a todo hecho ilícito. Pero la licitud del hecho jurídico no es suficiente pues, para ser acto jurídico, requiere que la voluntad se ponga de manifiesto ya que la voluntad no manifestada no puede dar lugar a la formación de un acto jurídico. La manifestación de voluntad debe responder a la intención del sujeto en cuanto a lograr los efectos que quiere, siendo imprescindible la correlación entre lo manifestado y lo querido, por lo que la carencia de efectos queridos hace que el hecho siga siendo un hecho jurídico, mas no un acto

## ART. 140

jurídico, el que solo se forma cuando el hecho jurídico es voluntario, lícito, con voluntad manifestada y correlacionada con los efectos que el sujeto quiere producir.

El acto jurídico así determinado conceptualmente corresponde a la noción incorporada al artículo 140 y el *nomen iuris* utilizado está arraigado en nuestro sistema jurídico, dentro del que no se contrapone al concepto de negocio jurídico, con el que guarda una relación de sinonimia conceptual desde que ambos tienen una finalidad común que no es atraque generar relaciones jurídicas y regular, modificar o extinguir a las ya creadas. Sin embargo, es necesario aclarar que el concepto de negocio jurídico en la doctrina que lo postula sí traza diferencias entre el acto y el negocio jurídico, atribuyéndole al acto ser sólo un hecho jurídico voluntario, que puede ser lícito o ilícito. Debemos aclarar, por eso, que para nuestro sistema jurídico los conceptos de acto jurídico y de negocio jurídico son coincidentes y guardan una relación de sinonimia y ambos tienen cabida en la noción incorporada al artículo 140.

Ahora bien, la voluntad que genera al acto jurídico es la voluntad privada y ese es el acto que legisla el Código Civil; es el acto que origina las relaciones jurídicas que se instalan en el ámbito del Derecho Privado, porque son también actos jurídicos los que se realizan para la formación, promulgación y vigencia de una ley, como también lo son los que realizan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o los magistrados en las actuaciones procesales. Lo que ocurre es que estos últimos no se generan en la voluntad privada sino en una voluntad pública originada por una investidura que legitima a celebrar actos legislativos, administrativos o procesales y que, por tanto, no son los actos jurídicos regulados por el Código Civil sino por la Constitución Política, las normas que regulan las funciones públicas o el Código Procesal Civil.

Los actos jurídicos regulados por el Código Civil y que corresponden a la esfera del Derecho Privado son, pues, expresión de la autonomía de la voluntad, autonomía privada o, como acabamos de indicar, voluntad privada. El postulado de la autonomía de la voluntad tiene especial relevancia, al extremo de que puede servir de lindero entre el *Jus Privatum* y el *Jus Publicum*. Y la tiene también porque es la expresión de la libertad individual que conduce al sujeto a la celebración de sus actos jurídicos mediante la manifestación de su voluntad, la que una vez manifestada tiene un efecto vinculante, al extremo de que el que la recepciona como parte en la relación jurídica que el acto jurídico ha generado puede acudir al aparato jurisdiccional del Estado para hacer efectivo el efecto vinculante producido por la manifestación de la voluntad. Por ello, a la autonomía de la voluntad solo le es oponible el orden público, entendido como las normas básicas del ordenamiento jurídico para promover y mantener la convivencia social pacífica.

Atendiendo a la noción incorporada al artículo 140, el acto jurídico es una manifestación de voluntad, lo que hace de la voluntad la esencia misma del acto pero que requiere de su manifestación, lo que nos lleva a la conclusión que sin una voluntad que sea manifestada no puede existir un acto jurídico. De ahí, entonces, que la manifestación de voluntad constituya un requisito de validez al que siguen los demás enumerados por el artículo 140, lo que significa que la manifestación de voluntad debe emanar de un sujeto capaz, tener un objeto física y jurídicamente posible, y también determinado o, por lo menos, determinable, tener una finalidad lícita y de la observancia de la forma prescrita por la ley.

## ART.140

De la manifestación de voluntad nos vamos ocupar al hacerla del artículo 141 del Código Civil.

El inc. 1) del artículo 140 requiere, para la validez del acto jurídico, que la manifestación de voluntad provenga de un agente capaz, vale decir, de un sujeto, persona natural o jurídica, dotado de la capacidad necesaria.

Tratándose de la persona natural o humana la capacidad de goce le es inherente desde que nace y aun desde antes de nacer, sea un *natus* o un *nasciturus*, pero que para la celebración del acto jurídico requiere de la capacidad de ejercicio o sea, ser un *alieni iuris*. Sin embargo, la falta de la capacidad de ejercicio, por tratarse de menor o de interdicto, puede ser suplida mediante la representación, sea por los padres, el tutor o el curador.

Tratándose de la persona jurídica la capacidad de goce está determinada por la finalidad para la cual ha sido creada o constituida. La cuestión radica en si las personas jurídicas, por ser entes abstractos, tienen o no capacidad de ejercicio. La cuestión no ha sido resuelta legislativamente y la doctrina está aún dividida, pues la clásica le niega a la persona jurídica la capacidad de ejercicio y establece que su carencia se suple mediante la representación, mientras que la moderna doctrina, expresada en la Teoría Orgánica de las Personas Jurídicas, les reconoce estar dotadas de capacidad eje ejercicio y que ésta opera, precisamente, mediante sus órganos, como vienen a ser la asamblea o la junta directiva, al interior de las cuales se forma la voluntad de la persona jurídica y esa voluntad la manifiesta el órgano encargado de hacerla, como puede ser la gerencia, cuya persona física que la desempeña actúa como órgano y no como representante, lo que no implica la negación de la representación pues la persona jurídica la puede otorgar a quien no sea el medio de expresión de alguno de sus órganos.

En conclusión, el requisito de la capacidad debe quedar cumplido por el sujeto, sea persona natural o jurídica, para que su manifestación de voluntad coadyuve a la validez del acto jurídico.

El inc. 2) del artículo 140 requiere para la validez del acto jurídico de un objeto que sea física y jurídicamente posible, características a las que debe adicionarse la determinación o determinabilidad del objeto, pues así resulta de la concordancia con el inc. 3) del artículo 219 del Código Civil

La conceptuación del objeto como requisito de validez es cuestión sumamente compleja y debatible, puesto que todo acto jurídico requiere de objeto. La noción del objeto resulta de la contraposición con el sujeto, pues todo lo que no es sujeto es objeto. Pero la complejidad de la cuestión radica en que se suele confundir el objeto con el elemento material del acto jurídico, como ocurre con los que son de naturaleza patrimonial, por lo que los actos no patrimoniales, sin ese elemento material, carecerían de objeto, lo que no puede admitirse, puesto que en el concepto lato y abstracto de acto jurídico quedan comprendidos tanto los de contenido patrimonial como los que no tienen ese contenido y en los que por no tener elemento material solo existen sujetos, como ocurre con la relación conyugal que nace del matrimonio. Por ello, si se considera que todo lo que no es objeto es sujeto y que éste no puede ser considerado

objeto, nuestro planteamiento es que el objeto viene a ser la relación jurídica a la que el acto jurídico da creación, o a la que regula, modifica o extingue, conforme a la misma noción incorporada al artículo 140.

En toda relación jurídica se integran derechos y deberes u obligaciones generados por el acto jurídico que le ha dado creación y que los sujetos que son las partes de la misma, mediante sus respectivas manifestaciones de voluntad, regulan, modifican o extinguen.

Ahora bien, la relación jurídica con sus derechos y deberes u obligaciones, debe ser físicamente posible, esto es, tener la posibilidad de existir por no oponérsele las leyes de la naturaleza. Debe ser jurídicamente posible, esto es, no ser contraria al ordenamiento jurídico. Debe ser, por último, determinable, esto es, ser susceptible de identificarse dentro de una categoría o institución jurídica.

El inc. 3) del artículo 140 requiere para la validez del acto jurídico que la finalidad para la que se celebra sea lícita, esto es, que guarde conformidad con el ordenamiento legal.

Por último, el requisito de validez puntualizado por el inc. 4) del artículo 140 está referido a la observancia de la forma prescrita para la celebración del acto, por lo que reservamos el comentario para cuando nos ocupemos de los artículos 143 y 144 del Código Civil.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1994; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *La teoría clásica de la causa*. Tesis de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1982; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958; BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981; BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1979; FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992; DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *La causa fin del acto jurídico*. UNMSM, Lima, 1992; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo( *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá, 1980; PÉREZ VARGAS, Víctor. *Los hechos jurídicos*. Ed. Juricentro, San José, 1979; LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1956; ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires 1980; AGUILAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos. .. La voluntad jurídica*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950; BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. EJEA, Buenos Aires, 1967; BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El negocio jurídico*, Lima, 1972; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *La doctrina de la causa*, Lima, 1980; CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires, 1986. DABIN, Jean. *La teoría de la causa*, Madrid, 1929.

## JURISPRUDENCIA

"El inciso primero del artículo 140 del Código Civil establece como requisito esencial para la validez de un acto jurídico, en primer lugar agente capaz, esto es, que los sujetos que intervienen sean personas que gocen de lucidez mental que les permita discernir sobre los alcances de los actos que realicen"

(Exp. N° 2352-92-Lima, Gaceta Jurídica N° 35, p. 5-A)

"Para que el acto jurídico tenga existencia jurídica es necesaria la presencia de los elementos esenciales, tales como: manifestación de voluntad, capacidad, objeto, finalidad y forma, que vienen a constituir los requisitos para su validez. La carencia de uno de estos requisitos conduce a la nulidad de dicho acto. Nuestro ordenamiento civil reconoce dos clases de nulidad, la que tiene por principio el interés público (absoluta), y conduce a acto nulo; y la que se concede en favor de determinadas personas por perjudicar su derecho (relativa), provocando la anulabilidad del acto"

(Exp. N° 872-93-Cuzco, Normas Legales, tomo 249, p. A-18)

"La observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad es un requisito esencial de validez del acto jurídico. Por tanto la hipoteca recién se constituye en la fecha en que se otorga la correspondiente escritura pública"

(Cas. N° 655-95-Lima, Normas Legales, tomo 251, p. A-6)

"Para la validez del acto jurídico se requiere, entre otros elementos, la intervención de agente capaz, es decir que los sujetos que intervienen sean personas que gocen de lucidez mental que les permita discernir sobre los alcances de los actos que realizan".

(Exp. N° 2352-92. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 233)

"La venta del bien ajeno no constituye un objeto física o jurídicamente imposible, ya que se halla regulado por el artículo 1539 del Código Civil, el mismo que prevé como consecuencia jurídica la rescisión del contrato de compraventa a solicitud del comprador y no la nulidad de dicho acto jurídico".

(Cas. N° 1135-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 233)

"Un caso de imposibilidad jurídica del objeto tratándose de un contrato de compraventa es justamente el de la venta de bien ajeno, puesto que ningún sujeto puede transferir a otro un derecho del que no es titular".

(Cas. N° 1728-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 233)

*La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.*

*No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. (\*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts.  
151,219inc.I),231, 1361, 1991

## FORMALIDAD

*En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.*

*Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta. (\*\*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts.  
143, 144

*Fernando Vidal Ramirez.*

*Comentario*

Como puede apreciarse, el artículo 141 del Código Civil se ocupa de la manera d.

(\*) Texto según modificatoria introducida por la Ley N° 27291 de 24-06-2000. (\*\*) Artículo adicionado por la Ley N° 27291 de 24-06-2000.

manifestarse la voluntad, la que constituye, como ya lo hemos advertido, la esencia misma del acto jurídico.

La manifestación de voluntad debe ser la exteriorización de la voluntad interna del sujeto. Por ello, la Teoría del Acto Jurídico explica la manifestación de voluntad como la conclusión de un proceso formativo de lo que viene a ser la voluntad propiamente jurídica. Este proceso tiene dos etapas perfectamente diferenciables y diferenciadas: una etapa subjetiva, en la que se forma la voluntad al interior del sujeto, y una etapa objetiva, en la que la voluntad internamente formada se exterioriza. Esta última etapa es la que legisla el artículo 141, no obstante lo cual es imprescindible considerar la formación de la voluntad interna, pues es ésta la que se exterioriza mediante la manifestación.

La etapa subjetiva del proceso formativo de la voluntad supone que ésta sea resultado del discernimiento del sujeto y por eso el inc. 1) del artículo 140 exige la capacidad. Pero este proceso formativo no sólo requiere que el sujeto tenga conciencia de los efectos que su manifestación va a producir sino también que los acepte *a priori*, esto es, que intencionalmente se los proponga y que con la misma intencionalidad quiera alcanzarlos, para lo cual requiere, además, que se apreste a exteriorizar su interno querer libre y espontáneamente.

La voluntad interna debe formarse sin vicios o elementos distorsionadores, tales como los llamados vicios de la voluntad como el error, el dolo y la intimidación, sobre los que el Código Civil legisla tutelando la pureza de la formación de la voluntad interna para que su exteriorización sea expresión de lo que el sujeto quiere.

La etapa objetiva, como hemos advertido, está determinada por la exteriorización de la voluntad interna, la que debe reflejarse en la manifestación, que es la que genera el efecto vinculante y, por ello, es propiamente la voluntad con eficacia jurídica y de ella se ocupa el artículo 141.

Según el acotado artículo 141, la manifestación de voluntad o es expresa o es tácita, por lo que no admite ninguna otra clase de manifestación y, para ello, traza la distinción.

La manifestación de voluntad es expresa cuando se utiliza cualquier medio directamente dirigido a quien debe receptarla. Este medio directo puede ser utilizado mediante el lenguaje oral, escrito o mímica, pues de lo que se trata es deaer a conocer la voluntad interna. Pueden también utilizarse medios manuales, mecánicos, electrónicos, ópticos o cualquier otro medio análogo, como lo ha precisado la Ley NQ 27291 al introducir un agregado al primer párrafo del artículo 141 que venimos comentando y que, a nuestro entender, es superfluo pues la utilización de otros medios directos, sean manuales, mecánicos, electrónicos u ópticos, estaban implícitamente referidos. La manifestación expresa se vincula a la forma o formalidad, por lo que nos ocuparemos nuevamente al hacerla de los artículos 143 y 144 del Código.

La manifestación de voluntad es tácita cuando no se utiliza un medio directo para dar a conocer la voluntad interna a quien debe receptarla. Por eso, para mejor conceptuarla, es conveniente detenerse primero en las salvedades que formula el mismo artículo 141, cuando precisa que no puede considerarse que existe manifesta

## ART.141

ción tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el sujeto que exterioriza SU voluntad formula reserva o declaración en contrario. Significa, entonces, que si la ley exige manifestación expresa para la celebración de un acto jurídico y la voluntad no se exterioriza de este modo, no puede considerarse que existe una manifestación tácita, como tampoco puede considerarse que ha habido exteriorización de la voluntad cuando el sujeto hace constar una reserva para que no la haya o formula una declaración en contrario, oponiéndose a que se presuma la existencia de una manifestación tácita.

La manifestación tácita no debe entenderse como una voluntad cuya existencia se presume. El artículo 141 se ha cuidado de preceptuar que la voluntad debe inferirse de manera indubitable de una *'acta concludentia'*, esto es, de una actitud o de circunstancias de comportamiento que pongan de manifiesto la existencia de la voluntad interna.

Por lo que se deja expuesto, entonces, debe diferenciarse la manifestación expresa de la manifestación tácita según se dé a conocer la voluntad interna directamente a quien debe receptarla o según se dé a conocer la voluntad interna no directamente, sino de soslayo, a quien debe receptarla.

Por la Ley N° 27291 se han adicionado los párrafos que conforman el numeral 141-A, en nuestra opinión erróneamente ubicado, pues más que a la manifestación de voluntad en sí misma, que es la materia tratada en el artículo 141, la adición está referida a la forma o la formalidad que debe revestir la manifestación, por lo que lo comentaremos al hacerlo de los artículos 143 y 144 del Código Civil.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1994. LA HOZ TIRADO, Ricardo. *Negocio jurídico y declaración de voluntad*, Rev. de Jurisprudencia Peruana N2 232, Lima, 1963. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona 1981. BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires 1979. FERRERO COSTA, Raul. *El negocio jurídico*. Lima 1974. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992. DORAL, José Antoni? y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid, 1982. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá, 1980. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1956. ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1980. AGUILAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos. I. La voluntad jurídica*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950. BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. EJEA, Buenos Aires, 1967. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El negocio jurídico*, Lima, 1972. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires, 1986.

## . JURISPRUDENCIA

"La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, siendo expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo; y tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revela su existencia"

(Exp. N° 28-98. Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Ledesma Narváez, Marianela, "Jurisprudencia Actual", tomo N° 2, N° 105)

"Que, para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y voluntad) y externos (manifestación); que, con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; que, la voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario. Que, al haberse determinado que la minuta anteriormente glosada ha sido firmada sólo por el demandante, es claro que no se ha producido la manifestación de voluntad, es decir que no ha sido exteriorizada en la forma señalada (u.) atendiendo a que la voluntad de algún modo exteriorizada (manifestada) es elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico".

(Cas. N° 1772-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 233)

"La transferencia de un municipio a favor de un particular es un acto jurídico administrativo que, como lo define la mejor doctrina, es la manifestación de un órgano administrativo competente, ceñida a las normas de la materia, que tiene efectos administrativos (...). Que en consecuencia, los contratos de los particulares con los municipios sólo se forman por el cumplimiento de las normas sobre la materia, esto es, que se expida resolución de Alcaldía, previo acuerdo del Consejo (u.). Que en consecuencia, el artículo 141 del Código Civil, que se refiere a la manifestación de voluntad de los contratos de derecho privado entre particulares, no es aplicable a los municipios para presumir su voluntad de contratar, ya que la voluntad de los municipios se forma en el cumplimiento de los actos administrativos antes señalados, que son de derecho público, ni es aplicable, en este caso el artículo 1412 del mismo Código, pues no se ha formado la voluntad del municipio, ni el acto administrativo de la transferencia"

(Cas. N° 563-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 234)

## EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

*El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.*

*Comentario*

*Fernando Vidal Ramirez*

Como puede apreciarse el artículo 142 norma la eficacia del silencio, estableciendo, como premisa fundamental, que no constituye manifestación de voluntad. De ahí, entonces, que mediante el silencio no es jurídicamente posible celebrar un acto jurídico que es, precisamente, una manifestación de voluntad ni tampoco el silencio puede dar lugar a que se presuma la existencia de una voluntad.

El artículo 142, por lo que queda expuesto, es sólo aplicable a una relación jurídica ya originada por un acto jurídico, pero en la que una de las partes deviene en silente. En tal supuesto, el silencio tiene el significado que le atribuya la norma legal pertinente, salvo que en el acto jurídico ya celebrado se haya previsto la posibilidad de que una de las partes se convierta en un silente y que en relación a ese silencio se haya convenido en darle un significado.

En virtud del artículo 142 pues, no puede darse creación a una relación jurídica, pero sí se puede regular, modificar o extinguir la ya creada.

## DOCTRINA

DE DI EGO, Felipe. *El silencio en el Derecho*, Reus, Madrid 1925. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1994. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981. BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1979. FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid, 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá, 1980. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1956. ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1980. AGUILAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos*. .. *La voluntad jurídica*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950. BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. EJEA, Buenos Aires, 1967. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El negocio jurídico*, Lima, 1972. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires, 1986.

### a. JURISPRUDENCIA

"El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado y para la circunstancia de la enajenación de un bien arrendado, ni la ley le atribuye tal significado, porque la única excepción que contempla es que el adquiriente haya convenido en el respeto del arrendamiento ni tampoco existe convenio que le atribuya tal significado"

(Cas. N° 937-95-Lima. Hlnostroza MInquez, Alberto. Jurisprudencia Civil, Tomo 3, p. 168)

"Que, tratándose de la enajenación de un bien arrendado, el inciso segundo del artículo 1708 del Código Civil dispone que si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquiriente puede darlo por concluido y que excepcionalmente el adquiriente está obligado a respetar el arrendamiento si asumió dicha obligación (...). Que la sentencia de vista ha considerado que desde la fecha en que la demandante adquirió el inmueble sublitis y el día en que cursó las cartas notariales dando por concluido el contrato, había transcurrido más de un año, por lo que por su silencio y omisión del ejercicio de la opción que le confería el inciso segundo del artículo mil setecientos ocho del Código Civil, resultó asumiendo la obligación excepcional de respetar el contrato de arrendamiento (...). Que, el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado y para la circunstancia de la enajenación de un bien arrendado, ni la ley le atribuye tal significado, porque la única excepción que contempla es que el adquiriente haya convenido en el respeto del arrendamiento, ni tampoco existe convenio que le atribuya tal significado"

(Cas. N° 937-95. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 234)'

Que, el actor al aceptar la oferta, sólo se refirió al primer aspecto de la propuesta referido al precio de los derechos y acciones, pero no mencionó ni aceptó asumir los gastos de saneamiento municipal, notariales y registrales por lo que no existe manifestación expresa ni tácita sobre dicho aspecto"

(Cas. N° 2598-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 234)

Que, el artículo 292 del Código Civil distingue los actos de administración ordinaria y los que no lo son; en el primer caso no se exige que uno de los cónyuges otorgue poder a otro; en cambio, en el caso de los otros actos sí es necesario dicho requisito. Que, la asunción de una deuda social es un acto que excede la administración ordinaria, requiriéndose por eso el otorgamiento de poder expreso puesto que no puede presumirse el consentimiento tácito del otro cónyuge al no atribuirle la ley expresamente a dicho silencio el carácter de manifestación de voluntad, conforme lo exige el artículo 142 del Código Sustantivo

(Cas. N° 911-99. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 234)

## **PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA**

*Cuando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 141-A, 144,695, 1352, 1649  
C. de C. art. 51*

*Comentario*

*Fernando Vidal Ramirez*

La forma es la manera como se manifiesta la voluntad para la celebración del acto jurídico. Es el aspecto externo de la manifestación, pues si la voluntad es el contenido, la forma viene a ser el continente. De ahí, entonces, que no puede haber acto jurídico sin forma y que ésta sea indesligable de la manifestación de voluntad.

Conceptuada la forma como la manera como se exterioriza la voluntad interna, se admiten formas verbales y formas documentales. Las primeras dan comprensión a toda la manera de manifestación de voluntad que no se plasmen materialmente, o sea, que la exteriorización de la voluntad queda comprendida en el ámbito de las formas verbales, sea que se realice mediante el lenguaje hablado o por señas o gestos. Lo mismo no ocurre con las formas documentales que requieren de una plasmación material, o sea, que la exteriorización de la voluntad se haga por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que se plasme materialmente, sea de manera mecánica, electrónica o por cualquier otro medio que materialice la manifestación.

Pero la forma tiene una finalidad práctica constituida por su finalidad probatoria,

## ART. 143

que es fundamental, porque siendo la manera como se manifiesta la voluntad mediante la forma debe probarse la existencia del acto jurídico y su contenido, pues las partes, mediante sus respectivas manifestaciones de voluntad, norman la relación jurídica que han creado, que están regulando, están modificando o están extinguiendo. Por ello, por no servir a la finalidad probatoria, el Código Civil permite las formas verbales sólo para los actos jurídicos que no tienen trascendencia familiar, patrimonial o social, regulando de manera cogente lo relativo a la forma, pues interesa al orden público que la forma coadyuve a la seguridad jurídica.

El artículo 143 pone en evidencia la presencia gravitante del orden público en el tratamiento de la forma, pues permite a los interesados en la celebración del acto jurídico a usar la forma que juzguen conveniente sólo cuando la ley no la prescribe. Distingue, de este modo, las formas voluntarias de las formas legales, determinando que la libertad para adoptar la forma esté limitada por la ley.

Las formas voluntarias vienen a ser las que los interesados eligen para la celebración del acto jurídico, pero siempre que para ese acto no exista norma legal que le prescriba una forma. El ejercicio de la libertad para la adopción de la forma puede conducir a la utilización de formas verbales o formas escritas, pero con la atingencia de que siendo la forma un medio probatorio de la existencia y contenido del acto jurídico, en el ejercicio de esta libertad es siempre recomendable la adopción de una forma escrita.

Las formas legales son, obviamente, las prescritas por la ley y son las formas documentales o instrumentales, que se diferencian en privadas y públicas.

La forma documental es privada cuando no está revestida de solemnidades o formalidades. Requiere únicamente de estar plasmada materialmente y, si se trata de un documento escrito, éste puede ser manuscrito o haber sido plasmado mecánica o electrónicamente. No requiere de firma, ni de fecha ni de ningún requisito formal y puede tener enmendaduras. Por ello, su valor probatorio es relativo y su merituación en un proceso requiere de probanza complementaria.

La forma documental es pública cuando está revestida de solemnidades o formalidades establecidas por la ley. Por ello, son documentos públicos los otorgados por los funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones y las escrituras públicas y demás documentos notariales a los que la Ley del Notariado les reconoce ese carácter. Por ello, su valor probatorio es pleno y su merituación en un proceso no requiere de probanza complementaria, salvo que sean impugnados o tachados por defectos de forma o se les impute falsedad, en cuyo caso debe haber probanza que determine si la impugnación o la tacha son o no fundadas.

La forma documental, privada o pública, es la que la ley prescribe según la trascendencia familiar, patrimonial o social del acto jurídico, puesto que es el medio probatorio por excelencia. Por ello, en unos casos la prescribe *ad probationem* y en otros casos *ad solemnitatem*.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991.  
LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1994. LA HOZ TIRADO, Ricardo. *La forma del acto jurídico. Ventajas y desventajas de la forma*. Rev. de Jurisprudencia Peruana NQ 219, Lima, 1962. LA HOZ TIRADO, Ricardo. *La forma del acto jurídico en el Derecho contemporáneo*. Rev. de Jurisprudencia Peruana NQ 220, Lima, 1962. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona 1981. BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1979. FERREROCOSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Angel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid, 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá, 1980. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956. ABELENDA, César Augusto.

*Derecho Civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires 1980. AGUILAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos. I. La voluntad jurídica*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950. BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. EJEA, Buenos Aires, 1967. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El negocio jurídico*, Lima, 1972. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires, 1986.

## JURISPRUDENCIA

"Normalmente, la voluntad constitutiva del contrato puede manifestarse por los medios que se quiera (contratos consensuales)"

(Cas. N° 1345-98-Lima. Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 20/01/99, p. 2504)

"Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente"

(Exp. N° 295-95. Ledesma Narváez, Marianne, Ejecutorias, tomo N° 2, p. 22)

"Que, el artículo mil cuatrocientos doce del cuerpo legal civil sustantivo ya citado otorga a las partes el derecho de exigir las formalidades que requieran, no como ~equisito para acreditar la existencia del acto (oo.); sino como simple cumplimiento de formalidades que otorguen a las partes mayor seguridad respecto de sus relaciones contractuales".

(Exp. N° 222 -97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 235)

## **FORMA AD PROBATIONEM Y AD SOLEMNITATEM**

*Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.*

### **CONCORDANCIAS:**

c.c. arts. 141-A, 143, 156, 225, 390, 1098, 1605, 1624  
C.P.C. arts. 237, 299  
C. de C. artº 52  
LEY26887 artº 5

*Comentario*

*Fernando Vidal Ramirez*

El artículo 144 está referido a la forma legal que puede ser prescrita, como acabamos de indicar, con el carácter de forma *ad probationem* o con el carácter de forma *ad solemnitatem*.

La forma *ad probationem* es la que tiene por única finalidad probar la existencia del acto jurídico, pero sin que el documento sea consustancial al acto. Vale decir, entonces, que el acto y el documento, cuando la forma es *ad probationem*, son dos entidades jurídicas distintas, separables, y que el acto puede existir independientemente del documento, pues si el documento se deteriora y se pierde la prueba de la existencia del acto puede hacerse utilizando cualquier otro medio probatorio.

La forma *ad solemnitatem* tiene tambien por única finalidad probar la existencia del acto jurídico, pero el documento es consustancial al acto y ambos forman una sola entidad jurídica, inseparable, pues el acto no puede existir sin el documento y si este se deteriora y se pierde, el acto jurídico se extingue y no puede ser probada su existencia por otro medio probatorio. La prueba exclusiva de la existencia del acto jurídico está determinada únicamente por el documento prescrito por la ley como arma *ad solemnitatem*.

El artículo 144 se refiere, como hemos advertido, tanto a la forma *ad probationem* como a la forma *ad solemnitatem*. La primera se evidencia con la simple lectura del texto, mientras que la forma *ad solemnitatem* requiere de una interpretación *contrario sensu*, pues la forma *ad probationem* resulta de la forma impuesta sin sanción de nulidad y la forma *ad solemnitatem* se infiere de la advertencia, por interpretación a contrario, de que a inobservancia de la forma impuesta por la ley se sanciona con nulidad.

Ahora bien, si como hemos indicado, todo acto jurídico tiene necesariamente una forma, por cuanto la forma es la manera de manifestar la voluntad, la forma puntuá

## ART. 144

lizada en el inc. 4) del artículo 140 como requisito de validez, viene a ser la forma *ad solemnitatem*. De este modo, solo la forma prescrita como consustancial al acto jurídico constituye un requisito para su validez, toda vez que su inobservancia se sanciona con nulidad.

Como ya se ha indicado, mediante la Ley N° 27291 se ha adicionado el numeral 141-A al Código Civil que, como puede apreciarse de su tenor, está referido a la forma o formalidad.

En efecto, el indicado numeral ha previsto que la ley prescriba como formalidad que el documento sea firmado, por lo que autoriza que la firma sea generada o comunicada también a través de medios electrónicos o análogos y que, cuando se trate de instrumentos públicos, la autoridad competente que los emitió deje constancia del medio empleado pero conservando lo que entendemos debe ser la versión original para efectos de consulta, lo entendemos así también para su confrontación a fin de demostrar su autenticidad.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1994. LA HOZ TIRADO, Ricardo. *La forma del acto jurídico. Ventajas y desventajas de la forma*. Rev. de Jurisprudencia Peruana NQ 219, Lima, 1962. LA HOZ TIRADO, Ricardo. *La forma del acto jurídico en el Derecho contemporáneo*. Rev. de Jurisprudencia Peruana NQ 220, Lima, 1962. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981. BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1979. FERREROCOSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid, 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*.

Ed. Temis, Bogotá, 1980. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956. ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1980. AGUILAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos. I. La voluntad jurídica*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1950. BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. EJEA, Buenos Aires, 1967. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El negocio jurídico*, Lima, 1972. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires, 1986.

### JURISPRUDENCIA

"Someter la nulidad del acto jurídico de la compraventa a la del instrumento que lo contiene implica caracterizarla como acto '*ad solemnitatem causa*', que es ajeno a su esencia jurídica"

(Exp. N° 979-87-Lambayeque,  
Normas Legales, tomo 153, p. 597)

## ACTO JURIDICO

.....  
*"Hay ciertos casos en que la ley prescribe un determinado medio de manifestación, una forma, la que persigue poner en claro la voluntad, dar mayor margen a la reflexión, dificultar la manifestación de voluntad, o asegurar la prueba del contrato, según el caso. Que en las formas del contrato se distinguen las de solemnidad de las probatorias, en que la ausencia de las primeras determina la existencia (sic) del contrato, mientras que las segundas pueden ser llenadas con posterioridad"*

(Cas. N° 1345-98-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 20/01/99, p. 2504)

*"Por la naturaleza del negocio jurídico, el documento que lo contiene no constituye forma esencial del acto sino simplemente un medio de prueba común del contrato de arrendamiento celebrado por ambas partes, de modo que la falta de una de las firmas de los tres representantes de la actora no puede determinar la invalidez del acto jurídico que contiene, tanto más si el Código Civil prevé que el simple acuerdo de voluntades basta para perfeccionar el contrato"*

(Exp. N° 1119-91-Ancash, Normas Legales N° 218, p. J-6)

*"Al no haberse constituido la donación por escritura pública, ninguna de las partes puede compelera la otra a que se otorgue dicho instrumento"*

(Cas. N° 1646-2001 Lambayeque, publicada el 02/01/ 2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 42. Marzo 2002. Pág. 148)

*"Por documentación ad probationem se entiende al documento establecido y pactado con la única y exclusiva finalidad de facilitar la prueba de la existencia del contenido de un contrato que se presupone ya con anterioridad celebrado o perfecto. Las consecuencias que generan las características del documento son: al ser el contrato una realidad primaria y ser además algo preexistente respecto del documento, todo el centro de gravedad y de atención debe más en el contrato que en el documento, aun después de haber sido este último confeccionado. La segunda consecuencia consiste en que al ser el documento un simple medio de prueba de las declaraciones negociables emitidas por las partes, debe concurrir en su función de prueba de la existencia y del contenido de tales declaraciones con los demás posibles medios de prueba"*

(Cas. N° 1516-2000 Callao. Publicada el 30/01/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 30. Marzo 2001. Pág. 306)

*"La escritura pública como forma de la hipoteca constituye un elemento consustancial al acto jurídico, pues el único modo de probar su existencia y contenido es el documento mismo, pues no solo cumple una función probatoria (ad probatio*

## ART. 144

*nem) sino que es la única prueba de su existencia (ad solemnitatem) ya que no admite prueba supletoria"*

*(Cas. N° 1117-2000 Arequipa. Publicada el 02/01/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N°29. Febrero 2001. Pág. 154)*

*"Que el Código Sustantivo no ha establecido una forma especial o preestablecida para la constitución de la prenda, (...), sin embargo la prenda requiere que conste en documento de fecha cierta, porque de este modo produce efectos contra terceros y aun entre acreedor y deudor, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1061 del Código material. (...). Que no habiéndose previsto en la ley formalidad"ad solemnitatem" (por la cual el documento se confunde con el contrato) para la celebración de la prenda, sino la formalidad "ad probationem" ya que el instrumento o documento que contiene la prenda es un medio destinado a establecer la existencia del contrato, pero no es condicionante de su realidad, de modo que sí se puede demostrar a través de otros medios que la prenda ha sido celebrada, esta probanza tiene validez y, en suma, la relación obligacional existirá"*

*(Cas. N° 2021-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 235)*

*"En principio se advierte que los artículos 295 y 296 bajo examen regulan el régimen patrimonial en el matrimonio, en distintos momentos, en su constitución inicial antes del matrimonio, y en su sustitución voluntaria después de celebrado el matrimonio, y para lo cual utilizan diferente redacción, pues en un caso claramente se señala que la escritura pública debe otorgarse bajo sanción de nulidad, por lo que en concordancia con lo dispuesto con el artículo 219 inciso sexto del Código Civil si no consta en escritura pública no hay contrato y es nulo; mientras que en otro caso después de facultar la sustitución del régimen, se dispone la escritura pública para la validez, que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, y no sanciona con nulidad, por lo que siguiendo la regla del artículo 144 del mismo Cuerpo de Leyes, debe concluirse que se trata de una forma ad probationem y que las partes pueden compelirse recíprocamente a llenarla"*

*(Cas. N°1345-97. Diálogo con la Jurisprudencia N°38. Enero 2001. Pág. 235)*

*"Que, la voluntad se manifiesta a través de la forma, pero ésta solamente constituye un requisito de validez del acto jurídico si la ley sanciona con nulidad su inobservancia - forma ad solemnitatem-; en caso contrario, la forma solo constituye un medio de prueba de la existencia del acto jurídico -forma ad probationem-. Que, en el caso de la hipoteca si bien la ley dispone que ésta debe de constituirse por escritura pública, también lo es que no se sanciona con nulidad la inobservancia de dicha formalidad; de lo que se concluye que se trata de una forma ad probationem"*

*(Cas. N° 1618-99. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 236)*

## FACULTAD Y ORIGEN DE LA REPRESENTACIÓN

I

*El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.*

### CONCORDANCIAS:

|            |                                             |
|------------|---------------------------------------------|
| e.e.       | <i>arts. 87, 1790 Y ss., 1806</i>           |
| e.p.e.     | <i>arts. 57, 58, 62, 63, 68, 76</i>         |
| e. de e.   | <i>arto 29</i>                              |
| e. T.      | <i>arts. 22, 23, 24, 89</i>                 |
| LEY 26789  | <i>arto único</i>                           |
| LEY 26636  | <i>art. 10</i>                              |
| D.L. 26002 | <i>arts. 117 a 122</i>                      |
| LEY 27444  | <i>arts. 52, 53</i>                         |
| LEY 26887  | <i>arts. 12, 62, 90, 122, 159, 325, 399</i> |

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario abre el capítulo de la representación del negocio jurídico en el Código Civil de 1984, estableciendo como norma general que cualquier negocio jurídico puede ser realizadamediente representante, con excepción de aquellos en los cuales la ley prohíba la representación. Asimismo regula de forma expresa las fuentes de la representación: la voluntad del representado (representación voluntaria) y la ley (representación legal).

## 1. La evolución de la representación

La norma general enunciada llega a nuestro Código Civil, luego de que durante siglos se haya proclamado el principio contrario, conforme al cual, ningún negocio jurídico podía ser realizado a través de representante.

En efecto, en el derecho romano existía el principio conforme al cual *alteri stipulari nemo potest* (ninguno puede estipular para otro), desconociéndose así toda forma de representación negocial. El desarrollo del derecho romano nos ofrece un panorama bastante interesante en el que las necesidades comerciales comenzaron a desafiar la gran creatividad de los juristas y pretores romanos quienes, sin abandonar el viejo principio que rigió muchos siglos después, comenzaron a idear algunas instituciones que de alguna manera ayudaron a superar la prohibición de la representación, nos referimos a las *actiones adiecticiae qualitatis*, las cuales, sin embargo, no llegaron a constituir un verdadero caso de representación directa. Para el derecho romano, entonces, debía existir una perfecta identidad entre las personas que celebraban un negocio jurídico, y las destinatarias de sus efectos.

Fueron algunos postulados del derecho canónico posteriormente desarrollados por la escolástica española y la escuela del derecho natural, los que comenzaron a definir el concepto de lo que hoy en día conocemos como representación directa. Sin embargo, ese desarrollo no determinó la desaparición del viejo principio romano de los más importantes códigos del siglo XIX. En efecto, el artículo 1119 del *Code civil* disponía que: "Por regla general, no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo". Nótese que la regla contenida en el código napoleónico es la misma regla que existía en el derecho romano, con una sola diferencia: en el derecho romano el principio conforme al cual no era posible estipular en nombre de otro no admitía excepciones; las que sí son admitidas en el código napoleónico, permitiendo con ello la entrada en vigor, a nivel legislativo, del instituto de la representación.

La regla contenida en el código napoleónico se extendió a todos los demás códigos de nuestro sistema jurídico que recibieron su influencia, como el *Codice civile* de 1865 y el Código Civil español. A nivel latinoamericano, dicha influencia fue bastante fuerte tanto es así que el Código Civil de Bolivia de 1831 (que regula la representación directa en la parte relativa al mandato con representación) establecía el rígido principio romano en su artículo 71º cuando estipulaba "No se puede obligar ni estipular, si no es en nombre propio, y por sí mismo". Esa tendencia al tímido reconocimiento del instituto de la representación fue poco a poco rompiéndose en los códigos latinoamericanos, los que se inspiraron en el artículo 980 del Proyecto de García ~<sup>l</sup>Goyena que posteriormente se plasmó en el artículo 1259 del Código Civil español, según el cual: "Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él, o sin que tenga por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga autorización o su representación legal, será nulo; a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se le otorgue".

Pero fue sin duda el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) el primer Código que rompe con la tradición francesa de reconocer al instituto de la representación como un insti

tuto excepcional, estableciéndose en el BGB que, por regla general, todos los negocios jurídicos podían ser celebrados por representante. Es por ello que la primera parte del parágrafo 164 del BGB establece que "Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra el representado (...)" . Nótese con ello que el BGB ya no establece la regla general conforme a la cual ninguno puede celebrar contratos en nombre de otro, sino que, sin establecer dicha regla general, pasa directamente a regular el instituto de la representación.

La tendencia alemana fue posteriormente seguida por el *Codice civil* de 1942, cuyo artículo 1388 dispone que: "El contrato celebrado por el representante en nombre y en interés del representado, en los límites de las facultades conferidas, produce directamente efectos respecto del representado".

En dicho momento de la evolución del fenómeno de la representación, sucintamente descrito en los párrafos precedentes, se ubica el artículo bajo comentario, el mismo que de forma directa pasa a regular la representación negocial, dejando de lado los rezagas del viejo principio romano, estableciendo como regla general el hecho de que los negocios jurídicos pueden ser realizados por representante, salvo aquellos que expresamente señale la ley, entre los que podemos citar el testamento.

## 2. La representación directa y la representación indirecta

Debe destacárse el hecho de que la norma bajo comentario regula el instituto de la representación directa (o simplemente representación). La representación directa es el instituto jurídico que permite que una persona denominada "representante" realice negocios jurídicos en nombre de otra denominada "representado" o *dominus* con la finalidad de que los efectos del negocio jurídico celebrado tengan efectos en la esfera jurídica de este último, siempre que el representante actúe dentro de los límites de las facultades que la han sido conferidas.

La 'representación indirecta' se produce en los casos en los que una persona (el supuesto representante -decimos supuesto pues en realidad no es un representante-) celebra un negocio jurídico en nombre propio; sin embargo, debido a una obligación asumida previamente con otro sujeto (el supuesto representado), cederá a éste, en un segundo momento, todos los efectos del negocio jurídico celebrado con un tercero (es el caso del mandato sin representación). En este caso no se producen directa ni inmediatamente en la esfera jurídica del supuesto representado los efectos del negocio jurídico, sino que se producen de 'forma indirecta', pues se hace necesario un negocio posterior en el que se cedan los efectos del negocio jurídico celebrado. Este fenómeno es el que desde siempre ha existido y, en realidad, el representante NO~s tal, ya que en el negocio jurídico que celebra actúa él mismo como parte material y formal; tanto es así que se verá posteriormente obligado a transferir los efectos del negocio jurídico celebrado a su supuesto representado. De ahí que alguna doctrina -a la cual nos adscribimos- niegue denominar a este supuesto como 'representación', ya que en realidad ella no se produce, denominándola más bien interposición de gestión.

## ART. 145

### 3. Las fuentes de la representación

#### 3.1. La representación voluntaria: el poder

La representación voluntaria es aquella cuya fuente es la propia voluntad del sujeto representado. En ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, un sujeto puede realizar un negocio para regular un interés del cual es titular, o por el contrario, conferir a una persona el poder necesario para que ésta regule los intereses del representado. A ese negocio jurídico por medio del cual se otorga la representación se le denomina "poder".

Antes de seguir con el análisis del artículo 145 del Código Civil, debemos precisar que el término "poder" se utiliza en dos sentidos: como negocio jurídico por medio del cual se otorga la facultad de representación; y como la situación jurídica de la cual goza el representante; por ello aunque el presente comentario se refiera al poder como negocio jurídico, se hace necesario poner atención en ambas acepciones a efectos de entender mejor los conceptos.

#### 3.1.1. El poder como negocio jurídico unilateral

El poder es el negocio jurídico unilateral mediante el cual un sujeto confiere a otro el poder (situación jurídica) de representarlo. Es unilateral pues basta la declaración del representado para su perfeccionamiento, no siendo necesario el consentimiento del destinatario. La unilateralidad del poder se explica en la medida en que éste atribuye al representante una situación jurídica de poder, sin configurar ni para el representante ni para el representado el nacimiento de un derecho o una obligación (BIANCA). Siendo que la situación jurídica de la que es titular el representante es un poder, el representante no se encuentra obligado a realizar el negocio en nombre del representado, con lo cual éste no tiene ninguna garantía de que el negocio se va a realizar, salvo que en el acto de apoderamiento se haya establecido la obligación de realizarlo. De esta forma, el poder solamente habilita a realizar un negocio en nombre del representado.

#### 3.1.2. El poder como negocio recepticio

Es común la opinión de la doctrina conforme a la cual el poder es un negocio recepticio, sin embargo, dicha opinión no es pacífica. En efecto, para un sector de la doctrina el poder no es un negocio recepticio, con lo cual, el poder sería válido y eficaz si el representante realiza el negocio en nombre del representado sin haber tenido conocimiento del poder (SALOMONI). La razón de ello está en que el conocimiento no es funcional al efecto y no responde a una exigencia de tutela al destinatario (BIANCA).

Para la mayor parte de la doctrina, el poder es un negocio recepticio, sin embargo, este sector de la doctrina no es unánime cuando se trata de individualizar el sujeto al que se le debe comunicar el negocio; pues algunos sostienen que al tercero, y otros, al representante. De esta forma, para quienes sostienen que la comunicación debe ser realizada al tercero, el poder no tendría eficacia, sino hasta que no se ponga en conocimiento del tercero la existencia de la representación y los alcances de ésta.

Mientras que, para quien sostiene que la comunicación debe ser hecha al representante, el poder no tendría eficacia hasta que no sea puesto en conocimiento de éste.

En nuestra opinión, el poder es un negocio jurídico unilateral recepticio que debe ser puesto en conocimiento del representante. Es recepticio en la medida en que de dicho acto surge para el representante una situación jurídica de poder, la cual solo podría ser eficaz en la medida en que el titular de dicha situación jurídica conozca la existencia del acto del cual emana. Por otra parte, el sujeto destinatario de la comunicación debe ser el representante, y no los terceros, pues el nacimiento de la situación jurídica se imputa en la esfera del representante, mas no en la de los terceros; sino que más bien, como el poder ya ha surtido efectos al haber el representante tomado conocimiento de él, éste podría negociar y/o contratar con los terceros, debiendo entenderse más bien que la comunicación del poder a los terceros es un acto que acredita el ejercicio del poder y que se constituye en un requisito de eficacia del negocio celebrado a través del representante, mas no constituye requisito para la eficacia del poder.

### 3.1.3. El poder como negocio jurídico autónomo

En esta materia la doctrina ha transitado fundamentalmente en tres direcciones en función de la relación que existe entre poder y negocio de gestión, entendido éste como el negocio que subyace al poder.

#### a. La identificación del poder con el negocio de gestión.

Esta doctrina encuentra un especial desarrollo durante el derecho común y luego se plasma en algunas codificaciones del siglo XIX las que, siguiendo fundamentalmente el modelo del *Code civil*, regulan el instituto de la representación en la parte relativa al contrato de mandato, negocio de gestión por excelencia de la representación, lo que llevó a confundir el instituto de la representación con el contrato de mandato, identificándolos plenamente.

#### b. La autonomía del poder respecto del negocio de gestión.

Esta teoría es una importante elaboración de la doctrina alemana y tiene como presupuesto el haber distinguido entre poder y mandato, lo que se observa de la propia sistemática del BGB (seguida por el Código Civil peruano de 1984), el que regula la representación en la parte general relativa al negocio jurídico, y ya no en la parte del contrato de mandato.

Ya Jhering había distinguido el lado externo y el lado interno de la relación representativa, es decir la representación y el mandato; llegando a afirmar que ambos lados eran indiferentes entre sí, no teniendo el uno alguna influencia en el otro. Lo mismo habían hecho Windscheid y Binz.

Sin embargo, el importante desarrollo de esta doctrina se debe fundamentalmente a la obra de Laband, un estudioso del derecho público y exponente de la jurisprudencia de los conceptos. Laband pone como objetivo de la ciencia jurídica el aclarar las relaciones jurídicas a través de conceptos formales al interior del ordenamiento jurídico; adoptando para tal efecto el método de aislamiento-abstracción.

ción, que consiste en aislar, abstraer un concepto de una norma, aplicarlo a todas las relaciones y utilizarlo para construir una categoría general (DE LORENZI).

Siguiendo el referido método, Laband afirma que nada era más negativo para poder alcanzar el verdadero concepto de la representación y la formación jurídica de dicho instituto, que la confusión que se hacía entre representación y mandato. En ese sentido, Laband sostiene, en clara oposición con los enunciados propuestos por Jhering, Windscheid y Binz, que *vollmacht* (poder) y *auftrag* (mandato) no son el lado interno y el lado externo de una misma relación, sino que son dos relaciones totalmente diversas por presupuestos, contenidos y efectos; y que solo por algunas cuestiones de hecho, en muchas hipótesis, coinciden. De esta forma, sostiene Laband, así como puede haber *auftrag* sin *vollmacht* (como en el caso del mandato sin representación) y *auftrag* con *vollmacht* (como en el caso del mandato con representación); así también puede haber *vollmacht ohne auftrag* (es decir, poder sin mandato). En ese sentido, afirma Laband, el *auftrag* es irrelevante para la *stellvertretungsbefugnis* (autorización representativa o legitimación representativa); lo único relevante es la *Vollmacht*. De ahí que Laband afirme categóricamente que hay *vollmacht* sin *auftrag* por contenido y por fundamento (DE LORENZI).

Laband sin embargo va más allá, y no sostiene solamente la autonomía del poder respecto del mandato; sino que persigue la autonomía del poder en todos sus aspectos: la *vollmacht* es separada del negocio autorizativo y del negocio representativo. En ese sentido, el representante tiene un poder autónomo en virtud del cual vincula al representado.

En tanto externamente conferida, la *vollmacht* vale, respecto a los terceros de buena fe, por su tenor formal exterior aparente en el interés de la seguridad del tráfico; llegando con ello a sostener la hipótesis de una legitimación representativa aparente separada de la legitimación representativa sustancial.

Luego de haber descrito la teoría de Laband podemos decir que la autonomía del poder respecto del negocio de gestión tiene el siguiente significado (SALOMON):

- (i) Tiene una independencia de origen, pues el poder puede existir sin que exista' un negocio de gestión.
- (ii) Tiene una independencia de contenido, pues el negocio representativo regula las relaciones internas entre representante y representado, mientras que el poder regula la relación externa entre representante y tercero. De esta forma, el negocio celebrado por el representante dentro de los límites del poder es eficaz frente al tercero aun cuando se haya excedido de los límites del negocio de gestión; siempre claro está que actúe dentro de los límites del poder.
- (iii) Tiene una independencia respecto a sus condiciones de validez; pues las del poder son distintas a las del negocio de gestión.

En consecuencia, no es correcto confundir la autonomía del poder en los términos antes descritos con la abstracción (como comúnmente suele denominar la doctri-

na a esta característica), entendida ésta en oposición al negocio causal, pues es evidente que el poder es un negocio jurídico causal.

c. La relevancia del negocio de gestión en el poder.

Esta doctrina critica la fuerte abstracción a la que llega la teoría de la representación al establecer la absoluta autonomía del poder y el negocio de gestión. De esta manera, para esta teoría el poder y el negocio de gestión son dos actos distintos mas no autónomos, pues en la medida en que el representante debe actuar en nombre y en interés del representado, el negocio de gestión incide en la actuación representativa. Esta teoría es conocida como teoría de la cooperación, en virtud de la cual se sostiene que "El poder encuentra precisamente su causa en el negocio de gestión al cual aquél se encuentra inescindiblemente ligado" (PAPANTI-PELLETIER).

d. La opción del Código Civil peruano de 1984.

Actualmente la doctrina se encuentra en un debate entre la teoría de la autonomía y la de la cooperación. El Código Civil peruano de 1984 ha sufrido una importante influencia del BGB y del *Codice civil* de 1942 en *materia* de representación, que se advierte desde la sistemática misma seguida por nuestro Código y por muchas otras normas que son reflejo fiel del último de los códigos europeos antes citados. En ese sentido, se sigue pues una estructura normativa que tuvo una fuerte influencia de la doctrina que predicaba la absoluta autonomía del poder respecto del negocio de gestión, con lo que podríamos llegar a decir que es ésta la doctrina seguida por el Código civil de 1984, lo que no impide que la jurisprudencia sea la que de alguna u otra forma vaya delineando una mayor relación entre el negocio de gestión y el poder, lo que, en nuestra opinión, podría hacerse a pesar de la estructura normativa que mantiene nuestro Código.

Resulta importante precisar, sin embargo, lo que al respecto señala la exposición de motivos: "Se trata de un acto jurídico unilateral y receptivo y, además, autónomo respecto del acto jurídico por el cual el representante resulta obligado a ejercer la representación, pues el representante y el representado pueden estar vinculados jurídicamente por un contrato de prestación de servicios, de mandato, de obra, de trabajo o por cualquier otra relación contractual (oo.). De este modo, la autonomía de la representación, que constituye el criterio informante del Código, supone la existencia de una relación jurídica entre el representante y el representado, que viene a ser la relación representativa, y la existencia de otra relación jurídica, de índole diversa, que puede ser la relación originante de la representación, quedando, así, desvinculada la representación de toda otra relación jurídica a la que puede ir yuxtapuesta".

### 3. La representación legal

En este caso, la fuente de la representación se encuentra establecida en la ley, la que por consideración de la declaración de incapacidad de obrar de algunas personas y la necesidad de que él puedan actuar en el tráfico jurídico establece la persona que representará al incapaz, o en todo caso la forma de designación del representante; pues de lo contrario el incapaz se encontraría imposibilitado de reali

SU esfera jurídica. Sin embargo, la ley puede también en función de consideraciones distintas a aquellas de la incapacidad otorgar representación legal, como aquella que otorga en caso de la sociedad conyugal.

## DOCTRINA

ARANGIO RUIZ, Vicenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Jovene. Napoli, 1991; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1994; BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos dos Brasil. Comentários*. 41 edición. Edición histórica. Río editores. Río de Janeiro, 1979; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. 11 contratto. Giuffre. Milano, 1998; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Giuffre. Milano, 1987; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Tomo IV. le obbligazioni. Ristampa corretta delle lezioni a cura di Giuliano Bonfante. Giuffré: Milano, 1970; BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Utet: Torino.

1998; BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti delle obbligazioni)*. CEDAM. Padova, 1937; BRONCHDRST, Ever. *Explicaciones al título del Digesto, de diversas reglas del derecho antiguo*. Traducción al castellano por Pedro Iuano. Imprenta de Iara: México, 1868; CALASSO, Francesco. 11 *Negozio Giuridico*. Giuffre. Milano, 1987; CAPPELINI, Paolo. Voz "Rappresentanza (diritto intermedio)", en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 435-463: Giuffre. Milano, 1987. CARBONIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo 11. *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Vol. 11. Bosch. Barcelona, 1971; CARNEIUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1998. Reimpresión de la tercera edición de dicha obra publicada por la Soco Ed. Del "Foro Italiano". Roma, 1951; COING. *Derecho Común Europeo*. Madrid, 1996; CORNIL, Georges. *Explication historique de la regle alteri stipulari nemo potest*, en: *Studi in onore di Salvatore Riccobono*. Vol. 4. Págs. 243-258. Scientia Verlag Aalen. Darmstadt, 1974; CURTIS GIORDANI, Mario. *O código civil a luz do direito romano. Parte geral*. 21 ed. lumen Juris. Rio de Janeiro, 1996; D' AVANZO, Walter.

Voz: "Rappresentanza (diritto civile)", en: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIV. Págs. 801 -832; DI MAJO, Adolfo. Voz: Legittimazione negli atti giuridici, en: *Enciclopedia del diritto*.

Tomo XXIV. Giuffre. Milano, 1987; DI MARZO, Salvatore. *Le base romanistiche del codice civile*. Utet. Torino, 1950; DOMAT, Jean. *Le leggi civili nell'ordine naturale. Prima edizione veneta eseguita sulla traduzione di Napoli, rettificata in vari luoghi dal dottore Giuseppe Andrea Zuliani*. Giacomo Storti. Venezia, 1793; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOIF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Traducción de la 391 edición alemana por Bias Pérez González y José Alguer. Segunda edición. Bosch. Barcelona, 1981; ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*. Tomo 1. Negocios de sustitución. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987; FIUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*.

Madrid, 1982; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las partidas y el ordenamiento de Alcalá*, en: VACCA, letizia (compiladora)-*Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Giappichelli*. Torino, 1997. Págs. 175-188; HAMZA, Gabor. *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*. In Index N2 9. Págs. 193-229; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la*

*integración (con especial atención al derecho de los contratos).* Tomo 11. Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998. Págs. 181200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Gríjley. Lima, 1994. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Lean; MAZEAUD, Jean y CHABAS, Frangois. *Le90ns de Droit Civil*. Tomo 11. Primer volumen. *Obligations: Théorie générale*. 9<sup>e</sup> edición. Montchrestien. Paris, 1998; MELICH - ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffré. Milano, 1977; NATOLI, Ugo. Voz: "Rappresentanza (dirittoprivato)", en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 470-485. Giuffré: Milano, 1987; ORESTANO, Riccardo. Voz: "Rappresentanza (diritto romano)", en: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIV. Págs. 795-800; PAPANTI PELLETIER, Paolo. *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*. Giuffré. Milano, 1984; PLANOL Y RIPERT. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Ed. Cultural. Tomo 6. Pág. 459; MIRANDA de, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte general. Tomo 111. *Negócios jurídicos. Representação, Conteúdo. Forma. Prova*. Editora Revista Dos Tribunais. São Paulo, 1983. POTHIER, Joseph. *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*. Segunda edición. Battista Seguin. Napoli, 1819. PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Giuffré. Milano, 1965; PRIORI POSADA, Giovanni. *La representación negocial: del derecho romano a la codificación latinoamericana*, en *Ius et Veritas* N° 20. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. PUGLIESE, Giovanni. *In tema di "actio exercitoria"*. Jovene. Napoli; QUADRATO, Renato. Voz: "Rappresentanza (diritto romano)", en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XXXVIII. Págs. 417-435. Giuffré. Milano, 1987; RESCIGNO, Pietro. Voz: *Legittimazione(Diritto sostanziale)*, en: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo IX. Utet: Torino, 1982; RICCOBONO, Salvatore. *Líneamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, en: *Annali del Seminario Giurídico di Palermo*. Vol. XIV. Págs. 389-427. Año 1930; TEXEIRA DE FREITA~, Augusto. *Código Civil*. Esbogo. Edigao em homenagem ao centenário da morte de Augusto Texeira de Freitas. Ministerio de Justiga. Departamento di Imprensa Nacional: Brasilia, 1983; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997. SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Traducción al italiano de Vittorio Scialoja. Utet. Torino, 1888; SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. Traducción de Giovanni Pacchioni. UTET. Torino, 1915; SERRAO, Feliciano. Voz: "Istitore (storia)", en: *Enciclopedia del diritto*. Giuffré. Milano, 1971. SCIALOJA, Vittorio. *Negozi Giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell' anno accademico 1892 - 1893. Raccolto dai dottori Mapei e Nannini*. Foro Italico. Roma, 1933; STARCK, Boris; ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. *Droit Civil. Les obligations*. Tomo 2: Contrat. Sexta edición. Litec. Paris, 1998; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985. VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam. Padova, 1992; WACKE, Andreas. *Alle origini della rappresentanza diretta: le azione adietizie*. Traducción al italiano de Francesca Lamberti, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)*. Tomo 11. Págs. 145-180; Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998; WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Utet. Torino, 1902. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Law and Taxation Publishers & Legal and Academic Publishers. Cape Town. 1992.

## I JURISPRUDENCIA

*"El artículo 145 del Código Civil establece que el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley"*

*(Cas. N° 306-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 24104/98, p. 758)*

*"Es sabido que la facultad de representar a una persona en la celebración de un negocio jurídico requiere para validez y eficacia, que la persona en nombre de quien actúe el representante exista físicamente y no se haya extinguido por fallecimiento"*

*[Sentencia del Tribunal Supremo de, 20/03/64, Código Civil (Español). p. 198]*

## REPRESENTACIÓN ENTRE CÓNYUGES

*Se permite la representación entre cónyuges.*

### CONCORDANCIA:

e.e. art.292

e.p.e. art.65

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario permite que los cónyuges puedan representarse entre sí, y encuentra explicación única y exclusivamente en la medida en que el artículo 1339 del Código Civil de 1936 prohibía la contratación entre cónyuges. Ahora bien, a fin de comprender la norma bajo comentario, se hace preciso tener en cuenta que cuando dos personas contraen matrimonio se forma un patrimonio autónomo conocido con el nombre de sociedad conyugal.

El patrimonio autónomo es un centro de imputación jurídica distinto a las personas naturales y a las personas jurídicas, y que existe en la medida en que la ley así lo disponga. Siendo ello así, el patrimonio autónomo es un sujeto de derecho con capacidad jurídica y de obrar limitadas, pues en la medida en que se trata de una creación legal, la posibilidad de actuación de los patrimonios autónomos dentro del ordenamiento jurídico se limita a aquello que la propia ley establece.

Siendo ello así, ante un matrimonio se debe distinguir la presencia de tres sujetos de derechos: el esposo, la esposa y la sociedad conyugal. Los tres sujetos de derechos son distintos y autónomos, y cada uno resulta ser titular de diversas situaciones jurídicas subjetivas. De lo expuesto resulta pues que en la vida diaria se pueden presentar hipótesis en las cuales actúe solo uno de los cónyuges o actúe la sociedad conyugal. E incluso, puede ocurrir que actúen los dos cónyuges conjuntamente sin que ello suponga la actuación de la sociedad conyugal. Analicemos pues las dos formas de actuación a fin de determinar las formas de representación en cada uno de los casos.

### 1. La representación entre cónyuges

La norma bajo comentario regula el supuesto en el cual uno de los cónyuges sea titular exclusivo de una determinada situación jurídica, sin embargo para la realización o actuación de la misma, otorga un poder al otro cónyuge para que lo represente. En este caso, la calidad de representante lo tendrá el cónyuge "A" y la calidad de representado lo tendrá el cónyuge "B". Lo que la norma está estableciendo es que es absolutamente permitido que un cónyuge pueda otorgarle poder al otro, con la finalidad de que el otro cónyuge lo ejerza en su nombre.

## ART. 146

dad de que éste pueda realizar negocios jurídicos en nombre de aquél que afecten a su esfera jurídica. Esta norma es absolutamente comprensible dentro de la concepción de igualdad de los cónyuges en el matrimonio.

### 2. La representación de la sociedad conyugal

Como hemos venido diciendo, la norma bajo comentario regula la hipótesis de la representación entre los cónyuges, mas no dice nada acerca de la representación de la sociedad conyugal, a pesar de lo cual creemos necesario detenemos en este punto. Las normas que regulan la representación de la sociedad conyugal son el artículo 292 del Código Civil y el artículo 65 del Código Procesal Civil.

La primera de dichas normas establece que la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, salvo para la representación procesal. De esta forma, la sociedad conyugal (que como hemos dicho resulta ser un patrimonio autónomo y como tal, un ente distinto a las personas que lo conforman) deberá realizar actos jurídicos a través de representante, siendo que, de acuerdo a ley, para que la sociedad conyugal actúe debidamente representada los dos cónyuges deberán realizar conjuntamente los negocios jurídicos en nombre de la sociedad conyugal. La calidad de representante de la sociedad conyugal corresponde pues a los dos cónyuges de manera conjunta, con lo cual para realizar cualquier acto jurídico respecto de cualquier situación jurídica de la cual sea titular la sociedad conyugal deberán actuar necesariamente los dos cónyuges. Estamos pues ante un caso de representación conjunta, donde se hace necesario que participen los dos cónyuges para que el acto jurídico realizado en nombre de la sociedad conyugal pueda surtir efectos respecto de ésta. Sin embargo, la ley permite que uno de los cónyuges pueda delegar en el otro el poder de representación.

Respecto de la representación procesal, el artículo 65 del Código Procesal Civil establece que es suficiente que cualquiera de los dos cónyuges actúe cuando se trata de iniciar un proceso respecto de una situación jurídica de la cual es titular la sociedad conyugal. Sin embargo, cuando la sociedad conyugal actúe como demandada, se hace necesario que el acto de demanda les sea notificado a los dos, es este último otro caso de representación conjunta, debiéndose entender entonces que la notificación de la demanda se habrá realizado válidamente en la medida en que ambos cónyuges hayan sido notificados debidamente. Nótese que, al estar ante un caso de representación, el sujeto representado será la sociedad conyugal, con lo cual la calidad de parte la tendrá esta última. La actuación de los cónyuges es solo la actuación de los representantes de la misma. Con ello pues, en el caso de que la sociedad conyugal sea demandada, estamos frente a un caso de representación conjunta, mas no frente a un caso de litisconsorcio necesario como lo ha sostenido parte de la doctrina nacional (ARRARTE).

### ~ DOCTRINA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Sobre el litisconsorcio y la intervención de tercero*

*ceros y su tratamiento en el Código Procesal Civil Peruano*, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo 1. 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 1: La norma giuridica. Giuffre. Milano, 1990; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## PLURALIDAD DE REPRESENTANTES

*Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.*

### CONCORDANCIAS:

*C.C. art. 780, 782  
LEY26887 año 90*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario tiene como supuesto de hecho el que una persona haya designado a varios representantes y está destinada a proteger a los terceros que contratan con el representante. En ese sentido, se trata de establecer cómo deben actuar dichos representantes, regulándose fundamentalmente dos supuestos:

1. Cuando se han designado varios representantes, ya todos o a algunos de ellos se les han conferido las mismas facultades de representación.
2. Cuando se han designado varios representantes, y a todos se les han conferido diversas facultades de representación.

Estamos pues frente a lo que la doctrina conoce como la representación colectiva o pasivamente colectiva o colectiva pasiva (SALOMONI).

1. Cuando se han designado varios representantes, y a todos o a algunos de ellos se les han conferido las mismas facultades de representación  
En este caso, la norma además hace las siguientes distinciones:
  - a. Cuando al momento de otorgar el poder a varios representantes que tienen las mismas facultades, no se ha dicho cómo deben actuar éstos; se entenderá que los representantes actuarán indistintamente (es lo que la doctrina conoce con el nombre de representación disyuntiva).  
En este caso el representado ha otorgado un poder a varios representantes con las mismas facultades de representación, sin precisar cómo deben actuar los representantes, si indistinta, conjunta o sucesivamente. En ese sentido, el tercero que va a contratar con el representante tiene conocimiento de la existencia de

varios representantes, pero no sabe cómo deben actuar los representantes para obligar finalmente al representado. De esta forma, con la finalidad de tutelar al tercero que contratará con el representante, la norma establece que en estos casos se presume que la representación es indistinta. Ello quiere decir que cada uno de los representantes por sí solo tiene las facultades de representación que haya conferido el representado, sin que sea necesario que participe el otro u otros representantes en la celebración del acto jurídico.

El problema que inmediatamente nos plantea la norma es establecer si dicha presunción es relativa o absoluta. En ese sentido, compartimos la opinión de autorizada doctrina nacional en el sentido de que la presunción es *iure et de iure*, y en consecuencia, no admite prueba en contrario (LOHMANN). La razón por la cual participamos de dicha opinión es que la razón de ser de la norma precisamente está en brindarle al tercero una certeza en la contratación que está realizando, de forma tal que si no se ha indicado expresamente en el acto de apoderamiento que los representantes deben actuar conjuntamente, no se le exige al tercero indagar la forma en la que deben actuar los representantes para obligar al representado, sino que más bien el representado tiene la carga de indicar en el acto de apoderamiento que los representantes deben actuar conjunta o indistintamente si quiere que ello sea así. Con ello, si en el acto de apoderamiento no se ha indicado expresamente que los representantes deben actuar conjunta o sucesivamente, no se requiere indagar en el tercero si a través de otras formas éste conocía que los representantes debían actuar conjunta o sucesivamente, pues la presunción está para favorecerlo.

Evidentemente, siendo una norma que tiene por finalidad tutelar al tercero, sus disposiciones no son aplicables a la responsabilidad en la que podía haber incurrido uno de los representantes si, debiendo actuar conjuntamente, actuó individualmente. En este caso, el representante será responsable frente al representado, sin que dicha responsabilidad influya en la eficacia del negocio jurídico celebrado con el tercero, pues en todo caso estaremos ante un supuesto de representación aparente.

Un problema que no queda resuelto por la norma es el caso en que los diversos representantes que actúan indistintamente celebren negocios jurídicos paralelos, es decir, que más de uno celebre en nombre del representado un negocio jurídico respecto del mismo objeto. En este caso habrá que acudir a otras normas del Código para resolver el problema propuesto; en especial aquellas relativas a la concurrencia de acreedores así como las normas registrales. Sin embargo, la 'doctrina, para dar solución a este problema, distingue entre las siguientes dos hipótesis:

- (i) si es posible establecer un orden cronológico entre los distintos negocios jurídicos entonces se puede establecer una prevalencia respecto de los diversos actos jurídicos, para lo cual se debe seguir la regla conforme a la cual debe primar el acto jurídico celebrado primero en el tiempo; con lo cual solo este acto jurídico debe ser el eficaz; decimos que dicho principio debe regir como regla

general, pues deben tenerse en consideración las normas sobre concurrencia de acreedores y las registrales; y

(ii) si no es posible establecer un orden cronológico al haber sido celebrados los distintos negocios jurídicos en el mismo momento, la doctrina se inclina por establecer que los actos celebrados simultáneamente son nulos por ser contradictorios entre sí.

b. Cuando al momento de otorgar el poder a varios representantes que tienen las mismas facultades, se ha dicho que tienen que actuar conjuntamente deberán actuar todos los representantes para que el negocio jurídico tenga eficacia en la esfera jurídica del representado.

La representación conjunta requiere la intervención de todos los representantes designados por el representado en la celebración del negocio jurídico específico, de lo contrario dicho negocio jurídico no podrá surtir efectos en la esfera jurídica del representado. De esta forma, todos los representantes designados por el representado deberán manifestar su voluntad en la celebración del negocio jurídico, y en consecuencia el vicio de voluntad de uno solo de los representantes viciará el negocio jurídico celebrado (LOHMANN). Cabe precisar finalmente que, de conformidad a la norma bajo comentario, la representación conjunta debe ser expreso..

Cuando al momento de otorgar el poder a varios representantes que tienen las mismas facultades, se ha dicho que tienen que actuar sucesivamente, se entiende que debe actuar uno de ellos, y solo en defecto de éste o cuando éste no pueda actuar, recién podrá actuar el otro.

## **2. Cuando se han designado varios representantes, ya todos se les han conferido diversas facultades de representación**

Este supuesto es el menos problemático pues es evidente que en este caso cada representante se hallará facultado para realizar los actos expresamente autorizados por el representado. Al no producirse en este supuesto un caso de duplicidad de facultades de representación, no se hace necesario acudir a los institutos de la representación conjunta, indistinta o sucesiva; pues solo hay un representante facultado para realizar un determinado acto.

### **~ DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica: Lima, 1998; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giurídico*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1994; BIANCA, Massimo. *Diritto Cívile*. Tomo 111: *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano; NATOL!, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; NATOL!, Ugo. Voz: "Rappresentanza (diritto privato)". En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 470 - 485. Giuffre: Milano, 1987; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco: Lima, 1985.

## RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS REPRESENTANTES

*Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.*

CONCORDANCIAS:

C.C.        artº 1183 y ss.  
LEY26887    artº 177

*Comentario*

*Giovanni; Prior; Posada*

El artículo bajo comentario regula la responsabilidad del representante en el caso que existan más de dos representantes designados. En ese sentido, la norma establece que si son dos o más representantes y éstos han sido designados en un único acto y para realizar un acto de interés común, la responsabilidad de ellos frente al representado y el tercero es solidaria.

### 1. El supuesto de hecho de la norma: la representación conjunta

Analizando la norma en comentario podemos advertir que el supuesto de hecho exige que se presenten conjuntamente tres elementos a fin de que se dé la consecuencia jurídica establecida en la norma:

- (i) que estemos frente a dos o más representantes;
- (ii) que el poder haya sido otorgado en un acto único; y,
- (iii) que el poder haya sido otorgado para un objeto de interés común.

#### (i) La representación colectiva pasiva

El primero de los elementos antes descritos nos coloca frente a la pluralidad de representantes a la que nos hemos referido al comentar el artículo 147 del Código Civil. El tema que se nos plantea entonces es el determinar si al referirse a la pluralidad de representantes la norma está queriendo comprender a los casos de representación indistinta, conjunta y sucesiva, o solo a una de ellas. A criterio de Lohmann la norma es aplicable única y exclusivamente a los casos de representación conjunta, llegando a dicha conclusión luego del análisis de los otros dos elementos que conforman el supuesto de hecho de dicha norma; para lo cual nos detendremos a analizar los otros dos elementos para posteriormente arribar a la conclusión sobre el real alcance de esta norma.

(ii) El poder otorgado en un acto único.

El segundo de los elementos antes nombrados hace referencia a que el poder haya sido otorgado en un acto único, es decir, en un solo acto. Antes de empezar con el análisis debemos decir que la redacción de la norma es poco feliz. Cabe en este caso precisar que cuando la norma se refiere a "acto único", no está queriendo decir "un único documento", pues sabemos que se debe distinguir entre el negocio jurídico y el documento que lo contiene, con lo cual es perfectamente posible que un solo documento pueda contener más de un negocio jurídico.

De esta forma, entonces, la norma parece haber querido dar a entender lo siguiente: como el otorgar facultades de representación a una persona es un negocio jurídico, cada vez que se otorguen facultades de representación a una persona estaremos ante un negocio jurídico distinto (aun cuando se haya utilizado un mismo documento para tal efecto), salvo, claro está, que se haya indicado que la representación que se otorga es conjunta; pues en este caso el negocio jurídico por medio del cual se otorga el poder de representación adquiere sentido en la medida en que son varias las personas a las cuales se les está dando poder requiriéndose la participación de todas ellas en el negocio jurídico celebrado en nombre del representado. Con ello, se otorga un poder de representación a varias personas a través de un único acto solo cuando estamos frente a los supuestos de representación conjunta o sucesiva. De ahí que descartemos que la norma en comentario sea de aplicación al caso de representación indistinta.

(iii) Que el poder haya sido otorgado para un objeto de interés común.

El tercero de los elementos es el que probablemente genere mayores dificultades de análisis; pues se dice que solo estaremos en el supuesto de hecho de la norma en la medida en que el poder se haya otorgado *para un objeto de interés común*. Con ello pues se hace necesario interpretar qué es lo que se entiende por *objeto de interés común*. *Objeto* puede ser entendido como el propósito por el cual se ha dado el poder de representación (LOHMANN) o como el acto jurídico que debe realizar el representante en ejercicio de las facultades que le fueran conferidas, personalmente me inclino por esta última interpretación.

Cuando la norma se refiere a un objeto de interés común, lo que en realidad ha hecho es utilizar una terminología que es propia de la doctrina para referirse a la representación colectiva activa, mas no para la representación colectiva pasiva; pues en el primer caso, en la medida en que el negocio que se va a regular es el del representado, sí es posible que existan varios representados, quienes tengan un mismo interés en la celebración del negocio jurídico por parte del representante; lo que no ocurre en los casos de representación colectiva pasiva (nos remitimos para tal efecto al comentario al artículo 150 del Código Civil).

Siendo ello así, la frase *de interés común* ofrece aun mayores problemas, pues nos puede llevar al tema del *interés* en la representación; y como sabemos, la representación se puede otorgar en *interés del representado*, en *interés del representante* o en *interés de ambos*. La regla general es que el poder de representación se otorgue en interés del representado, tanto es así que la norma general que

regula el instituto de la representación en el *Codice civil* de 1942 hace referencia al *interés del representado*. Pero nada impide que la representación pueda también darse en *interés del representante*, aunque no sea común que ello ocurra, como en el caso citado por Lohmann en el cual el deudor le otorga un poder de representación a su acreedor, para que éste venda un bien y con el producto de dicha venta se cobre el crédito. Y puede ocurrir también que el poder pueda ser otorgado en *interés del representante y del representado*, lo que se presenta por ejemplo en los casos en que tres copropietarios le otorgan poder a uno de ellos para que éste se encargue del bien objeto de la copropiedad. De esta forma, *interés común* puede querer hacer referencia a los casos en los cuales el poder se haya otorgado en interés del representante y del representado; e incluso puede pensarse que, en la medida en que nos encontramos ante un caso de representación colectiva pasiva, cuando se dice *interés común* se está queriendo referir a un interés común de los diversos representantes. No vemos, sin embargo, razón por la cual solo se establezca la solidaridad en los casos en los cuales el poder se haya otorgado en interés del representante y del representado; o solo en interés de los representantes.

De esta forma, entonces, nos parece que el inapropiado uso de la frase *interés común* que hace el Código Civil es solo para enfatizar el hecho de que dicha norma es aplicable única y exclusivamente a los casos de representación conjunta, pues se está haciendo referencia a la participación común.

## 2. La consecuencia jurídica: la responsabilidad solidaria

Habiendo ya delimitado que el supuesto de hecho de la norma es el siguiente: Si se ha otorgado representación conjunta, veamos cuál es la consecuencia jurídica, y la norma dice: *éstos quedan obligados solidariamente frente al representado*.

Una primera conclusión que se puede desprender de la sola lectura de la norma es que se establece la responsabilidad solidaria de los representantes conjuntos solo frente al representado, cuando hubiera sido especialmente recomendable que dicha disposición legal se refiera a la responsabilidad frente al tercero, no pudiéndose extender dicha solidaridad frente al tercero de acuerdo a la regla conforme a la cual la solidaridad no se presume, pues tiene que estar expresamente establecida en la norma o en el contrato.

Otro aspecto importante es establecer a qué obligación se está refiriendo la norma. En este punto existen dos posibilidades:

- (i) Las obligaciones asumidas por los representantes al momento de haber aceptado la representación.
- (ii) La responsabilidad por los daños y perjuicios por excederse en las facultades de representación o por ir contra los intereses del representado.

La norma no hace ninguna distinción y aunque parezca más razonable que la norma se pueda estar refiriendo al segundo de los casos antes expuestos, nada debería impedir que pensemos que puede estar también refiriéndose al primero.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *Il contratto*. Giuffre. Milano, 1998; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercer~ edición. Giuffré. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## REVOCACIÓN DE PODER

*El poder puede ser revocado en cualquier momento.*

### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 151, 153, 1808*

*C.P. C. artº 78*

*LEY26887 arts. 14, 122, 415inc.2)*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario regula una de las formas de extinción de la representación, cual es la revocación; señalando en ese sentido que el poder puede ser revocado en cualquier momento. De esta forma, debe entenderse que, para el Código Civil, por regla general el poder puede ser revocado, pues más adelante en el artículo 153 se dirá que se puede establecer que el poder sea irrevocable. Con lo dispuesto en el artículo 149 del Código Civil se inicia la regulación de las formas de extinción de la representación.

### 1. La extinción del poder en ~eneral: antecedentes y análisis comparado

En el derecho romano el mandato se extinguía por la ejecución del mandato, por cumplirse el término del contrato, por la voluntad del mandante (*revocatio*), por la voluntad del mandatario (*renuntiatio*) o por la muerte de cualquiera de las partes.

Por su parte, el *Code civil* establece en su artículo 2003 que la representación termina por revocación del mandatario; por renuncia; o por muerte natural, muerte civil, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario. De esta forma, el mandatario puede revocar el mandato en cualquier momento; sin embargo si solo ha sido notificada al mandatario dicha revocación no podrá ser opuesta frente a los terceros. Se permite también la renuncia del mandato por parte del mandatario, siendo necesario solamente que lo notifique al mandante; debiendo aquél indemnizar a éste en caso de que dicha renuncia le haya producido un daño. Los actos ejecutados por el mandatario desconociendo la muerte del mandante, o cualquiera de las otras causas de extinción del mandato, son válidos. En caso de muerte la carga del aviso de dicha circunstancia al mandatario recae en los herederos del mandante.

El artículo 1732 del Código civil español establece que los casos en los cuales se extingue un contrato de mandato son: revocación del mandante; renuncia del mandatario; y la muerte, incapacidad, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario; como vemos pues las causas de extinción no son

diversas a los dos Códigos europeos que lo antecedieron. La revocación puede producirse en cualquier momento, sin necesidad de expresar una justa causa. La renuncia del mandatario debe ser comunicada al mandante, a quien deberá indemnizar en caso de que la renuncia le origine perjuicios. Sin embargo, en los casos de renuncia del mandatario, éste deberá continuar con su gestión hasta que el mandante no tome las medidas que sustituyan su procuración. De acuerdo al Código civil español, también se producirá revocación en los casos en los que el mandante nombre a otro mandatario para realizar el mismo negocio.

En la parte general de representación, el BGB establece en su parágrafo 168 que: "La extinción del poder se determina según la relación jurídica existente como base de su concesión. El poder es también revocable -aun- subsistiendo la relación jurídica, mientras que de ésta no se deduzca otra cosa. A la declaración de revocación se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 167, párrafo 1". Notamos de esta regla general de la representación que no se hace referencia sino a un solo caso de extinción del poder, cual es la revocación. Los demás casos dependerán, de acuerdo al BGB, de la 'relación jurídica existente como base de su concesión', es decir de lo que la doctrina alemana denomina 'relación jurídica subyacente' o negocio de gestión. De esta forma, a fin de poder establecer cuáles son los demás casos de extinción del poder en el BGB debemos acudir a lo que se considera la 'relación jurídica subyacente' por excelencia del poder, cual es el contrato de mandato. Es en la parte de mandato donde podemos encontrar las demás formas de extinción. Así, el parágrafo 671 hace referencia a la revocación del mandante y la renuncia del mandatario; el parágrafo 672 regula la muerte y la incapacidad negocial del mandante y el parágrafo 673 regula la muerte del mandatario.

Sobre la revocación del poder, la doctrina alemana ha establecido que la revocabilidad es un elemento estructural esencial al poder, ya que si el representado por su propia voluntad ha concedido al representante el poder de regular sus intereses, esta posibilidad subsistirá en la medida en que la voluntad del representado se mantenga; es por ello que el poder se encuentra en constante posibilidad de ser revocado (FLUME). De ahí se explican las normas contenidas en el contrato de mandato con referencia a que el mandante puede revocar en cualquier momento el poder que ha conferido. Este fundamento de la revocación en la voluntad del representado haría pensar que siendo un elemento estructural esencial al poder su revocabilidad, no cabe la posibilidad de que un poder sea irrevocable. Ello, sin embargo, no es cierto.

En efecto, durante el derecho común, en la medida en que no se distinguía entre poder y mandato se admitía la natural revocabilidad de éste. Sin embargo, con posterioridad a la teoría desarrollada por el alemán Laband respecto de la distinción entre poder y mandato, la doctrina dominante continuó sosteniendo la revocabilidad del poder; tan es así que el primer proyecto del BGB establecía una norma conforme a la cual el poder era por esencia revocable, no pudiéndose renunciar a su revocabilidad. Dicha regulación fue duramente criticada, tan es así que la segunda comisión consideró que: "Hay que mantener el principio de la libre revocabilidad del poder para el caso constitutivo de la regla general, de que el poder se otorgue exclusivamente en interés del poderdante. Para otros casos, configurados diferentemente,

## ART.149

existe sin embargo la necesidad de reconocer poderes irrevocables". Es por ello que el BGB admite el poder irrevocable cuando su irrevocabilidad resulta de la relación jurídica subyacente.

No es tan diversa la sistemática del *Codice civile* de 1942 respecto a la del BGB en materia de extinción de la representación. En efecto, en la parte general de representación solo existe una norma que hace referencia a la extinción, y es la norma del artículo 1396 la que regula más que nada el conocimiento que deben tener los terceros de las modificaciones o extinción del poder. De esta forma, al igual que el BGB, el *Codice civile* de 1942 contiene una referencia expresa a solo una de las causas de extinción del poder, cual es la revocación. En ese sentido, debemos indagar las normas sobre extinción de la representación en la parte del contrato de mandato. Así, el artículo 1722 del *Codice civile* de 1942 establece como formas de extinción del mandato, el cumplimiento del plazo fijado en el contrato; el cumplimiento del negocio para el cual ha sido conferido; renuncia del mandatario; y la muerte, inhabilitación o interdicción del mandante o del mandatario. La revocación es considerada por la doctrina italiana como el negocio unilateral mediante el cual el representante priva de eficacia al poder, extinguendo el poder del representante. Dicha revocación puede ser expresa o tácita. Será tácita cuando el representado tiene un comportamiento incompatible con la voluntad de mantener el poder de representación, como el caso del artículo 1724 del *Codice civile* de 1942.

En la codificación latinoamericana, en términos generales, la regulación en torno a la extinción de la representación se encuentra dentro de la parte correspondiente al contrato de mandato. Incluso aquellos códigos que han optado por una sistemática de regulación del instituto de la representación de forma general (sea en la parte general de contratos, que en la parte general de acto jurídico) regulan fundamentalmente estos casos en la parte de contrato de mandato; y, en términos generales, siguen el modelo del BGB y del *Codice civile* de 1942 de indicar en la parte general de representación solo una de las formas de extinción de ésta, cual es la revocación. Al regular las causales de extinción de la representación, los códigos civiles latinoamericanos siguen por regla general al *Code civil*, salvo aquellos que fueron dictados en el siglo XX y que tienen una influencia, sea del BGB que del *Codice civile* de 1942, como es el caso del Código Civil Peruano de 1984.

En ese contexto, el Código Civil de 1984 regula la revocación y la renuncia en la parte general de acto jurídico. Es en la parte del contrato de mandato donde regula, de forma general, las causales de extinción de este contrato, entre las que solamente se encuentran la ejecución total del mandato; el vencimiento del plazo del mandato; y, la renuncia, interdicción e inhabilitación del mandante o del mandatario.

### 2. La revocación del poder

La revocación es el negocio jurídico unilateral mediante el cual el representado priva de efectos al poder otorgado al representante (BIANCA), eliminando con ello la legitimación que el representado le había conferido al representante con el poder (SALOMONI). Algunos autores (NATOLI, HINOSTROZA) consideran que la revocación es un derecho potestativo del representado.

La doctrina también considera a la modificación del poder como un caso de revocación parcial, en los casos, claro está, que la modificación suponga quitarle algunas facultades de representación al representante, en cuyo caso le será de aplicación a I esta situación, toda la disciplina de la revocación. Distinto, obviamente, es el caso en que la modificación suponga más bien la ampliación de las facultades del representante, en cuyo caso se habla más bien de *integración del poder*.

Es muy importante entender el fundamento de la revocabilidad del poder. Sobre este aspecto, la doctrina manifiesta que en la medida en que el poder constituye una exteriorización de la autonomía privada del *dominus* (representado) y un instrumento para la realización de su interés; permanece siempre en la voluntad del *dominus* la plena libertad de ejercer su autonomía negocial como lo hacía antes de otorgarle el poder al representante (SALOMONI). De esta forma, en tanto que el poder es un acto a través del cual el representado confiere al representante legitimación a fin de que éste pueda realizar actos que tendrán efectos en la esfera jurídica de aquél; el representado debe tener la más amplia libertad de revocar el poder, es decir, de decidir en cualquier momento y con la más amplia libertad que esa persona a la cual había nombrado como representante ya no sea quien regule sus intereses.

De esta forma, la facultad que tiene el representado para revocar el poder es muy amplia, pero habría dos casos en los que esta facultad amplia se vería restringida:

- (i) El representado no podría revocar el poder cuando haya otorgado un poder irrevocable. Hemos dicho que por regla general opera la revocación en materia de apoderamiento, debido a la especial naturaleza de este negocio jurídico, por ello, el poder irrevocable es más bien excepcional, yes por eso que los códigos latinoamericanos lo admiten (artículo 1977 del Código argentino, 1317 del Código brasileño y artículo 153 del Código peruano), lo hacen solo con las siguientes exigencias:
  - cuando se trate de cumplir con un negocio especial;
  - por un tiempo ilimitado (en el caso del Código peruano el plazo de la irrevocabilidad no puede ser mayor a un año); o,
  - cuando el poder haya sido otorgado en interés del representante o de un tercero.

- (ii) El segundo caso en el cual el representado no tendría tan amplia libertad de revocación es cuando el poder haya sido conferido en interés del representante y de un tercero. Es claro que en estos casos el fundamento de la libre y amplia revocabilidad del poder desaparece.

La revocación puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando el representado manifieste su voluntad explícita en el sentido de hacer uso de su facultad de revocar el poder que ha conferido. Será tácita cuando el representado, sin manifestar expresamente su voluntad, realice un acto posterior al otorgamiento del poder que resulte incompatible con el acto de apoderamiento. En ese sentido, la legislación comparada -en especial, la latinoamericana- prevé expresamente como casos de revocación tácita los siguientes:

## ART.149

- (i) cuando el representado nombre a otro representante para la realización del mismo acto; o,
- (ii) cuando el representado intervenga directamente en la ejecución del contrato para el cual había nombrado representante; o,
- (iii) cuando habiendo el representado concedido anteriormente un poder general, otorga uno especial para algunos negocios comprendidos en el primero, en cuyo caso el último poder revocará en parte al primero.

El Código Civil peruano de 1984 regula en su artículo 151 los dos primeros supuestos de revocación tácita antes señalados, cuyo comentario realizaremos cuando nos ocupemos de dicha norma.

Ahora bien, tanto la revocación expresa como la revocación tácita deben ser puestas en conocimiento del representante para su eficacia, y a los terceros; ello ha dado lugar a que parte de la doctrina considere que la revocación es un acto jurídico unilateral de recepción; pero sobre ello nos ocuparemos al analizar el artículo 152 del Código Civil.

### ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Utet. Torino, 1998. CARBONIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo 11. *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Vol. 11. Bosch. Barcelona, 1971; ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*. Tomo 1. *Negocios de sustitución*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1987; FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle*. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*. Madrid, 1982; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma 'Tor Vergata'. Centro di Studi Latinoamericanos: Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994. MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*; Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985; VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam. Padova, 1992.

### . JURISPRUDENCIA

*"Los poderes otorgados por las personas jurídicas mantienen su vigor mientras no sean revocados, siendo indiferente que los directivos que suscribieron el contrato hayan cesado en sus cargos"*

*(Exp. N° 711-92-ICA Normas Legales  
N° 232, p. J-11)*

## PLURALIDAD DE REPRESENTADOS

*La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto solo si es realizada por todos.*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario quiere regular la revocación en los casos de representación colectiva activa, y para tal efecto establece que cuando se revoque un poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, la revocación solo producirá efectos si es realizada por todos los representados.

### 1. El supuesto de hecho de la norma: la representación colectiva activa

El supuesto de hecho de la norma nos lleva a lo que la doctrina conoce como representación colectiva activa.

La doctrina conoce con el nombre de representación colectiva activa o representación compleja o representación activamente colectiva al supuesto en el cual el poder de representación haya sido conferido por una pluralidad de sujetos (representados) a un solo representante para realizar un negocio común de los representados.

En este caso el poder se confiere por la manifestación de voluntad de un conjunto de sujetos, de forma tal que dichas declaraciones se convierten en interdependientes la una de la otra, pues en la medida en que el objeto que se quiere desarrollar es común se hace necesaria la manifestación de voluntad de todos los representados para que el representante pueda considerarse autorizado (SALOMONI).

Ahora bien, debe tenerse presente el hecho de que si bien es cierto para la existencia de la representación colectiva activa se requiere de la manifestación de voluntad conjunta de los varios representados, no se requiere que dicha manifestación obre en un mismo documento, pues puede desprenderse la autorización de diversos documentos de cuyo conjunto se puede desprender la autorización de todos los representados.

Es precisamente ese negocio común al que hace referencia la doctrina, lo que se ve reflejado en la norma bajo comentario cuando se afirma "*para un objeto de interés común*": En ese sentido, el *objeto* del negocio que será realizado por el representante debe ser de interés común, es decir no solo de interés del representado individualmente considerado, sino del conjunto de ellos; con lo cual nótese que no estamos ante un supuesto en el cual varios representados le otorgan a un solo representante

poder para que éste realice un negocio jurídico en nombre de aquéllos con el objeto de regular un interés autónomo o individual de cada uno de ellos, sino que se trata más bien de un caso en el que existe un interés común del cual participan los diversos representados, el mismo que será objeto del negocio jurídico que deba realizar el representante. En ese caso, la norma no es de aplicación en el ejemplo que A y B le otorguen un poder a e con la finalidad de que este último venda la casa de A y venda la casa de B; pues en este ejemplo es claro que si bien es cierto los dos representados le han otorgado poder al mismo representante y probablemente en el mismo documento, el interés que será regulado mediante el negocio jurídico que deba celebrar el representante es más bien un interés individual, independiente, que es propio de cada uno de los representados. La norma más bien está pensada en aquellos casos en los que A y B sean copropietarios de un mismo bien, en cuyo caso los dos le dan poder a e para que venda la casa de la cual son copropietarios.

Un interesante tema que plantea la representación colectiva activa es la ratificación de los negocios jurídicos realizados por el *fa/sus procurator*; es decir, por quien actúa sin haber sido designado representante, o habiéndolo sido se excede en las facultades de representación otorgadas. En nuestra opinión, la ratificación debe ser realizada por todos los supuestos representados, pues de otra forma los efectos del negocio jurídico realizado por el *fa/sus procurator* no pueden imputarse en la esfera jurídica de los representados.

## **2. La consecuencia jurídica: la revocación debe ser realizada por todos los representados**

Siendo pues que se hace necesario que el acto de apoderamiento provenga de todos los representados, se hace necesario que el acto de revocación provenga también de todos ellos, pues en la medida en que ya se declaró la voluntad conjunta de querer otorgarle el poder de representación al representante para que realice un negocio de interés común, se hace necesario también que los representados manifiesten una voluntad común para revocar dicho poder, pues puede ocurrir que uno de ellos aún desee que el representante realice dicho negocio.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. 11 *contratto*. Giuffre. Milano, 1998; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani. Roma, 1998. Págs. 181-200. LOHmann LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley: Lima, 1994. NATOLI!, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## REVOCACIÓN TÁCITA DEL PODER

*La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante.*

CONCORDANCIAS:

C.C. arlo 141

C.P.C. arlo 78

LEY26887 arl.15

Comentario

Giovanni Prior; Posada

El artículo bajo comentario regula la revocación tácita del poder contemplando dos supuestos específicos de revocación tácita, estableciendo además cuándo se producen los efectos de la revocación tácita. En estricto pues, el artículo bajo comentario contempla las siguientes normas jurídicas:

1. Si el representado designa un nuevo representante para realizar el mismo acto para el cual había designado un representante anterior, entonces revoca el poder anterior.
2. Si el representado celebra el negocio jurídico para el cual había designado representante, entonces revoca el poder que había conferido para la celebración de dicho acto.
3. Cuando el representado comunique al primer representante la designación del nuevo se producirán los efectos de la revocación.
4. Cuando el representado comunique al representante que ha actuado en la celebración del negocio jurídico para el cual lo había designado, se producen los efectos de la representación.

Como hemos venido diciendo, los supuestos de hecho de la norma se ubican dentro de la revocación tácita del poder de representación, razón por la cual nos remitimos a todo lo expresado acerca de la revocación en el comentario al artículo 149 del Código Civil.

Debe tenerse en cuenta que el principio general que regula el tema de la revocación tácita es que se entenderá que ha habido revocación cuando el representado tiene con posterioridad al acto de apoderamiento un comportamiento que resulta incompatible con el acto de apoderamiento anterior. Pasemos pues a analizar los supuestos de hecho de la norma:

- ..
- (i) Si el representado designa un nuevo representante para realizar el mismo negocio para el cual había designado un representante anterior, entonces revoca el poder anterior.

El supuesto antes descrito debe entenderse siempre en función del principio general que está detrás de la revocación tácita, conforme al cual solo se producirá.

una revocación tácita en la medida en que el representado tenga un comportamiento incompatible con el acto de apoderamiento anterior; de esta forma no todo nuevo apoderamiento supone necesariamente la revocación del anterior, sino que el nuevo acto de apoderamiento solo supondrá la revocación tácita en la medida en que resulte incompatible con el anterior. En este caso deben distinguirse las siguientes hipótesis:

Cuando el representante anterior tenía facultades generales, la designación de un representante posterior con facultades especiales no determina la revocación total del poder del representante anterior. Éste es un supuesto que se encuentra expresamente regulado en algunas legislaciones latinoamericanas (solo por citar algunos ejemplos, encontramos el artículo 2164 del Código Civil chileno y el artículo 1975 del Código Civil argentino) como un caso de revocación tácita, donde se entiende que si el representado designó un representante con facultades generales, y con posterioridad designa un representante con facultades especiales, se produce una revocación parcial del primer poder, pues se entenderá que el representado ha querido quitarle al primer representante la facultad específica que actualmente está otorgando al nuevo representante. Como es obvio, lo expuesto no se aplicará en los casos en los cuales el representado, al momento de conferir el segundo poder, manifieste que quedan a salvo las facultades anteriormente conferidas, en cuyo caso nos encontraremos ante un supuesto de representación indistinta. Es muy común en la práctica que muchas empresas, en especial bancos, otorguen diversas facultades a distintas personas, sin mencionar expresamente que se mantienen vigentes las facultades anteriormente conferidas, lo que resulta recomendable en virtud de las normas sobre la revocación tácita.

Cuando el representante anterior tenía facultades especiales para la realización de un acto, la designación de un representante posterior a quien se le otorga alguna de esas facultades determina que se revoque el primer poder solo respecto de las facultades dadas al nuevo representante. Éste es otro supuesto en el que se produce una revocación parcial, salvo, claro está, que el representado indique expresamente que desea mantener vigente la plenitud de facultades que había conferido al primer representante.

Cuando al nuevo representante se le otorga la misma facultad para la realización de un acto, que aquella que se confirió al anterior, entonces se entenderá que se ha producido la revocación del primer poder, salvo que se indique lo contrario, en cuyo caso nos hallaremos frente a un caso de pluralidad de representantes.:

- (ii) Si el representado celebra el negocio jurídico para el cual había designado representante, entonces revoca el poder que había conferido.

En este caso es claro que ya no tiene objeto mantener la representación que había conferido el representado, pues ya se habría realizado el negocio jurídico para el cual se había conferido el poder.

Un asunto que resulta interesante destacar en este supuesto es si el representado puede realizar un acto para el cual había conferido un poder irrevocable. Si la respuesta es afirmativa entonces diríamos que el poder irrevocable puede ser revocado tácitamente, lo que determinaría además que sea muy sencillo para el representado dejar sin efecto la calidad de irrevocable del poder, lo que supondría ir contra la naturaleza misma del poder irrevocable. Si la respuesta es negativa ello supondría aceptar que el representado no podría actuar para realizar un determinado acto, lo que puede ser difícil de aceptar. Autorizada doctrina nacional (LOHMANN) se inclina por la primera de las soluciones. En lo personal me inclino a pensar que el representado no puede realizar directamente el acto para el cual ha conferido un poder irrevocable; y ello no supone ir contra la libertad del individuo ni mucho menos, pues recordemos que fue el propio individuo quien, en ejercicio de su autonomía privada otorgó un poder irrevocable. Además, el poder irrevocable tiene, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, un límite temporal, con lo cual otorgar un poder irrevocable no supone sustraer del ámbito de la voluntad del individuo la realización de un determinado negocio jurídico por siempre. Y, finalmente, la irrevocabilidad está especialmente pensada para casos en los cuales la representación no es en interés del representado, con lo cual la posibilidad de una libre revocabilidad tácita de un poder que fue otorgado en interés de persona distinta a la del representado podría afectar, sea al representante o a un tercero.

Los supuestos (iii) y (iv) que se refieren a la necesidad de la comunicación de la revocación tácita al representante para que ésta surta efectos, serán tratados cuando comentemos la parte general de la comunicación de la revocación, en concreto, el artículo 152 del Código Civil. Es importante señalar en esta sede que incluso la revocación tácita debe ser comunicada al representante.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*.

Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. 11 *contratto*. Giuffre.

Milano, 1998; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho Y*

*derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)*".

Tomo 11. Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericanos. Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco.

*Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré.

Milano. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977. SALOMONI,

Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL

RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## **COMUNICACIÓN DE LA REVOCACIÓN**

*La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.*

*La revocación comunicada solo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.*

*Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 151,2012,2038*

*C.P.C. art. 78*

*LEY 26887 art. 15*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

### **1. La comunicación de la revocación al representante**

El artículo en comentario no establece claramente la necesidad de comunicación de la revocación al representante; sin embargo, cuando establece que la revocación debe comunicarse también a los terceros, está dando a entender que, además de aquellos sujetos a los que dice expresamente que la revocación se les debe comunicar, existen otros a los que se les debe poner en conocimiento dicho acto, y es obvio que aunque no lo diga expresamente se está refiriendo al representante. Solo la norma que hace referencia a la revocación tácita indica expresamente que la revocación debe ser comunicada al representante, con lo cual una lectura conjunta de los artículos 151 y 152 del Código Civil nos debe llevar a establecer que la revocación debe ser comunicada al representante.

Siendo ello así, corresponde ahora analizar si la revocación es un negocio recepticio o no. La doctrina no es pacífica sobre este punto en el derecho comparado. En efecto, en el caso de la doctrina italiana, la discusión se plantea mucho más arduamente pues no existe en el *Codice civile* de 1942 una norma que de forma expresa exija la comunicación de la revocación al representante para que ésta surta efectos, como sí ocurre en nuestro caso a raíz de una interpretación de los artículos 151 y 152 del Código Civil.

De esta forma, en virtud de la interpretación antes realizada somos de la opinión que la revocación en nuestro Código Civil está considerada como un negocio jurídico recepticio, en consecuencia no basta pues la "manifestación expresa o tácita del re

presentado para que ésta produzca efectos, sino que es necesario además que dicha manifestación sea puesta en conocimiento del representante. En efecto, en la medida en que el poder es un negocio jurídico receptivo, pues su comunicación se hace necesaria para que nazca en el representante una situación jurídica; la revocación también lo es, pues su comunicación se hace necesaria a fin de que el representante deje de ser titular de dicha situación jurídica; de lo contrario éste podría considerar seguir teniendo el poder que le ha sido conferido y seguir contratando en nombre del representado.

En el mismo sentido se ha expresado Lohmann para quien la revocación es un negocio jurídico receptivo en tanto que el Código Civil exige que dicho negocio sea comunicado al representante y a los terceros; sin embargo, en nuestra opinión, el sujeto destinatario de la comunicación de la revocación debe ser solo el representante, mas no los terceros, pues la finalidad de la comunicación a los terceros es distinta a la de la comunicación al representante, como veremos a continuación.

## 2. La comunicación de la revocación a los terceros

La norma establece que el representado debe comunicar la revocación a los terceros, con lo que se hace preciso determinar en primer término a qué terceros se refiere, pues es evidente que una exigencia con una genérica referencia a los terceros sería de imposible cumplimiento. En ese sentido, la norma establece que la comunicación debe ser realizada a los *terceros interesados*, y como tales debemos entender a aquellos sujetos que hayan sido nombrados en el poder y a aquellos con los cuales ya se haya celebrado un contrato o se hayan iniciado las tratativas (BIANCA). Solo a ellos pues se debe comunicar la revocación.

Habiendo establecido a qué sujetos se debe comunicar la revocación, pasemos ahora a establecer cuál es el sentido de la comunicación a la que se refiere la norma. Ante todo, consideramos que la disposición contenida en el artículo bajo comentario establece una carga para el representado, entendida ésta como un comportamiento previsto en la norma para la satisfacción de un interés del cual es titular un sujeto (en este caso, el representado), cuyo incumplimiento determina una consecuencia desfavorable para el titular de dicho interés, que se traduce no en una sanción, sino más bien en colocar al sujeto en una posición desfavorable para la satisfacción del propio interés. De esta forma, la carga que establece el artículo bajo comentario dispone que si el representado no cumple con comunicar la revocación a los terceros, no les podrá oponer los efectos de la revocación; con lo cual el negocio jurídico celebrado por el representante con los terceros interesados a quienes no se les ha comunicado la revocación surte plenos efectos entre representado y terceros. Nótese que dicha consecuencia se aplica única y exclusivamente en caso de que el negocio se celebre con un *tercero interesado* frente a quien existía la carga de comunicar la revocación, pues si el negocio fue celebrado con un tercero frente a quien no existía la carga de comunicar la revocación, el negocio será ineficaz respecto del representado, salvo que el representado haya hecho creer a dichos terceros que el representante todavía tenía poder, en cuyo caso nos hallaremos frente al supuesto de una representación tolerada o aparente, dependiendo del caso; o salvo que el representado decida ratificar el acto celebrado por el representante.

En ese sentido, la comunicación a los terceros interesados tiene por finalidad, no que la revocación surta efectos, sino única y exclusivamente poner en conocimiento de los terceros interesados que la revocación se ha producido. Ahora bien, enviar la comunicación en sí no constituye la carga a la que se refiere la norma, de forma tal que si los terceros han tenido conocimiento de dicha revocación a través de otro medio sí se podrá oponer la revocación frente a ellos. Lo importante es que la revocación se haga pública a través de un medio idóneo, sea con una comunicación dirigida a los terceros interesados o el uso de cualquier otro medio con el cual se haga pública la revocación; como puede ser el caso de la inscripción en los Registros Públicos expresamente prevista en la norma, la misma que debido a la presunción absoluta en el sentido que todos conocen el contenido de las inscripciones, surtirá los mismos efectos que la comunicación.

Ahora bien si, como hemos sostenido, la sola comunicación al representante de la revocación resulta necesario a efectos de que se produzcan los efectos de ésta, debemos entender entonces que desde dicho momento no existe poder representativo. Siendo ello así, la norma bajo comentario estaría disponiendo que si la revocación no ha sido puesta en conocimiento de los terceros interesados, el negocio jurídico celebrado por el representante que en realidad ya no lo es (*fa/sus procuratot*), surtiría efectos en la esfera jurídica del representado. La explicación de lo expuesto se realiza a través de lo que la doctrina conoce como la representación aparente.

### 3. La representación aparente

Para explicar el instituto de la representación aparente nuevamente daremos una revisión a la legislación comparada a efectos de posteriormente estudiar dicho instituto en el Código Civil peruano.

Las hipótesis de representación aparente que prevé el *Code civil* pueden reunir en dos: el caso en el cual el mandato ha sido revocado sin ponerlo en conocimiento de los terceros; y la muerte del mandante así como las otras causas de cesación del mandato ignoradas por el mandatario (recordemos que el *Code civil* regula la representación en la parte relativa al contrato de mandato). En ambas hipótesis nos encontramos frente a casos en los cuales el tercero cree contratar con una persona que realmente tiene vigente el poder de representación, sin embargo, en realidad, dicho poder de representación había cesado, sea por revocación o por cualquier otra causa; en virtud de ello el tercero habría contratado con una persona que no tiene la legitimación para disponer de los intereses de otra persona. A pesar de ello, la ley da algunas soluciones que tienen por finalidad tutelar la buena fe de los terceros que han contratado guiados por la apariencia de legitimación que les ha generado determinadas circunstancias.

En la primera de las hipótesis anteriormente enunciadas, el mandatario actúa sabiendo que no lo puede hacer, a pesar de lo cual hace uso de un poder de representación que ya no tiene; en ese sentido es responsable de las consecuencias perjudiciales que deriven de su acto (PETRELLI). En la segunda de las hipótesis, sin embargo, lo relevante es la ignorancia de los terceros acerca de cualquiera de las

hipótesis de cesación del mandato, no siendo relevante que el mandatario conozca o no alguna de las causas de cesación del mandato.

Solo estas dos hipótesis se encuentran protegidas por las normas del *Code civil* sobre representación o mandato aparente. La jurisprudencia francesa ha efectuado grandes desarrollos en torno a este tema, estableciendo en líneas generales tres criterios (STARK, ROLAND, BOYER):

- a. Criterio de la ausencia de mandato.- Desde el principio la jurisprudencia francesa estableció que el fundamento de la teoría del mandato aparente se encontraba en la simple falta de mandato, y era solo esta ausencia de mandato suficiente para generar responsabilidad. De esta forma, la jurisprudencia, en estos casos, aplicaba las normas sobre la responsabilidad civil (PETRELLI). De esta forma, en los casos en los que el mandante, con culpa, haya escondido a los terceros las limitaciones del poder dados al mandatario, el resarcimiento más adecuado conforme a la jurisprudencia francesa era considerar que el mandante era deudor de los terceros, como si el mandatario hubiera actuado dentro de los límites de su poder.
- b. Criterio del error común.- Este criterio pretendía ser más restrictivo que el anterior, y en virtud de éste la jurisprudencia estableció que para que se proceda a la aplicación de las normas referidas al mandato aparente se hacía necesario que se verifique la presencia de un error común. Se estaría frente a un error común en los casos en los cuales una persona razonable habría creído que se está frente a un mandato legítimo.
- c. Criterio del error legítimo.- Conforme al cual habría que analizar las circunstancias de cada caso a efectos de determinar si la creencia en el poder del representante pudo inducirlos a un error legítimo. De la jurisprudencia que ha desarrollado este criterio se pueden desprender tres elementos cuya presencia ha de verificarse para estar frente a un error legítimo: una realidad escondida, una apariencia contraria y un error en el que incurre el tercero que ha confiado en esta realidad.

Cabe finalmente precisar un elemento que ponen de relieve los MAZEAUD, en el sentido de que el presupuesto de la representación aparente es que los terceros, para cuya tutela ha sido diseñada la institución, actúen siempre de buena fe.

Los mismos supuestos que distingue el *Code civil*, son considerados por el *Codice civile* de 1865 y el Código civil español.

La regulación de la representación aparente en el BGB se encuentra en dos sedes. De forma general entre los párrafos 169 y 173; Y de forma particular en la parte del mandato, en el parágrafo 674. En estos casos, a fin de tutelar el derecho de terceros, se establece que el poder, a pesar de que ya no exista, subsistirá hasta el momento en el cual los terceros no hayan tomado conocimiento de dicha extinción. Todas estas normas se encuentran establecidas a fin de tutelar al tercero que tiene noticias ciertas de la existencia de un poder, a partir de las cuales se confía, y en cuya virtud celebra un negocio jurídico. Todos los supuestos previstos en el BGB tienen en común el hecho de que el poder de representación no exista, pero que, a pesar de ello, dicho poder se tendrá como existente hasta que no se comunique a los terceros

la extinción del poder de representación en la forma establecida por el BGB. Con ello, entonces, para que el poder extienda su eficacia más allá de su vigencia, se requiere que los terceros crean estar celebrando un contrato con un verdadero representante, la buena fe de aquéllos es por ello importante. De ahí que el parágrafo 173 establezca que: "Las disposiciones del parágrafo 170, del parágrafo 171, párrafo 2, y del parágrafo 172, párrafo 2, no se aplican, si el tercero, al celebrar el negocio jurídico, conoce o debe conocer la extinción del poder de representación". Si conoce de dicha circunstancia, ya no actúa de buena fe, por ello el supuesto de hecho de la norma no se produce; entonces los efectos del poder morirán con su vigencia y no se extenderán más allá de ella.

Sobre la representación aparente, la doctrina alemana hace una distinción entre '*Duldungsvollmacht*' (poder por tolerancia) y '*Scheinvollmacht*' (poder aparente). La '*Duldungsvollmacht*' se explica en los siguientes términos: "Quien conscientemente permite a otro obrar como representante, hace público con ello que lo reconoce como representante, que el que actúa como representante tiene poder de representación. Éste es el llamado poder por tolerancia" (FLUME). Estos casos de poder por tolerancia no tienen nada que ver con la apariencia jurídica: "Cuando alguien permite a otro actuar como representante, no es apariencia, sino realidad que el representado está publicando el poder de representación de aquél, en cuanto permite actuar al representante" (FLUME). Son casos, entonces, de poder por tolerancia, los casos en los que el representado pone al representante en una situación de representación general y pública, de forma tal que ha manifestado en ese sentido su voluntad que éste actúe por él; hasta que éste de la misma forma le quite esta posición general de representación. Mientras no se la quite de la misma forma como fue instituida éste permanecerá con el poder de representación. Esto fundamentalmente se presenta en el derecho mercantil; son los casos en los que el dueño de un negocio pone a un empleado al frente del negocio, o el banco que establece una sucursal y otorga a su director poderes de representación para los negocios bancarios corrientes; o quien permite a sus empleados que escriban y firmen cartas comerciales; en todos estos casos ni el dueño del negocio, ni el banco ni quien permite a sus empleados que escriban y firmen cartas comerciales pueden negar que el empleado no tenía el poder de representación. La diferencia entre el poder por tolerancia y el poder aparente se encuentra en el hecho de que mientras el primero pertenece al ámbito negociar en tanto que quien actúa como representante ha sido nombrado o colocado en dicha situación voluntaria y conscientemente por el representado; el segundo no pertenece al ámbito de la autonomía privada (FLUME). El poder aparente se presenta cuando el representado no sabe en absoluto que otro obra para él como representante, pero

si hubiera empleado la diligencia debida, lo habría sabido y lo hubiera podido impedir,

y cuando la otra parte, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, pudiera considerar que el comportamiento del representante no habría podido permanecer oculto al representado con el empleo de la diligencia exigible en el tráfico y que éste por eso tolera (FLUME).

La doctrina italiana estudia los supuestos de representación aparente a partir del denominado '*principio di apparenza di diritto*'. La esencia de dicho principio consistió

ría en determinar la prevalencia de la situación aparente respecto de la real, a fin de tutelar la confianza no culpable de los terceros, quienes ignoran la disconformidad entre aquello que es aparente y aquello que es real (SALOMONI). De esta forma, entonces, el principio de la apariencia se relaciona de forma bastante estrecha con la tutela de la confianza de los terceros de buena fe, y visto de una forma dinámica, con la seguridad del tráfico comercial.

Ahora bien, en materia de representación aparente, podemos decir, siguiendo las afirmaciones de BIANCA, que un representante aparente (que no es sino un *fa/sus procuratur*) es aquél que, a partir de determinadas circunstancias unívocas, demuestra tener un poder representativo, que en realidad no tiene. Por regla general, el contrato celebrado por el representante aparente no es eficaz respecto al *dominus*, en la medida en que el representante aparente no tiene la legitimación para disponer de los intereses del *dominus*, es en ese sentido que la doctrina italiana afirma que por regla general el riesgo de un contrato celebrado por un representante aparente recae fundamentalmente en el tercero. Sin embargo, el contrato celebrado por el representante aparente puede llegar a ser eficaz respecto al *dominus* en los casos en los que éste haya dado causa a esta aparente legitimación y el tercero haya confiado sin su culpa en la realidad de dicha legitimación; pero dicha situación creada por el *dominus* debe ser de tal naturaleza que justifique la confianza del tercero.

La doctrina italiana, al igual que la alemana, utiliza el concepto de representación tolerada; afirmando que los casos más frecuentes de representación aparente se presentan en los casos de representación tolerada. Para la doctrina italiana, sin embargo, se está frente a una representación tolerada en los casos en los que el *dominus* sabe que el *fa/sus procuraturestá* actuando en su nombre, a pesar de lo cual no interviene para hacer cesar dicha circunstancia, soportando con ello las consecuencias de sus actos (SALOMONI). En esta materia, parte de la doctrina italiana ha recurrido a una ficción a fin de explicar los efectos de la representación tolerada, de forma tal que, usando la figura de la conducta concluyente, ha llegado a equiparar la tolerancia del representado como un acto negocial de voluntad. Sin embargo, otro sector de la doctrina afirma que el supuesto de hecho de la tolerancia se sustancia en un comportamiento omisivo, el cual no puede ser reconducido a las hipótesis de conductas concluyentes, las que constituyen declaraciones de voluntad.

El tratamiento de la representación aparente en los códigos latinoamericanos admite la misma división que hemos enunciado respecto de la forma como el *Code civil* regula dicha institución. En efecto, los supuestos regulados en los referidos códigos pueden dividirse en dos grupos (i) aquellos que se refieren a la representación aparente en los casos de la extinción de la representación por revocación; y, (ii) aquellos que se refieren a la representación aparente en los casos en los que la representación se ha extinguido de cualquier otra forma.

Respecto al primer grupo de normas podemos decir que si bien la ley, conforme hemos visto anteriormente, reconoce al representado una amplia facultad de revocar el poder que ha concedido, impone a éste una carga, cual es la de poner en conocimiento de los terceros interesados en el ejercicio de la representación, dicha revoca

ción. Caso contrario, se entenderá que la revocación no ha producido, respecto de los terceros, la extinción de la representación. Recuérdese que la revocación a fin de que pueda producir efectos debe ser comunicada al representante, con lo cual una vez que el representante toma conocimiento de ésta, la revocación surte efectos, y en consecuencia la representación se extingue. Sin embargo, si a pesar de haberse extinguido la representación por revocación, el representante hace uso de la calidad que ya no tiene, éste obligará al representado en la medida en que éste no haya cumplido con su carga de hacer pública la revocación. La finalidad de esta norma es tutelar a los terceros que de buena fe contratan con el supuesto representante, creyendo que los poderes que éste ostenta están aún vigentes. Siendo ello así el presupuesto necesario es que los terceros mantengan el estado subjetivo de buena fe.

El otro grupo de normas implica un supuesto de hecho absolutamente diverso, ya que en estos casos el representante es el que ignora la extinción del mandato por cualquiera de las otras causas. Obviamente se requiere también que los terceros ignoren de esta extinción, de lo contrario no actuarían de buena fe, y en consecuencia su conducta no se encontraría tutelada por el derecho. Siendo ello así, pensando el representante que sus poderes son aún vigentes debido a que no ha tomado conocimiento de haberse producido una de las causal es de extinción del poder, actúa como tal, obligando por ello al representado o a sus herederos, según los casos.

En el caso del artículo bajo comentario, es claro pues que está regulando un supuesto de representación aparente.

#### **4. Los derechos del representado frente al representante**

En aquellos casos en los que la actuación del *falso procurador* origine daños al representado, tiene el derecho a que se le indemnen dichos daños, indemnización que corresponde a la responsabilidad extracontractual.

#### **~ DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1994; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; CARBONIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo 11. *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Vol. 11. Bosch. Barcelona, 1971. FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998; Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano; NATOL!, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; NATOL!, Ugo. *Voz: "Rappresentanza (diritto privato)"*, en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 470-485. Giuffre. Milano, 1987; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza*

*volontaria*. CEDAM. Padova, 1997. STARCK, Boris; ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. *Oroit Civil. Les obligations*. Tomo 2. Contrat. Sexta edición. Litec. Paris, 1998. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985. VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam. Padova, 1992.

## **PODER IRREVOCABLE**

*El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.*

*El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.*

CONCORDANCIA:

C.C. artº 149

*Comentario*

*Giovanni Prior; Posada*

Se ha dicho que por regla general el poder es revocable en la medida que atribuye al representante un poder para actuar en interés del representado; con lo cual la concesión y extinción del poder quedaría a la libre disponibilidad del representado. Sin embargo, el propio Código Civil establece que el poder es irrevocable en cuatro supuestos:

1. Cuando se otorgue poder para realizar un acto especial.
2. Cuando se otorgue poder por tiempo limitado.
3. Cuando se otorgue poder en interés común del representado y del representante.
4. Cuando se otorgue poder en interés de un tercero.

Una interpretación literal del artículo bajo comentario nos llevaría a afirmar que siempre que se presenten los cuatro supuestos antes indicados el poder sería irrevocable, sin embargo, se hace preciso analizar cada uno de ellos a fin de desentrañar el verdadero sentido de la norma.

### **1. Cuando se otorgue poder para realizar un acto especial**

La hipótesis de la norma es que el representado haya otorgado un poder para que el representante realice en nombre de aquél un acto específico. En este supuesto, no existe razón para establecer que en todos los casos este poder sea irrevocable, pues existirán casos en los cuales el negocio objeto del poder sea de interés del representado en cuyo caso no existe razón alguna para decir que en este supuesto no pueda revocarse el poder.

En ese sentido, debemos interpretar que el supuesto comentado quiere en realidad decir que: el poder en interés del representado solo puede ser revocado cuando se otorgue para la realización de un negocio específico. Con lo cual no cabría la posibilidad de establecer que un poder general sea irrevocable. Sin embargo, cree

mos, como lo hace la Exposición de Motivos del Código Civil que, dicha norma solo tiene relevancia para efectos de la responsabilidad del representado frente al representante, pues no puede ser irrevocable el poder conferido en interés del representado. En efecto, somos de la opinión que la irrevocabilidad de un poder otorgado en interés del representado sería nula, debido a la ausencia de causa (BIANCA).

## **2. Cuando se otorgue poder por tiempo limitado**

La hipótesis de la norma es que el poder haya sido otorgado por un tiempo limitado. Es decir, se trata, si se quiere, de un poder sujeto a plazo resolutorio. La justificación de la norma es que no se quiere dejar en la potestad del representante la regulación de los intereses del representado indefinidamente, razón por la cual se hace necesario que solo se pueda establecer la irrevocabilidad del poder si éste ha sido conferido por un plazo determinado, el mismo que no puede ser mayor de un año, de acuerdo a lo dispuesto por la última parte del artículo en comentario.

Sin embargo, nada impide que un poder otorgado por tiempo limitado no pueda ser revocado, por lo que esta norma debe entenderse en el sentido que solo podrá establecerse la irrevocabilidad del poder cuando éste haya sido otorgado por un plazo determinado.

## **3. Cuando se otoréue poder en interés común del representado y del representante**

Nótese que el supuesto comentado establece que el poder será irrevocable cuando se otorgue en interés común del representado y del representante, pero no regula la posibilidad de que el poder sea otorgado en interés del representante, supuesto en el cual es evidente que también puede establecerse la irrevocabilidad; claro está, siempre que admitamos la posibilidad de que el poder pueda ser otorgado en interés exclusivo del representante, lo que no es admitido por gran parte de la doctrina y parece finalmente ser la posición del Código Civil peruano.

La razón por la cual se establece la posibilidad de que no se pueda revocar un poder otorgado en interés común del representado y del representante está en el hecho que, con el acto de revocación sería posible lesionar el interés del representante.

## **4. Cuando se otoréue poder en interés de un tercero**

Dejar la libre revocabilidad del poder en este supuesto podría suponer la lesión del interés del tercero. Es por ello que la norma establece que en estos casos el poder sería irrevocable.

En ese sentido, cuando la norma refiere que el poder es irrevocable en los casos antes señalados, en realidad quiere decir que puede ser revocado en esos casos; pues, conforme hemos sostenido, la regla general es que el poder sea revocable; siendo ésta la razón por la cual el artículo en comentario concluye estableciendo que en ningún caso la irrevocabilidad puede ser mayor a un año.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. "contratto". Giuffre. Milano, 1998; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericanos. Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffre. Milano; N ATO L! , Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## JURISPRUDENCIA

"*El poder es irrevocable en tres situaciones: cuando se estipula para un acto especial, cuando sea por tiempo limitado, o cuando es otorgado en interés común del representado y representante o de un tercero; por lo que, si no consta que el poder fue concedido en interés del representado o representante o de un tercero y ha sido otorgado para diferentes actos, no estaremos en presencia de un poder irrevocable*"

(Cas. N° 306-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 24/04/98, p. 758)

"*No obstante haber regulado el Código Civil la figura del poder irrevocable, consideramos que en tanto el poder parte de un acto unilateral de libre voluntad del representado para designar en una persona los actos que deba realizar en su nombre y que van a recaer directamente en su esfera jurídica, debe primar con la admisión de la revocación del poder irrevocable la salvaguarda de dicho interés, en contraposición con el de preservar el interés del representante o del tercero, en tanto es la libre voluntad del poderdante la que da nacimiento al acto de apoderamiento sustentada como ya se ha señalado en la preexistencia de una relación de confianza. De lo expuesto, se concluye que es posible inscribir la revocación de un poder otorgado de conformidad con el artículo 153 del Código Civil, cuando la relación de confiabilidad que lo mantiene desaparece*".

(Res. N° 417-2001-ORLC/TR del 26/09/2001. Jurisprudencia Registral. Vol XIII. T. 11. Año. VII. Pág. 332).

## RENUNCIA A LA REPRESENTACIÓN

*El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.*

*El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.*

### CONCORDANCIAS:

C.C. artº 1808  
C.P.C. arts. 78, 79  
LEY26887 art.15

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

La renuncia es un negocio jurídico unilateral y receptivo (pues debe ser comunicada al *dominus* para que ésta surta efectos) similar a la revocación. La renuncia se explica en función del carácter fiduciario de la relación que se instaura entre representante y representado; con lo cual ésta se admite aun en los casos en los que, de acuerdo al negocio de gestión, exista la obligación del representante de realizar el negocio jurídico, quedando a salvo en este último caso la eventual indemnización por los daños y perjuicios (BIANCA).

A diferencia de la revocación, la renuncia del representante no puede realizarse con tanta amplitud y libertad, ya que el fundamento para que ello sea así en la revocación no se presenta en la renuncia. Además, la posibilidad de renuncia debe corresponder a los deberes de lealtad y buena fe asumidos por el representante.

La renuncia debe ante todo ser puesta en conocimiento del representado, y es la mínima conducta que se le exige al representante, a fin de que el representado pueda tomar las medidas necesarias para la gestión de sus intereses. En ese sentido, si por alguna razón, el representado no puede gestionar sus propios intereses personalmente, o se encuentra en la imposibilidad de nombrar a otro representante, el primer representante, a pesar de haber formulado la renuncia y de haberla puesto en conocimiento del representado deberá continuar con la gestión. Ciento es que en estos casos puede darse un abuso o una negligencia por parte del representado y puede, a pesar de conocer la voluntad del representante, no nombrar a un sustituto, es por ello que el Código Civil peruano establece una norma conforme a la cual se extinguirá el poder si pasado cierto tiempo desde que el representado conoció de la

renuncia éste no ha nombrado un nuevo representante o no ha asumido personalmente la gestión. Además, es importante mencionar que el deber de continuar con la gestión después de haber sido formulada la renuncia, no se produce en aquellos casos en los que el representante, por justos motivos, no puede continuar con la gestión.

Ahora bien, cuando el artículo bajo comentario establece que el representante queda obligado a seguir con la gestión hasta su reemplazo está estableciendo una relación entre el poder y el negocio de gestión, lo que de alguna manera supone reconocer la tesis de la cooperación en materia de representación, aunque válidamente se puede establecer que dicha obligación no nace del negocio de gestión sino más bien de un deber de lealtad y buena fe impuestos por la ley. Es por ello que la doctrina nacional ha criticado esta parte del artículo aduciendo que en este caso la ley está confundiendo la representación con el contrato de mandato (LOHMANN), sin embargo, no creemos que se produzca dicha confusión, sino que más bien, se está atenuando la doctrina de la autonomía del poder para, en todo caso, dar cabida a la teoría de la cooperación representativa.

Ahora bien, la renuncia del representante puede originar daños y perjuicios al representado. En tal caso, éstos deberán ser indemnizados por el representante, salvo que su renuncia se haya debido a una causa justa.

## ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998. HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11.

Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## **PODER GENERAL Y PODER ESPECIAL**

*El poder general sólo comprende los actos de administración.  
El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. art.2036*

*C.P.C. arts. 72, 74, 75, 686*

*C. T. arto 23*

*LEY26887 arts. 122, 172*

*LEY27444 arts. 52, 53*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo en comentario establece una diferencia entre el poder general y el poder especial en función del objeto del poder.

### **1. El poder general**

El poder es general cuando se confiere al representante el poder de realizar todos los actos de gestión de los intereses patrimoniales del representado a los de una determinada actividad (BIANCA).

Al referirse al contenido del poder general, el artículo bajo comentario parece basarse en la clásica distinción entre actos de disposición y actos de administración, de donde los actos de administración son entendidos como actos cuya principal finalidad consiste en la conservación del patrimonio administrado; mientras que aquellos de disposición son aquellos que influyen directamente en el patrimonio de una persona para modificarlo, sea aumentándolo o disminuyéndolo o sustituyéndolo.

### **2. El poder especial**

El poder es especial cuando se confieren al representante las facultades de realizar determinados actos jurídicos, los mismos que se encuentran individualizados o predeterminados en el acto por medio del cual se confiere el poder. En este caso, debe entenderse que el poder especial no solo comprende los actos expresamente establecidos en la norma, sino que también comprende todos los actos necesarios para poder cumplir con aquellos actos para los cuales el poder ha sido conferido. Si ello no fuera así, la posibilidad de otorgar un poder especial carecería de sentido, ya que no podría realizarse la razón por la cual el poder ha sido conferido.

De esta forma, entonces, el poder especial comprende a los actos denominados "instrumentales", entendiéndose por estos a todos aquellos actos, sea preparatorios

o consecuentes cuya realización resulta indispensable para la completa y exacta realización del encargo (SALOMONI).

### ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111: *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)*". Tomo 11. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericani. Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano; N ATO L! , Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

### ~ JURISPRUDENCIA

*"El poder especial mantiene su vigencia mientras no sea revocado por el poderdante o se designe un representante para ejercer el podero por el fallecimiento del poderdante o el apoderado"*

*(Cas. N° 306-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 24/04/98, p. 758)*

## PODER PARA ACTOS DE DISPOSICIÓN

*Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.*

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 140inc.4),219inc.6)

C.P.C. arto 75

C. T. arto 23

*Comentario*

*Giovanni; Prior; Posada*

El artículo bajo comentario exige que cuando se desee otorgar un poder cuyo I objeto sea la disposición o gravamen de un bien, dicho poder debe constar en forma indubitable y por escritura pública.

Al hacer referencia al hecho que el poder debe constar en forma indubitable se está exigiendo que el poder se haya otorgado de forma expresa y que además, la facultad de disposición o gravamen consten expresamente conferidas.

Cuando nos referimos a que el poder debe ser otorgado de forma expresa, estamos haciendo referencia al hecho de que en estos casos el poder no puede ser otorgado tácitamente. En efecto, en la medida que el poder es un negocio jurídico, I para su existencia requiere que se haya manifestado una voluntad, manifestación que, de acuerdo a las normas del propio Código Civil puede ser expresa o tácita. Habrá manifestación expresa cuando el representado haya declarado su voluntad de otorgar un poder de manera evidente. Habrá manifestación tácita cuando del comportamiento del representado se entienda que existe la intención de otorgar el poder.

Pero además de haber manifestado expresamente la voluntad de querer otorgar un poder, la norma exige que la facultad de disposición o gravamen se establezca I también expresamente. Con lo cual en el documento en el que consta el poder se hace necesario que se precise y establezca la facultad de disponer o gravar el bien.

Por lo demás, la norma establece una formalidad *ad solemnitatem* para otorgar un poder mediante el cual se pretenda conferir las facultades de gravar o disponer de un bien. Dicha norma sirve además para establecer el hecho que en los demás casos el Código Civil no exige ninguna formalidad para el acto por medio del cual se confiere un poder.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica: Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *1/ contratto*. Giuffre. Milano, 1998; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericani. Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffre. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## JURISPRUDENCIA

"*El artículo 156 del Código Civil señala que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que señala que el representante legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado*".

(Cas. N° 2021-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 5/12/98, p. 2148)

"*En la medida en que el Código Civil no exige que el encargo para disponer o gravar bienes conste en forma 'expresa' sino tan solo de manera 'indubitable' y teniendo en cuenta además que dicha 'indubitabilidad' se refiere al encargo en sí y no a otros aspectos; tal como se ha pronunciado esta instancia, no hay ningún inconveniente en considerar que la apoderada se encuentra perfectamente autorizada, a través del poder consular que consta en Escritura Pública, para practicar actos de disposición respecto de los bienes y consecuentemente, el acto jurídico resulta plenamente eficaz e inscribible*"

(R. N° 069-98-ORLC/TR, Jurisprudencia Registral, Año 111, Vol. VI, p. 316)

"*Que, en efecto, el artículo 156 del Código Sustantivo señala que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que señala que el representante legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado, de lo que se concluye, también sobre la base de los hechos probados, que los representantes de la demandante no constituyeron la prenda conforme a las formalidades de las normas antes aludidas; lo que daría lugar a una eventual nulidad de la prenda sublitis que por la naturaleza de la*

*sanción no ha lugar a la convalidación o confirmación del acto jurídico (...J. Que por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 161 del Código Civil que regula la figura del falsus procurator los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas es ineficaz con relación al representado; sin embargo, es evidente que aquel acto del representante que actúa conforme a los supuestos que contiene la norma, no es precisamente nulo sino ineficaz con respecto al representado, tal es así que incluso dicho acto puede ser objeto de ratificación por el representado, como señala el artículo 162 del mismo Código, siendo así, mal se puede invocar como lo hace la recurrente, que se apliquen al caso de autos los artículos 156 y 161 del precitado Código cuando ambas normas contienen supuestos y efectos distintos".*

*(Cas. N° 2021-97. Diálogo con la Jurisprudencia N°38. Enero 2001. Pág. 236)*

~

## CARÁCTER PERSONAL DE LA REPRESENTACIÓN Y SUSTITUCIÓN

*El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.*

CONCORDANCIAS:

C.C.      art 159  
LEY 26887    artº 159

*Comentario*

*Giovanni Prior; Posada*

El artículo bajo comentario establece que, por regla general, no es posible la sustitución del poder, salvo que se haya facultado expresamente la posibilidad de sustituirlo.

### 1. La razón de ser de la norma

El poder representativo no es una situación jurídica que se derive de la normal capacidad de obrar del representante, sino que encuentra su fundamento siempre en una autorización, la misma que puede provenir de la ley o del negocio autorizativo (BIANCA). La razón de ello descansa en el hecho que la regla general consiste en que una persona solo puede regular los intereses de los cuales es titular. Siempre, pues, es necesaria la existencia de una autorización para la regulación de los intereses ajenos. De esta forma, si una persona (representado) autoriza a otra (representante) a regular sus intereses, le confiere un poder para poder intervenir en la regulación de su esfera jurídica. De esta forma, la razón por la cual se prohíbe la sustitución o delegación del poder se encuentra en el carácter personal y fiduciario del poder representativo (de ahí que sea *intuitu personae*); razón por la cual solo se podrá sustituir o delegar el poder cuando expresamente lo autorice el representado en el título del poder. Es por ello que tradicionalmente se prohíbe la posibilidad de delegar o sustituir el poder, conforme al principio *delega tus delegare non potest*; salvo que el representante se encuentre expresamente facultado para ello.

### 2. La sustitución y la delegación

De una lectura del artículo en comentario, podemos apreciar que éste habla solo de sustitución, mas no de delegación, dos instituciones absolutamente distintas, por lo que se hace necesario establecer las diferencias entre ambas.

## 2.1. La sustitución

Es el negocio jurídico unilateral en virtud del cual el representante confiere la totalidad o parte de las facultades que le han sido conferidas por el representado a un tercero, con lo que el tercero se subrogada en la posición que antes le correspondía al representante. De esta forma entonces, con la sustitución, el representante deja de serlo pues ahora lo es el sustituto. Ahora bien, el negocio de sustitución comparte las mismas características del negocio de apoderamiento, lo cual incluye, ciertamente, la posibilidad de ser revocado. El tema consiste en determinar quién es el que puede revocar dicho negocio, si el representante o el representado. A nuestro modo de ver es el representado el que puede revocar el poder que se le ha conferido al sustituto, pues es evidente que el fundamento de la revocación está en que el sujeto activo de ella es titular de los intereses que van a ser regulados por el representante; siendo ello así, son los intereses del representado los que serán regulados por el sustituto, razón que determina que sea pues, el representado quien pueda revocarlo.

## 2.2. La delegación

Es el negocio jurídico unilateral en virtud del cual el representante otorga la totalidad o parte de las facultades que le han sido conferidas por el representado a un tercero, sin embargo, el representante se mantiene en el ejercicio de la plenitud de las facultades que le han sido conferidas por el representado, creando con ello un supuesto de representación plural. En este caso, la revocación puede ser realizada tanto por el representante original, como por el representado. En este supuesto, si el representado revoca el poder otorgado al representante, debe entenderse que se ha revocado también el poder que tiene el delegado. Sin embargo, se hace preciso la comunicación que debe hacer el representado de la revocación del poder a efectos de que ésta surta sus efectos, comunicación que debe estar dirigida tanto al representante como al representado.

El Código Civil no hace la diferencia entre sustitución y delegación del poder, lo que sí se encuentra expresamente establecido en el Código Procesal Civil. A pesar de ello, las normas que regulan la sustitución deben entenderse aplicables también al caso de la delegación.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; HINESTROSA, Fernando. De la *representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericanos. Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffre. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## RESPONSABILIDAD EN LA SUSTITUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

*El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.*

*El representado puede accionar directamente contra el sustituto.*

### CONCORDANCIAS:

C.C.      *arto 1319*  
C.P.C.    *arts. 77, 78*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario contempla las siguientes normas:

1. Si el representante sustituye el poder de representación en la persona que le designó el representado, el representante se encuentra exonerado de toda responsabilidad.
2. Si el representante sustituye el poder habiéndosele concedido la facultad de sustituirlo, pero sin que el representado le haya designado la persona del sustituto, el representante incurre en responsabilidad si en la elección ha actuado con culpa inexcusable.
3. El representante es responsable de las instrucciones que imparte al sustituto.
4. El representado puede "accionar" directamente al sustituto.

1. Si el representante sustituye el poder de representación en la persona que le designó el representado, el representante se encuentra exonerado de toda responsabilidad

Puede ocurrir que al momento en que el representado le otorga el poder al representante en el cual además se le ha otorgado la facultad de sustituir el poder, haya indicado la persona a la que el representante puede sustituir el poder. En este supuesto debe entenderse que si el representante sustituye el poder en persona distinta a aquella a la que le ha indicado el representado, el sustituto no tendrá legitimidad para regular los intereses del representado, pues nos encontraremos ante un *fa/sus*

*procurator*; con lo cual todos los actos que realice el sustituto serán ineficaces respecto del representado.

Puede ocurrir también que la designación que realice el representado de la persona que puede sustituirse en el representante sea realizada en un acto posterior, en cuyo caso, si la sustitución es realizada después de dicha comunicación, deberá hacerse conforme a las instrucciones del representado, de lo contrario nos hallaremos ante un supuesto de *falsa procurator*.

Ahora bien, si el representante ha designado como sustituto a la persona que el representado le ha indicado, es claro que el representante no responderá frente al representado por la forma como el sustituto haya ejercido el poder, pues en este supuesto estaremos ante un caso equiparable a aquél en el que el representado haya sido el que haya nombrado a su representante (en este caso, sustituto); con lo cual no existe acto alguno por el cual deba responder el representante.

Sin embargo, debemos preguntarnos qué ocurre en los casos en los cuales el representante conoce de alguna circunstancia desconocida por el representado que influya o pueda influir en la actuación del sustituto y que pudiera perjudicar los intereses del representado, a pesar de lo cual no se la comunica al representado procediendo a la sustitución del poder. En estos casos, el representante tiene la obligación derivada del deber de buena fe que debe guiar toda su actuación, de poner en conocimiento del representado tales circunstancias, de lo contrario sería responsable por los daños que su no comunicación pudieran ocasionarle al representado, obligación de resarcimiento que tendría como sustento el negocio de gestión en caso lo hubiera (en cuyo caso nos encontraremos ante un caso de responsabilidad contractual); en los casos en los que no exista dicho negocio, su responsabilidad sería extracontractual, pues se habría infringido el deber genérico de buena fe que inspira al derecho civil.

## **2. Si el representante sustituye el poder habiéndosele concedido la facultad de sustituirlo, pero sin que el representado le haya designado la persona del sustituto, el representante incurre en responsabilidad si en la elección ha actuado con culpa inexcusable**

Puede ocurrir que al momento de conferir el poder, el representado le haya otorgado al representante la facultad de sustituir el poder, sin precisarle la persona que puede ser designada como sustituto. En estos casos, el representado deposita en el representante no solo la confianza de realizar negocios jurídicos en su nombre, sino que también le otorga al representante la confianza de que sea él quien designe a un tercero para que regule los intereses del representado. En ese sentido, el representado es responsable de la confianza depositada en el representante, hasta el límite de la culpa inexcusable.. Es decir, el representado asume el riesgo de la decisión de otorgarle al representante la facultad de designar a un tercero para que regule sus intereses, pues asume que el representante actuará de buena fe al momento de designar al sustituto. Sin embargo, ello no exonera al representante en los casos en

los cuales haya actuado con mala fe o dolo, razón por la cual responderá por los daños y perjuicios ocasionados al representado por culpa inexcusable.

### **3. El representante es responsable de las instrucciones que imparte al sustituto**

En cualquiera de los dos supuestos antes establecidos, es decir, sea que el representado es el que haya designado al sustituto, o sea que el representante lo haya hecho; este último responderá por los daños y perjuicios que el sustituto le origine al representado en función a las instrucciones que el representante le haya dado. La norma en comentario tiene como finalidad evitar que se perjudique al representado por un acto que depende del representante, pues de no existir dicha norma el sustituto podría eximirse de responsabilidad alegando que actuó de acuerdo a la información o instrucciones que le fueron dadas por el representante, evitando con ello la tutela del interés del representado que se ha visto dañado. Sin embargo, la norma en comentario no exime de responsabilidad al sustituto en todos los casos, pues en aquellos casos en los cuales el sustituto haya actuado de mala fe, serían responsables tanto él como el representante.

### **4. El representado puede "accionar" directamente al sustituto**

La norma en comentario es una de las tantas normas del Código Civil que utiliza inadecuadamente -por decir lo menos- los conceptos de derecho procesal, en este caso, el derecho de acción.<sup>1</sup> A nuestro modo de ver lo que la norma está queriendo decir es que el representado tiene derecho a solicitarle una indemnización al sustituto, siempre que éste le origine con su actuación algún tipo de daño. Nótese pues que la norma en comentario está estableciendo un derecho material cuya titularidad descansa en el representado, a pesar de lo cual utiliza el verbo "accionar" por referirse al derecho de acción. Siendo ello así, el Código Civil está confundiendo el derecho de acción con el derecho material, confusión que se operaba en el Derecho romano y que fue largamente superado desde el siglo XIX.

El problema está en determinar el tipo de responsabilidad del sustituto. En ese sentido, si partimos de la hipótesis que la sustitución supone una subrogación del sustituto en la posición del representante, ello operará también en el negocio de gestión, lo que supondría una responsabilidad contractual, si no es así, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## **REVOCACIÓN DEL SUBAPODERAMIENTO**

*La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.*

### **CONCORDANCIAS:**

C.C.      *arto 149*  
C.P. C.    *arto 77*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

La doctrina considera que la sustitución tiene la misma naturaleza que el acto de apoderamiento, razón que determina entonces su revocabilidad. Ahora bien, resulta evidente la posibilidad que tiene el representado de poder revocar la sustitución que ha realizado el representante; sin embargo, la norma regula la posibilidad de revocación también corresponde al representante, salvo que al momento de realizar la sustitución haya establecido que dicha sustitución es irrevocable. En este caso debe tenerse presente el hecho que la norma establece "salvo pacto distinto", sin embargo, no debe entenderse el término "pacto" como acuerdo de voluntades, sino más bien, como estipulación puesta por el propio representante en el sentido que la sustitución que realiza es irrevocable, sin que sea necesario, entonces, que el sustituto acepte la calidad de irrevocable de la sustitución.

Ahora bien, bajo ninguna circunstancia debe entenderse que la irrevocabilidad de la sustitución establecida por el representante pueda ser eficaz frente al representado, pues éste tendrá el derecho de revocar la sustitución en cualquier momento, ya que no se le puede obligar a estar sometido a la voluntad de un tercero al cual él ni siquiera ha elegido, para la regulación de sus intereses. Es más, a nuestro modo de ver, ni siquiera el hecho que el representado otorgue un poder irrevocable al representante en el cual le ha conferido la facultad de sustitución, determinaría el hecho que el representado no pueda revocar el poder del sustituto.

### **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111: *11 contratto*. Giuffré. Milano, 1998; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffre. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

## **REPRESENTACIÓN DIRECTA**

*El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.*

CONCORDANCIAS:

C. T.      *arto 24*  
*LEY26887 art. 12*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

### 1. La representación directa

La norma en comentario regula el instituto de la representación directa. Se hace por ello necesario comprender en qué consiste este instituto. Para tal efecto debemos partir del principio conforme al cual, los sujetos, en ejercicio de su autonomía privada, pueden regular los intereses de los que son titulares. En ese sentido, la titularidad de los intereses se constituye en un presupuesto del negocio jurídico que se celebre para regularlos. De ahí que, por enunciación de principio, un sujeto ajeno a los intereses que se desean regular, no puede hacerla. Se requiere pues, tener legitimación entendida ésta como la idoneidad jurídica del agente para ser sujeto de la relación que se desarrolla con el negocio jurídico (CARNELUTTI).

Ahora bien, la legitimación no solo se presenta como una calidad originaria en la persona titular de los intereses que se desean regular. Pueden existir casos en los que una persona ajena a dichos intereses, los regule; pero para que ello sea eficaz aquélla debe estar autorizada, y en consecuencia debe tener una legitimación derivada. La legitimación derivada, para el caso que nos ocupa, implica que una persona, a pesar de no ser titular de los intereses a regular, celebra negocios jurídicos que tendrán eficacia directa en la esfera jurídica del verdadero titular de los intereses; siempre que aquélla haya sido autorizada para ello por la ley o por el propio titular de los intereses. Este tipo de legitimación derivada es lo que se conoce como "representación directa" o a fin de ser más precisos en los conceptos, simplemente como "representación".

La representación se presenta entonces, en aquellos casos en los que una persona celebra un negocio jurídico y los efectos jurídicos de éste se producen, no en la persona de quien lo ha celebrado, sino más bien, en la persona del titular de los intereses regulados. Para que ello ocurra es indispensable que concurran un presupuesto y dos elementos. El presupuesto es que exista una fuente de legitimación

## ART.160

representativa. Esta fuente puede ser la voluntad del titular de los intereses, el que en virtud de su autonomía privada no solo puede regular sus intereses, sino que además puede nombrar a una persona para que lo haga; o, la ley, la que atendiendo a una situación de incapacidad de algunas personas y en consideración a la necesidad de que dichas personas puedan regular sus intereses confiere a otros sujetos la posibilidad de regular los intereses de aquéllas. En ambos casos se presenta, entonces una autorización. Esta autorización, sea voluntaria, o sea legal, otorga un poder representativo al representante.

Sin embargo, no solo es necesaria esta autorización, sino que además se requiere la presencia de dos elementos:

- (i) que quien está legitimado celebre negocios jurídicos dentro de los límites del poder que se le ha conferido, ya que solo dentro de estos límites actuará legítimamente; y además
- (ii) se hace necesario que los terceros con los que se relaciona sepan que quien actúa lo está haciendo por otra persona, y no a título personal.

El artículo en comentario regula solo el primero de los mencionados elementos, pues el segundo se encuentra regulado en el artículo 164 del Código Civil.

La actuación dentro de los límites del poder se hace necesaria a fin de tutelar al representado, en la medida que el representante sólo se encontrará legitimado a realizar aquellos actos que el interesado o la ley le han facultado. Solo dentro de esos límites su actuación es legítima; fuera de ellos su actuación es una intromisión ilegítima en la esfera jurídica ajena. De ahí que los efectos de la representación, por regla general, sólo puedan producirse en la medida que el representante haya actuado según las facultades conferidas.

La indicación de que se está actuando por otra persona y no por sí mismo se convierte en el elemento que hace manifiesta la presencia del fenómeno de la representación. Lo que ocurre normalmente es que uno actúa para la regulación de sus propios intereses, ya que para ello tiene la normal legitimación; en ese sentido, la sociedad presume que quien actúa lo hace para regular sus propios intereses. De ahí que se exija que el representante ponga en conocimiento de los terceros con los que contrata que en el negocio jurídico específico que celebra no está actuando por sí, sino por otro. No interesa tanto saber quién es el otro, lo importante es que se exteriorice la actuación en calidad de representante; de lo contrario, los efectos del negocio jurídico que celebra el representante recaerán en su esfera jurídica. Lo importante es que el tercero que celebra el negocio jurídico sepa que quien actúa como contraparte lo hace como representante, y para ello el representante tiene el deber de poner en conocimiento de los terceros su calidad de tal. Ahora bien, este conocimiento por parte de los terceros puede deberse a una manifestación del representante en forma expresa, o desprenderse de las circunstancias del caso. Si las circunstancias del caso hacen presumir que quien celebra el contrato no lo hace a nombre propio, ello es suficiente a fin de que se produzcan los efectos de la representación.

A nuestro modo de ver, con una mejor técnica legislativa, el artículo bajo comen

tario debió establecer lo siguiente: "El negocio jurídico celebrado por el representante en nombre del representado y dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado". Y es que para que se produzcan los efectos de la representación directa se hace necesario no solo que el representante actúe dentro de las facultades conferidas por el representado, sino que además se hace imprescindible que éste actúe en nombre del representado, lo que está dispuesto como obligación en el artículo 164 del Código Civil, pero que debió además establecerse como elemento de la representación directa.

## 2. La actuación del representante

Para poder explicar la actuación del representante en la celebración de un negocio jurídico se han elaborado fundamentalmente tres teorías:

### 2.1. La *Geschaftsherrntheorie* (Teoría del *dominus negotio* teoría del titular del negocio)

Esta teoría que es considerada como la primera teoría, en sentido propio, de la representación voluntaria directa fue propuesta por Savigny. Conforme a esta teoría "en la representación solo actúa negocialmente el representado. El representante solo es portador de la voluntad del representado y con ello es el mismo representado el que consiente el negocio representativo" (FLUME). De ahí que SAVIGNY afirme que: "Soy siempre yo quien, con mi voluntad, concluyo la convención, y el representante no es sino el portador de mi voluntad".

En la medida que esta teoría establece que la voluntad que celebra el contrato es la del representado y no la del representante, para ella no existe distinción entre representante y nuncio, ya que en ambos casos la persona está comunicando la voluntad ajena.

Algunas críticas fueron formuladas a esta teoría, entre las que destacan: aquellas que manifiestan que dicha teoría no trata la representación pasiva ni la representación de los actos unilaterales; aquellas que manifiestan que dicha teoría no trata la representación legal impidiendo con ello un tratamiento conjunto y único del instituto de la representación; aquellas que cuestionan la irrelevancia de la voluntad del representante, lo que no respondía a las exigencias de la práctica comercial (DE LORENZI).

### 2.2. La *Repräsentationstheorie* (Teoría de la representación)

Para esta teoría, en un negocio jurídico celebrado a través del instituto de la representación, la voluntad que opera es la del representante, no la del representado; lo que ocurre es que en estos casos, la voluntad del representante vale como aquella del representado (DE LORENZI, FLUME).

En ese sentido, WINDSCHEID, afirma que "La relación se concibe precisamente como aquél en el que la declaración de voluntad del representante produce aquellos efectos que se hubieran verificado, si una declaración de voluntad de la misma especie hubiera sido emitida por el representado. De otra parte, ello que de hecho existe, y de lo cual el derecho hace proceder sus efectos, es siempre una declaración de voluntad del representante".

A fin de simplificar la exposición de esta teoría, ésta se hizo en términos positivistas, afirmándose que: "El reconocimiento jurídico de la representación hace que causa y efecto se separen, que la declaración de voluntad la hace el representante y la eficacia se produce a favor y en contra del representado" (DE LORENZI, FLUME).

Ahora bien, en tanto que la voluntad negocial en el negocio representativo es aquella del representante, a fin de que los efectos jurídicos puedan producirse en la esfera jurídica del representado, la voluntad del representante debe tener una dirección particular, dirección que se exterioriza con la indicación del nombre del representado. Sin embargo, esta teoría no solo exige la indicación del nombre del representado para que los efectos del negocio jurídico se puedan producir en su esfera jurídica, sino que además se hace necesario que el representante tenga el poder.

Es esta la teoría que contemporáneamente se acepta para explicar el fenómeno de la representación.

### 2.3. La teoría de la cooperación

Dicha teoría fue elaborada fundamentalmente por Lenel y posteriormente por Mitteis, como una posición intermedia entre la *Geschaftsherrntheorie* y la *Repräsentationstheorie*. Esta teoría parte del presupuesto que la *Geschaftsherrntheorie* y la *Repräsentationstheorie* son unilaterales, debido a que mientras una se funda exclusivamente en la voluntad y sobre la persona del representado, la otra se funda en la voluntad y en la persona del representante. Esta teoría considera, por el contrario, que se deben tener en consideración ambas voluntades y la función que cada una de ellas tiene en la relación representativa.

Conforme a esta teoría el representante y el representado actúan conjuntamente en la representación, en la medida en que ésta descance en el apoderamiento (FLUME). En ese sentido, dicha teoría tiende a valorizar la cooperación de las voluntades, entendida como concurso de dos sujetos implicados en la determinación volitiva del negocio jurídico (PAPANTI PELLETIER). Es decir, la voluntad negocial se encuentra siempre constituida por la cooperación de dos manifestaciones de voluntad (PUGLIATTI).

### 2.4. La opción del Código Civil de 1984

Si bien es cierto del artículo bajo comentario no se puede establecer qué teoría es la que acoge el Código Civil, de la lectura del artículo 163 se puede establecer que nuestro Código opta por la teoría de la representación, pues es claro para el Código Civil de 1984 lo trascendente es la voluntad del representante, y no de la del representado en la formación del contrato. Sin embargo, nos remitimos al comentario del artículo 164.

## ART.160

### ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1994; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111. *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; CARBONIER, Jea. *Derecho Civil*. Tomo 11. *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Vol. 11. Bosch. Barcelona, 1971; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale dei Diritto*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1998. Reimpresión de la Tercera edición de dicha obra publicada por la Soco Ed. Del "Foro Italiano". Roma, 1951; D'AVANZO, Walter. *Voz: "Rappresentanza (diritto civile)"*, en: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIV. Págs. 801-832; DI MAJO, Adolfo. *Voz: Legittimazione negli atti giuridici*, en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XXIV. Giuffre. Milano, 1987; DOMAT, Jean. *Le leggi civili nel loro ordine naturale*. Prima edizione veneta eseguita sulla traduzione di Napoli, rettificata in vari luoghi dal dottore Giuseppe Andrea Zuliani. Giacomo Storti: Venezia, 1793. ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*. Tomo 1: *Negocios de sustitución*. Segunda edici(m. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987; FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. Traducción al castellano por José María Miguel GOJIZÁLEZ y Esther Gómez Calle. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad ,;/Externado de Colombia. Bogotá, 1983; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericanici. Roma, '1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean y CHABAS, Fran(:ois. *Lerons de Droit Civil*. Tomo 11. Primer volumen: *Obligations: Théorie générale*. 9~ edición. Montchrestien. Paris, 1998; MELICH-ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; NATOLI, Ugo. *Voz: Rappresentanza (diritto privato)*, en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 470-485. Giuffre. Milano, 1987; PAPANTI PELLETIER, Paolo. *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*. Giuffre. Milano, 1984; PLANOL y RIPERT. *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Ed. Cultural. Tomo 6. Pág. 459; MIRANDA de, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral. Tomo 111. *Negócios jurídicos. Representar;ão, Conteúdo. Forma. Prova*. Editora Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1983; POTHIER, Joseph. *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*. Segunda edición. Battista Seguin. Napoli, 1819; PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1965; PRIORI POSADA, Giovanni. *La representación negocial: del derecho romano a la codificación latinoamericana*, en *Ius ei Veritas N° 20*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; RESCIGNO, Pietro. *Voz: Legittimazione (Diritto sostanziale)*, en: *Novissimo Digesto italiano*. Tomo IX. Utet. Torino, 1982; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997; SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Traducción al italiano de Vittorio Scialoja. Utet. Torino, 1888; SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. Traducción de Giovanni Pacchioni. UTET. Torino, 1915; STARCK, Boris; ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. *Oroit Civil. Les obligations*. Tomo 1: *Contrato* Sexta edición. Litec. Paris, 1998; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985; VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam. Padova, 1992; WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Utet. Torino, 1902.

## .. JURISPRUDENCIA

*"Los poderes otorgados por las personas jurídicas mantienen su vigor mientras no sean revocados siendo indiferente que los directivos que suscribieron el contrato de poder hayan cesado en sus cargos"*

*(Exp. N° 711-92-Ica, Normas Legales,  
tomo 232, p. J-11)*

## REPRESENTACIÓN DIRECTA SIN PODER

*El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.*

*También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.*

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 140 inc. 1), 162  
LEY26887 arts. 12, 13

*Giovanni Priori Posada*

*Comentario*

#### 1. Los supuestos de hecho de la norma

El artículo bajo comentario establece las siguientes normas:

1. Si el representante ha celebrado el negocio jurídico excediéndose del límite de las facultades conferidas, el negocio así celebrado es ineficaz, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros.
2. Si el representante ha celebrado el negocio jurídico violando las facultades conferidas, el negocio así celebrado es ineficaz, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros.
3. Si una persona a la cual no se le ha otorgado un poder de representación celebra un negocio jurídico a nombre de otra, dicho negocio jurídico es ineficaz en la esfera jurídica de ésta.

El primer supuesto regula el caso en el cual quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es, sin embargo, al momento de celebrar el negocio jurídico se excede en las facultades que le han sido conferidas; es decir, realiza un negocio jurídico para el cual no contaba con autorización.

El segundo supuesto es un caso en el cual quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es, sin embargo, viola las facultades que le ha conferido el representado; conforme será analizado más adelante.

El tercer supuesto regula el supuesto típico del *fa/sus procurator*, es decir, de

alguien que celebre un negocio jurídico en nombre del supuesto representado, sin que este último le haya conferido las facultades de representación, o habiéndose las conferido ya se hayan extinguido.

El primero y tercer supuestos son los típicos casos de exceso y defecto del poder de representación, lo que da lugar a lo que se conoce como la ausencia de la legitimación representativa. Sobre el segundo supuesto nos referiremos más adelante.

## 2. La ausencia de la legitimación representativa

La ausencia de legitimación representativa se puede producir en los siguientes tres supuestos:

- (i) el caso en el cual el supuesto representante haya tenido la legitimación representativa en el pasado, pero ésta ha cesado por cualquier motivo;
- (ii) el caso en el cual el supuesto representante jamás ha tenido la legitimación representativa; y,
- (iii) el caso en el cual el sujeto tiene actualmente la legitimación representativa, pero ésta no lo legitima a celebrar el negocio jurídico concreto, es decir la celebración de dicho negocio jurídico no entra en los límites del poder.

Los dos primeros son casos de defecto de representación, en cambio el último es un caso de exceso de representación, sin embargo ambas situaciones son expresiones de un mismo fenómeno: la ausencia de legitimación representativa, con lo que en ambos casos se producen las mismas consecuencias jurídicas: la ineficacia del negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procuratoren* la esfera jurídica del representado, y el nacimiento en el tercero del derecho a exigir al representante un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos (SALOMONI); sin perjuicio, claro está, de los supuestos de representación tolerada o de representación aparente.

## 3. Las consecuencias de la actuación del *fa/sus procurator*

Con relación a los actos realizados por el representante sin la debida legitimación representativa, la doctrina se encuentra dividida, de forma tal que se pueden distinguir fundamentalmente tres tesis:

- (i) aquella conforme a la cual el negocio concluido por el *fa/sus procurator* es inválido, tesis que tiene entre sus partidarios a Emilio Betti;
- (ii) aquella conforme a la cual el negocio jurídico concluido por el *fa/sus procuratores* válido, pero es ineficaz, tesis que tiene entre sus partidarios a Massimo Bianca; y,
- (iii) aquella conforme a la cual, el negocio jurídico concluido por el *fa/sus procurator* es imperfecto.

### (i) Tesis que sostiene que el negocio concluido por el *fa/sus procurator* es inválido

La doctrina que sostiene la invalidez del negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procurator*, se encuentra a su vez dividida, pudiéndose distinguir entre:

(a) aquellos que sostienen la anulabilidad del referido negocio; y, (b) aquellos que sostienen su nulidad.

(a) *La anulabilidad de/ negocio celebrado por el falso procurador*

Para quienes sostienen la anulabilidad del negocio, el representante trasmite de forma inexacta la declaración de poder, debiéndose en consecuencia aplicar a dicho supuesto las normas sobre error obstativo. Las críticas que se le formula a esta teoría son fundamentalmente dos:

- De acuerdo con dichas normas el contrato sería eficaz hasta que no se produzca la sentencia de anulación, sin embargo el contrato celebrado por el *falso procuradores* ineficaz hasta que se produzca la ratificación, la que tiene efectos retroactivos; y,
- La tesis sería inaplicable en los casos de ausencia de poder, en los que el representante no podría haber trasmítido una declaración del *dominus* que no existe.

(b) *La nulidad de/ negocio celebrado por el falso procurador*

Para quienes sostienen la nulidad del negocio, en el negocio jurídico celebrado por el *falso procurador* faltaría un elemento intrínseco y esencial, cual es, la declaración del interesado. Sin embargo, la principal crítica que se hace en la doctrina a esta tesis es que en los casos de contratos celebrados por *falso procurador*, se permite la posibilidad de "ratificación", instituto que no puede configurarse ante un negocio nulo ni anulable.

(ii) Tesis que sostiene que el negocio concluido por el *falso procuradores* ineficaz

La teoría predominante es aquella conforme a la cual el negocio jurídico celebrado por el *falso procuradores* válido, pero ineficaz. Siguiendo a esta teoría, el negocio jurídico es válido y perfecto, en cuanto la declaración de voluntad no contiene ningún vicio del consentimiento, y en el negocio jurídico se pueden distinguir todos los elementos que lo conforman. El vicio es la ausencia de legitimación, y ello determina que el negocio celebrado por el *falso procurador* genere efectos en la esfera jurídica del representado.

Ahora bien, algunas legislaciones (como el artículo 552 del Código Civil chileno y el artículo 1933 del Código Civil argentino) establecen que el negocio jurídico celebrado por el *falso procuradores* eficaz respecto del representante, norma que no se encuentra establecida en nuestro Código Civil. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el negocio jurídico celebrado por el representante éste ha actuado en nombre del supuesto representado, es decir en nombre de otro, razón que determina que el negocio jurídico celebrado por el *falso procurador* pueda tener eficacia en la esfera jurídica del representante.

Siendo que el contrato es ineficaz respecto del representante como del representado, es evidente que también lo es respecto del tercero; pues, no puede nacer nin

guna obligación ni ningún derecho frente al tercero pues estas situaciones jurídicas solo encontrarían justificación en la medida que el contrato pueda surtir algún efecto, sea en el representante o en el representado.

(iii) Tesis que sostiene que el negocio concluido por el *fa/sus procuratores imperfecto*

La tesis que establece que el negocio es imperfecto parte de considerar que el negocio concluido por el *fa/sus procurator* constituye un elemento de un caso de formación progresiva, inexistente hasta que se produzca la ratificación, la cual tiene la tarea de perfeccionar el negocio (BIANCA, SALOMONI).

El artículo en comentario del Código Civil claramente ha optado por una de las tesis propuestas, cual es la de declarar ineficaz el negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procurator*, tesis que, a nuestro modo de ver, resulta la más adecuada.

#### 4. La violación de las facultades conferidas por el representado

Habría que preguntarse qué se entiende por violar las facultades. En principio, no debe entenderse por violar las facultades de representación aquellos casos en los cuales el representante ha hecho algo distinto a aquello para lo cual estaba facultado, pues es evidente que en este caso nos hallaríamos ante un caso de exceso en las facultades de representación que ya se encuentra regulado en el primer supuesto; sino más bien debe interpretarse de dicha norma que violar las facultades!, en realidad supone que en el negocio jurídico celebrado por el representante en nombre del representado se ha vulnerado el interés de este último; lo que supone que para nuestro Código civil, el interés del representado sería relevante a efectos de determinar la eficacia del negocio jurídico, como lo es para el *Codice civile* de 1942; con la diferencia que este último establece con claridad que el representante debe tener en cuenta el interés del representado al momento de ejercer el poder representativo.

Es por ello que la doctrina italiana habla del "abuso del poder representativo" para referirse a cualquiera de estas hipótesis:

- (i) cuando el representante actúa en conflicto de intereses con el representado;
- (ii) cuando el representante lesiona el interés del representado; o,
- (iii) cuando se aleja de las instrucciones (que no es lo mismo que facultades) impartidas por el representado. Decimos que instrucciones no es lo mismo que facultades pues mientras la facultad consiste en qué es aquello que el representante puede hacer, las instrucciones indican cómo es el que representante debe actuar.

Creemos que esa misma interpretación es la que da Lohmann cuando se refiere a que la violación de las facultades supone un caso de abuso del poder representativo.

Además de ello, compartimos la opinión del citado autor nacional en el sentido que, no puede establecerse la ineficacia del negocio jurídico celebrado por el representante con el tercero en los casos que este último no haya tenido conocimiento del interés del representado pues, como hemos sostenido, nuestro Código Civil adopta fundamentalmente la tesis de la autonomía del poder respecto del negocio de gestión.

## 5. La responsabilidad del *fa/sus procurator*

La norma establece que en caso el representante se encuentre en alguno de los supuestos contemplados en ella responderá por los daños y perjuicios que hayan sufrido el representante y el representado.

Ahora bien, a fin de configurar la responsabilidad del *fa/sus procurator*, la doctrina (SALOMONI) exige que se presenten cuatro presupuestos: (i) que el *fa/sus procurator*, indicando el nombre del *dominus*, haya estipulado un contrato con un tercero, contrato que debe ser idóneo a producir efectos jurídicos en caso de producirse la ratificación; (ii) que el tercero no haya tenido culpa al confiar en la eficacia del contrato y en la subsistencia de la legitimación del *fa/sus procurator*; (iii) que el *fa/sus procurator* haya actuado con dolo o culpa, pues son los presupuestos que las normas de responsabilidad civil exigen para que sea procedente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios; y, (iv) que no se haya producido la ratificación por parte del *dominus*.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina se inclina por pensar que la naturaleza de la responsabilidad del *fa/sus procurator*, es extracontractual, ubicándose específicamente en el ámbito precontractual (BIANCA, SALOMONI). Ello debido a que el *fa/sus procurator* ha violado ningún tipo de deber u obligación derivante del contrato, sino más bien un deber establecido de forma previa y anterior al contrato. En ese sentido, el hecho ilícito del representante es la lesión de la libertad contractual del tercero.

## ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998. BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. Edizione Scientifiche Italiane: Napoli, 1994. BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo 111: *11 contratto*. Giuffre: Milano, 1998. ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Negocios civiles y comerciales. Tomo 1: Negocios de Sustitución. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987. FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998. HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1983. HINESTROSA, Fernando. *De la representación*. En: *Materiale del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998. Págs. 181 - 200. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley: Lima, 1994. MESSINEO, Francesco. Dottrina generale del contratto. Reimpresión de la tercera edición. Giuffre: Milano. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre: Milano, 1977. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM: Padova, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco: Lima, 1985. VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992.

## JURISPRUDENCIA

"El artículo 161 del Código Civil regula la figura del llamado *falsus procurator*, por el que los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido o violándolas es *ineficaz con relación al representado*, pero no constituyen un acto nulo, porque puede ser objeto de ratificación por el representado"

(Cas. N° 2021-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 5/12/98, p. 2148)

"Que, disponiendo el artículo 161 del Código Civil la *ineficacia de los actos jurídicos* del representante cuando excede de las facultades que se le hubiera conferido, la garantía hipotecaria constituida en estas condiciones resulta *ineficaz* y no se puede proceder al remate del inmueble de propiedad de los demandantes"

(Cas. N° 818-98-Cusco, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, *El Peruano*, 16/10/98, p. 1936)

"El contrato realizado por un representante excediéndose de los límites de las facultades que se le hubieran conferido, no puede ser definido como causal de *incapacidad relativa*, sino debe considerársele conforme lo que dispone el artículo 161 del Código Civil"

(Cas. N° 1019-96-Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 23/04/98, p. 751)

"Que cuando el apoderado se excede de las facultades otorgadas, conforme a la regla del artículo 161 del Código Civil, en principio el acto resulta *ineficaz* frente a su representado; pero éste puede ratificado conforme a la norma del artículo 162 siguiente, de tal manera que solo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de su simple interpretación gramatical (...). Que en consecuencia, el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y no puede ser alegado por otra persona que aquella en cuyo beneficio la establece la Ley, como dispone el artículo 222 del Código Civil"

(Cas. N° 738-99. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 237)

"Como se ha expresado anteriormente, don José Ramón Cruz Farro no transfirió su parte alícuota, sino la totalidad de los derechos en la parte del inmueble que se vendía, incluyendo los de sus representados; (oo.) pero se puede admitir una compraventa por un representante que no tiene la facultad de vender, situación que conocía perfectamente el demandado en el juicio de desalojo, porque corría en autos el testimonio del poder, por lo que no era necesario ejercitar ninguna acción"

*"de nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, porque el acto jurídico era ineficaz de acuerdo con el artículo ciento sesenta y uno acotado"*

*(Cas. N° 91-T-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38.  
Enero 2001. Pág. 236)*

*"Que, en efecto, el artículo 156 del Código Sustantivo señala que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que señala que el representante legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado, de lo que se concluye, también sobre la base de los hechos probados, que los representantes de la demandante no constituyeron la prenda conforme a las formalidades de las normas antes aludidas; lo que daría lugar a una eventual nulidad de la prenda sublitis que por la naturaleza de la sanción no ha lugar a la convalidación o confirmación del acto jurídico (...). Que por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 161 del Código Civil que regula la figura del falsus procurator los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas es ineficaz con relación al representado; sin embargo, es evidente que aquel acto del representante que actúa conforme a los supuestos que contiene la norma, no es precisamente nulo sino ineficaz con respecto al representado, tal es así que incluso, dicho acto puede ser objeto de ratificación por el representado, como señala el artículo 162 del mismo Código, siendo así, mal se puede invocar como lo hace la recurrente, que se apliquen al caso de autos los artículos 156 y 161 del precitado Código cuando ambas normas contienen supuestos y efectos distintos".*

*(Cas. N° 2021-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 236)*

## RATIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

*En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.*

*La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.*

*El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.*

*La facultad de ratificarse trasmite a los herederos.*

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 161,230,231,232,660

### Comentario

*Giovanni Priori Posada*

El artículo en comentario regula dos institutos: la ratificación y la posibilidad de resolver el negocio jurídico por mutuo disenso que tienen el representante y el tercero.

#### 1. La ratificación

##### 1.1. Noción

Es el negocio jurídico unilateral mediante el cual el supuesto representado hace que el negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procuratorsea* eficaz. Con la ratificación, el negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procuratorse* torna eficaz.

##### 1.2. Fundamento de la ratificación

El fundamento de la ratificación descansa en el hecho que una persona no puede recibir los efectos de un negocio jurídico, si no expresa por sí misma o a través de un tercero con debida autorización, su voluntad. De esta forma, el supuesto de la ratificación es el siguiente: una persona que no se encontraba autorizada por el sujeto titular de los intereses que ha regulado ni por la ley, celebra un negocio jurídico en nombre del supuesto representado con la finalidad de que los efectos jurídicos de dicho negocio se produzcan en la esfera jurídica del supuesto representado. Sin embargo, como el representado no ha dado la autorización para que ello sea así, entonces, los efectos jurídicos de dicho negocio no se pueden producir en su esfera jurídica, con lo que el negocio es ineficaz. Por ello se permite que a través de una

declaración posterior, el supuesto representado haga suyos los efectos de un negocio celebrado en su nombre por una persona que no tenía el poder de representación. Pero nótese que se debe tratar de un negocio celebrado en nombre de otra persona.

### 1.3. La autorización y la ratificación como manifestaciones del asentimiento

La distinción entre autorización y ratificación encuentra acogida legislativa en el BGB, el que regula el instituto de la ratificación dentro de uno más general y amplio: el instituto del 'asentimiento' (parágrafo 182). El asentimiento se constituye así en un presupuesto de eficacia del negocio jurídico en los casos en los que la ley así lo establezca. La sistemática seguida por el BGB respecto a la ratificación ha sido seguida por el Código Civil del Paraguay, pues todos los demás códigos dictados luego del BGB, entre los que se encuentran el *Codice civil/e* de 1942 y el Código Civil peruano de 1984 siguen más bien la tradición francesa de regular el instituto de la ratificación al mismo momento o inmediatamente después de tratar el tema del *fa/sus procurator*.

Dentro de la figura del "asentimiento", el BGB distingue entre "asentimiento previo" o autorización o consentimiento (*Einwilligung*); y "asentimiento posterior" o ratificación (*Genehmigung*). Ahora bien, el asentimiento es un negocio jurídico autónomo, en tanto que tiene lugar a consecuencia de una declaración de voluntad independiente de la del negocio que necesita del asentimiento; pero a su vez es un negocio jurídico auxiliar del negocio que lo necesita, ya que su objeto es solo dar vigencia a este último; de esta forma, el asentimiento es una declaración unilateral recepticia, y sus posibles destinatarios son únicamente las partes del negocio necesitado de asentimiento (FLUME).

El "consentimiento" o "autorización" se encuentra estrechamente vinculado al poder, y así lo expresa la exposición de motivos del BGB. Dicha vinculación se debe a que, a través de la autorización se concede a una persona el "poder" o la "competencia" para realizar un negocio jurídico eficaz, que no lo sería sin la concesión de esa facultad (FLUME).

La ratificación, en cambio, se realiza respecto de un negocio jurídico que ya ha sido celebrado, y que necesita de ella a fin de que sea eficaz, de forma tal que la ratificación operará sus efectos retroactivamente, siendo ésta la característica esencial de la ratificación pues el negocio ratificado será considerado como si no le hubiera faltado el asentimiento, por tanto, como si el negocio, en lo que se refiere al asentimiento, hubiera sido eficaz desde el momento de su celebración.

### 1.4. La naturaleza jurídica de la ratificación

Existen fundamentalmente dos teorías que tienden a explicar la naturaleza jurídica de la ratificación:

- (i) aquella que considera a la ratificación como un negocio autónomo; y,
- (ii) aquella que considera a la ratificación como un negocio integrativo.

### La ratificación como negocio jurídico autónomo

La tesis de la autonomía es seguida por aquel sector de la doctrina que considera que el negocio celebrado por el *fa/sus procuratores* nulo; en ese sentido, la ratificación vale como un acto de apropiación de los efectos jurídicos del negocio.

### La ratificación como negocio jurídico integrativo

La tesis del carácter integrador de la ratificación es seguida por quienes sostienen la ineeficacia del negocio celebrado por el *fa/sus procuratur*; en ese sentido, la adquisición de los efectos jurídicos por parte del *dominus* luego de la ratificación es el resultado de un supuesto negocial complejo, en el cual concurren el acto del sujeto no legitimado y el acto de quien ratifica.

### Caracteres de la ratificación

La doctrina establece como caracteres de la ratificación los siguientes:

I Ser recepticia, pues para que dicho negocio surta efectos se hace necesario que sea comunicado al tercero con quien ha contratado el *fa/sus procurator*, y ello se justifica en la medida que la ratificación hará eficaz la relación obligatoria entre representado y tercero.

Es unilateral; pues para su eficacia no se requiere la conformidad del tercero, sino que basta la declaración de voluntad del representado.

La forma debe ser aquella exigida por el negocio principal, pues la ratificación está destinada a integrar un elemento constitutivo del contrato celebrado por el *fa/sus procurator*.

La ratificación puede ser tácita si es que la ley no exige para el negocio a ratificarse la forma escrita. En este caso, la doctrina exige que el *dominus*, al momento que ratifica el acto debe tener conocimiento del negocio concluido por su *fa/sus procurator*.

La ratificación no tiene un plazo para su ejercicio; sin embargo, ello no quiere decir que el tercero contrayente quedará pendiente indefinidamente a la decisión del *dominus* de ratificar el negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procurator*, por lo cual el tercero contrayente podría requerir al *dominus* para que en un plazo perentorio pueda ratificar el negocio jurídico, luego de lo cual el tercero quedará liberado de la posibilidad que tenía el *dominus* de hacer eficaz el negocio jurídico que había celebrado con el *fa/sus procurator*.

La ratificación tiene efectos retroactivos en el sentido que el negocio jurídico celebrado por el *fa/sus procurator* adquirirá eficacia desde el origen, como si hubiera sido celebrado por un representante legitimado. Sin embargo, dicha retroactividad no puede suponer bajo ninguna circunstancia lesionar el derecho de un tercero, pues puede haber ocurrido que mientras el negocio concluido por el *fa/sus procurator*<sup>f3</sup> encontraba en pendencia de ratificación, el *dominus* haya celebrado un negocio jurídico respecto del mismo objeto o contradictorio con el primero, sin embargo, siguiendo el principio de la tutela de los terceros de buena fe, si el *domi*

*nus* ratifica el primer negocio, la eficacia que adquirirá éste no puede perjudicar los derechos que los terceros hayan adquirido de un negocio celebrado con el *dominus* respecto del mismo objeto.

## 2. El mutuo disenso

Con la celebración del negocio con el *falsus procurator* el tercero se encuentra de alguna manera a la espera de una potencial ratificación que puede realizar el *dominus*; es por esta razón que el tercero no puede unilateralmente disolver los efectos del contrato celebrado con el *falsus procurator*; siendo posible más bien que ello se haga a través de una declaración de voluntad conjunta entre tercero y *falsus procurator*, luego de lo cual se hará imposible la ratificación. Debe tenerse !En cuenta además que la posibilidad de resolver el negocio celebrado entre tercero y *falsus procurator* se puede ejercer única y exclusivamente antes que el representado haya ratificado el negocio jurídico.

### ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1994; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 111'. 11 *contratto*.

, Giuffre. Milano, 1998; ESCOBAR, SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*. Tomo 1:

*Negocios de Sustitución*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987; FLUME, Werner. *El negocio jurídico*: Parte general del Derecho Civil. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado: Madrid, 1998; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. Boötá, 1983; HINESTROSA, Fernando. *De:a representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Rorrianístico, Unificación del Derecho y Derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericani. Roma, 1998. Págs. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; NATOL!, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; NATOL!, Ugo. *Voz: "Rappresentanza (diritto privato)"*; en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 470-485. Giuffre. Milano, 1987. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997. SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Traducción al italiano de Vittorio Scialoja. Utet. Torino, 1888. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985.

### JURISPRUDENCIA

"Al establecer el artículo 220 del Código Civil que la nulidad del acto jurídico no puede subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el artículo 161 del mismo dispositivo legal, invocado como fundamento de nulidad del acto jurídico, si puede ser ratificado, de acuerdo con lo expresado por el artículo

*162 del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad"*

*(Cas. N° 100-95 Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, HInostroza MInquez, Alberto, "Jurisprudencia Civil", tomo 111, p. 20)*

*"El artículo 162 del Código Civil permite la ratificación del acto jurídico del representante cuando se ha excedido en los límites de las facultades que se le hubiera conferido, lo que determina que se trata de un acto jurídico anulable, porque el nulo no puede ser ratificado"*

*(Cas. N° 2192-97-Chimbote, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 6/08/98, p. 1527)*

*"Que el artículo 162 del Código Civil, permite la ratificación del acto jurídico del representante, cuando se ha excedido de los límites de las facultades que se le hubiera conferido, lo que determina que se trata de un acto jurídico anulable, porque el nulo no puede ser ratificado. (oo.) Que si bien la escritura del poder especial otorgada por doña Dionisia Rosas Cema, a favor de Mercedes Rufina Rodríguez de A Ida ve el 15-08-85 no facultaba a la apoderada para obtener préstamos en su beneficio personal con la garantía hipotecaria de los inmuebles de su mandante, dicha escritura fue aclarada por la del 05-10-95, en que sí se le facultó expresamente para tal fin. Que, como la escritura de aclaración del poder fue otorgada con posterioridad a la del préstamo con garantía hipotecaria que celebró la apoderada en su beneficio personal con la garantía de los inmuebles de su representada, ello implica una ratificación del acto jurídico de mutuo con garantía hipotecaria y restricción contractual"*

*(Cas. N° 2192-97. Diálogo con la Jurisprudencia N°38. Enero 2001. Pág. 237)*

*"Cabe examinar si la compraventa celebrada por el apoderado luego de la muerte, del poderdante constituye el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 161 del Código Sustantivo, esto es, si el referido contrato celebrado por el representante es ineficaz ante el supuesto representado en razón de que, si al momento de su celebración no tenía la representación que se ha atribuido. (...). Enseña DíezPicazo que 'que pese a esa inicial ilicitud ya la defensa que es menester llevar a cabo a la esfera jurídica inválida, el ordenamiento jurídico no adopta medidas radicales, y procura esperar a comprobar cuáles son los resultados que de ese acto inicialmente ilícito se pueden derivar', por ello la característica más importante del acto llevado a cabo por un representante sin poderes que se admite su posterior ratificación, cuando el poderdante a posteriori lo reconoce, lo acepta y asume (Luis Díez-Picazo, La representación en el Derecho Privado. Ed. Civitas Madrid, 1978, pág. 214). Que este criterio ha sido recogido por el artículo 162 del Código Civil, al señalar que el acto jurídico celebrado por el falso procurador pue*

*de ser representado por el representado o dominus observando la forma prescrita para su celebración; además prescribe que la ratificación tiene efecto retroactivo, quedando a salvo el derecho del tercero, y que dicha facultad ratificadora se transmite a los herederos. Que, en tal sentido, estando a las nociones esbozadas y a las normas citadas cabe precisar que la recurrente, en su condición de sucesora de su cónyuge poderdante ya fallecido, ha ratificado la compraventa materia de la presente acción".*

*(Cas. N° 560-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001.  
Pág. 238)*

## VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN

*El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido.*

CONCORDANCIA:

e.e. *arts. 201 a 218,221 incs. 2) y 4)*

*Comentario*

*Jorge Beltrán Pacheco*

Todo acto jurídico de apoderamiento genera en la persona del representante la detención del interés del poderdante, por lo tanto se produce un fenómeno de abstracción en virtud del cual el representante pierde su individualidad frente al tercero . para ser considerado la proyección de la personalidad e intereses del poderdante (al respecto ver los apuntes de LOHMANN LUCA DE TENA Y de HUPKA.

Si bien es cierto ocurre tal fenómeno, debemos recalcar que la actuación del representante se sustentará en los criterios por éste considerados dentro de los límites y alcances del interés del representado. Es este elemento el que hace diferente al apoderamiento del nuncio en tanto en el segundo de los señalados el sujeto actúa como "boca de otro sujeto" sin la autonomía requerida en toda relación representativa. Así nos indican autores como RUGGIERO respecto al tema en cuestión: "Representante no es efecto, el *nuncius* a quien una persona confía el encargo de comunicar a otros su propia declaración; éste es un simple órgano de transmisión de la declaración ajena, un instrumento cómodo equiparable a otro medio cualquiera material de que nos servimos para comunicar a distancia nuestra voluntad, como el correo o el telégrafo". Del mismo modo BETTI nos indica que "la interposición de un nuncio es la figura más modesta de sustitución pues no aporta el supuesto total de hecho que configura el negocio, sino solo un elemento de él, que es la forma expresiva, considerada como manera de hacer evidente una voluntad que ya está determinada por la voluntad del titular del negocio". Posición distinta tiene DÍEZ-PICAZO quien considera que la distinción entre nuncio y representante es poco clara y solo gradual, es así que nos indica "es impropio señalar que el nuncio se limita a reproducir exactamente la voluntad del representado, pues con frecuencia la manifestación del emisario no es auténtica reproducción, sino una nueva expresión de la declara

## ART. 163

ción, lo que supone que el nuncio ha realizado una labor interpretativa de la declaración recibida". Finalmente cabe recalcar que nos adscribimos a la posición mayoritaria que sostiene que el nuncio es simplemente un detentador y transmisor de la voluntad de un sujeto, limitándose a ser reproductor de la declaración de éste, tal como lo indica LOHMANN LUCA DE TENA.

Es por lo expuesto que de incurrir el sujeto representante en un vicio de voluntad al momento de celebrar el acto jurídico frente al tercero, dicha anomalía en la construcción de la voluntad conlleva a un defecto estructural en la formación del negocio que puede ser subsanable como no. De encontrarnos en el primero de los supuestos de invalidez se presentaría un caso de anulabilidad, basado en un error (falsa representación de la realidad), dolo (engaño inducido por la otra parte que lleva a un error), violencia (fuerza física que desde nuestro punto de vista es un supuesto de inexistencia) e intimidación. Esta anulabilidad podrá ser invocada por el representante, en la medida que es éste quien sufre un defecto en la formación de su voluntad, o por el representado, en tanto es quien se vincula con el tercero por la actuación del representante. Sobre el tema objeto de estudio BIGLIAZZI, BUSNELLI, NATOLI y BRECCIA. señalan que "...la primera disposición se refiere al evento de que el representante, al estipular el negocio, haya incurrido en un error, haya sufrido una amenaza o violencia o haya sido víctima de un engaño (dolo) (...) dado que la alteración del consentimiento concierne al representante, o sea a la parte que manifiesta la voluntad negocial, el contrato resulta anulable. Si en cambio el vicio se manifiesta solo en cabeza del representado, el negocio es válido". Como podemos observar en el presente supuesto se puede concluir que dichos autores están valorando la autonomía en la actuación del representante, quien es titular del interés del representado, por lo tanto al ser éste quien actúa materialmente solo un vicio en la formación de su voluntad determinará un supuesto de invalidez.

Desarrollemos de forma más detenida cómo se manifiestan los diversos vicios de la voluntad en el ejercicio de la representación:

- a) El error.- Es la falsa representación de la realidad producto de una deficiente captación de los hechos o por desconocimiento del contenido semántico de un supuesto de hecho específico. Es así como lo entiende STOLFFI quien indica "El error es la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias".
  - . El error, de acuerdo al Código Civil peruano, para considerarse causa de anulación de un acto jurídico debe reunir las siguientes condiciones: i) que sea esencial; ii) que sea determinante de la voluntad; iii) que sea cognoscible; y iv) que exista excusabilidad, como algunos sostienen (RUBIO CORREA y PALACIOS MARTÍNEZ)
- Apliquemos cada uno de los aspectos indicados al tema de la representación. Tal como lo hemos indicado para que exista una vinculación entre el representado y el tercero debe el representante actuar dentro de los límites del poder, por lo tanto

para que opere el supuesto de anulabilidad de un acto celebrado por el representante, debemos considerar que en el caso del error debe haberse manifestado en la formación de la voluntad del apoderado un defecto o accidente que cumpla con las condiciones antes descritas: esencial, determinante de la voluntad y reconocible. Ello en virtud de que la voluntad, que forma o construye el apoderado, se entiende que es la voluntad (en sentido abstracto) del poderdante. Podemos indicar como ejemplo: "Luis otorga facultades a Miguel para que le compre un automóvil que le permita viajar al interior del país. Luego de estudios efectuados por Miguel decide adquirir un auto Toyota starlet del año 2000 y de color rojo; al momento de comprarlo firma un documento en el que equivoca su declaración y establece que desea un auto Toyota pero tipo corona; en dicho caso existe un error obstativo que al ser determinante de la voluntad se considera como un supuesto de anulabilidad".

b) El dolo.- Consiste en inducir a error a otro sujeto mediante un engaño intencional, con el objeto de que celebre un acto jurídico. RUGGIERO al respecto nos indica "El dolo puede ser definido como la conducta de alguien ajeno al declarante que causa error en éste mediante artificios, astacias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante".

El presente vicio, en la representación, se manifiesta en una actuación del apoderado en virtud de la cual es inducido a error por un tercero con quien se vincula el poderdante. Es el caso, por ejemplo, de Luis quien otorga facultades a Marcos para que compre anillos de oro ("oro rojo") para su matrimonio. Luis en ejercicio de las facultades decide comprar los anillos pero adquiere unos de "pirita" (oro de los tontos) al desconocer de metales y ser engañado por el vendedor.

c) La violencia.- Es el ejercicio de una fuerza física dirigida contra el declarante para que en tal situación celebre un acto jurídico no deseado.

Desde nuestro punto de vista consideramos que la violencia no es un supuesto de anulabilidad sino es uno de inexistencia en la medida que no se ha formado una voluntad libre (que resulta esencial en todo acto jurídico, como expresión de auto-, nomia privada, tal como lo señalan FERRI, SCONAMIGLIO, entre otros).

Sea uno u otro caso estamos ante un acto inválido, es el caso, por ejemplo, de Marcos, apoderado de Luis, quien es secuestrado y obligado (luego de ser torturado) a aceptar una compraventa a nombre de Luis.

d) Intimidación.- De acuerdo a LOHMANN LUCA DE TENA es "una conducta antijurídica - acto ilícito- que consiste en influir sobre el fuero interno del agente causándole miedo o temor, amenazándolo con un mal futuro que debe ser inminente y grave. De esa manera, presionando la voluntad o el ánimo del agente, es decir, el aspecto psíquico del mismo, se logra que declare algo de una manera distinta a la querida, o al declarar qué quiere, cuando nunca ha querido así ni de otra manera".

Respecto a este tema consideramos aplicar las mismas consecuencias estudiadas

das en el tema de la violencia, más aún cuando, tal como lo dice el autor citado, estamos ante un acto ilícito (por lo tanto nulo).

Los supuestos estudiados se refieren a cualquier caso de vicio de la voluntad del que puede ser objeto el representante, pero, existen casos en los que solo se puede solicitar la anulabilidad en la medida que el poderdante haya establecido el contenido del acto. Así lo señala la última parte del artículo objeto de estudio que establece que solo será posible alegar la anulabilidad si el defecto estructural consiste en uno que afecta el contenido preestablecido por el poderdante. Esto es en razón que el interés del representado se ha causalizado (es decir se ha exteriorizado convirtiéndose en causa común) en el contenido del acto y parla tanto se convierte en un límite de la actuación del apoderado. Por ejemplo: "Julio le dice a Luis: te confiero facultades para que adquieras en mi nombre e interés un automóvil color azul de marca Toyota, modelo y precio a definir por medio de la negociación que desarrolles tú con el tercero. Luis adquiere un auto Toyota pero al momento de contratar declara una voluntad distinta a la que deseaba (error obstativo o en la declaración) y compra uno rojo. El acto es anulable en la medida que el interés era azul y la voluntad del representante se vicio respecto a dicho contenido".

### ~ DOCTRINA

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. 1994; HUPKA, José. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Madrid, 1930; RUGGIERO *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. Esp. Por SERRANO SUÑER y SANTACRUZ TEJEIRO. Tomo 1.

Madrid, s.f.; BETTI, Emilio. *El negocio jurídico*; DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas. Madrid, 1979, págs. 35 y 64; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. 1994. Para una mayor profundización del tema de anulabilidad recomendamos la lectura de los siguientes libros: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. 1994 y BETTI, Emilio. *El negocio jurídico*; BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo 1. Volumen 1. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995. Traducción del italiano por Fernando de Hinestrosa; STOLFFI, Giuseppe. *Teoría del negocio Jurídico*. Madrid, 1959; RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Lima, 1991. PALACIOS MARTÍN EI, Eric. *La recognoscibilidad del error en el Código Civil peruano*, en: *Themis*. Segunda época. NQ 24. RUGGIERO. Op.cit.; FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*. Zanichelli. Bologna, 1987; SCONAMIGLIO, Renato. *Comentario del Codice Civile*. A cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca "Del contratti in generale". Incola Zanichelli Editore. Bologna, 1970; LOHMANN LUCA DE TENA, Op.cit.

## MANIFESTACIÓN DE LA CALIDAD DE REPRESENTANTE

### ARTICULO 164,

*El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades.*

*Comentario*

*Giovanni Priori Posada*

El artículo bajo comentario establece otro de los requisitos para que se puedan producir los efectos de la representación: la indicación de que se está actuando en nombre del representado, lo que según lo estipulado en la norma bajo comentario se establece como un deber del representante.

Sobre la necesidad de expresar que en un negocio jurídico se está actuando como representante, ya nos hemos referido al comentar el artículo 161 del Código Civil. Sin embargo, en el presente comentario realizaremos un recorrido por la doctrina y legislación comparadas que nos permita comprender mejor la necesidad de actuar en nombre del representante. Para tal efecto, nos ubicaremos en la tradición jurídica romano-germánica a la que pertenece nuestro ordenamiento jurídico, pues solo así lograremos una mejor comprensión de este elemento de la representación, ya que por regla general en la tradición del *common law* la indicación de la calidad de representante no se presenta como elemento configurador del instituto de la representación.

#### 1. Los antecedentes

Hemos señalado ya que en el Derecho romano no existía el fenómeno de la representación directa. Sin embargo, ya en algunos antecedentes de este instituto, se establecía la necesidad de indicar que se actuaba en nombre de otro. Así en D. 41, 1, 13, 1 se dice: "Si el tutor de un pupilo o de una pupila, a la manera que el procurador, comprando en nombre del pupilo o de la pupila, adquiere para ellos la propiedad, aun ignorándolo ellos". Similar regla se encuentra en D. 27, 1O, 1O, 1: "El curador del furioso podrá entregar una cosa verdaderamente suya como siendo del furioso, y transferir el dominio; pero si entregara una cosa del furioso, como suya propia, se ha de decir, que no transfiere el dominio, porque no la entregó siendo gestor del negocio". En el primero de los textos se aprecia con claridad la necesidad de que el tutor deba indicar que actúa en nombre del pupilo o de la pupila a fin de que los efectos del contrato se produzcan. En el segundo texto, sin embargo, la cuestión no es tan clara, pero una interpretación de él nos lleva a concluir que el curador solo transferirá la

cosa del furioso en la medida que indique que la cosa que transfiere es del furioso, lo que no es sino decir que se está actuando por él.

Lo que sí ha originado un amplio debate en la doctrina es si en los casos de las *acciones exercitoria e institutoria* se debía indicar que se actuaba en nombre del representado. En esta discusión que se produce fuertemente en el siglo XIX la mayoría de estudiosos pensaron originalmente que esto sí era necesario; sin embargo esta opinión comienza a variar a raíz de la solución negativa propuesta por Schlossmann a la que se adhiere contemporáneamente Wacke. Según este último autor como la *prepositio* del *institutor* era un acto concluyente de autorización que era absolutamente reconocible externamente, así el actuar de éste por cuenta del titular emergía, por regla general, de las circunstancias de hecho, con lo cual el actuar de hecho por cuenta de otro era mucho más evidente que la representación expresa en nombre del representado, no siendo necesario en consecuencia expresar que se actuaba en nombre de otro. Es decir las circunstancias de hecho eran determinantes para no hacer dudar al contratante que el *institutor* actuaba en nombre del principal.

En el Derecho intermedio la necesidad de indicar el nombre del representado en el momento de hacer ejercicio de la representación fue enunciada primero por Gracia y luego por Wolff.

## 2. Las codificaciones europeas y la indicación de la actuación en nombre del representado

### 2.1. La doctrina francesa y el *Code civil*

En el *Code civil* la indicación del nombre del representado se convierte en fundamental para que operen los efectos de la representación, y ello, como ha sido ya dicho antes, se nota a partir del texto del artículo 1119 del del *Code civil*: "Por regla general, no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo". Es decir, por regla general, cuando uno obra en su propio nombre solo puede obligarse a sí mismo, no pudiéndolo hacer a terceros. De ahí que la propia definición de contrato de mandato que contiene el *Code civil* en su artículo 1984 hace referencia a la necesidad de actuar en nombre del representado: "El mandato es un acto por el cual una persona da a otra poder para hacer alguna cosa por el poderdante y en su nombre (...)" . Ya en ese sentido se expresaba Pothier cuando afirmaba: "Pero si he contratado en nombre del tercero como su representante y prometiendo por él que les daría o haría a favor de él algo, se reputa que este tercero haya contratado con ustedes por medio mío y no yo". De ello entonces, para la doctrina que inspiró la elaboración del *Code civil* Y para el propio *Code* se hacía necesario expresar que se estaba actuando en nombre del tercero, razón por la cual la doctrina francesa contemporánea es unánime en establecer que solo hay representación cuando el representante ha tenido la intención de actuar por cuenta del representado.

Esta necesidad de indicar que se actúa en nombre de otro tiene, para la doctrina francesa, una doble función. La primera, es necesario que los terceros estén en conocimiento que aquél con el que ha contratado actúa en nombre de otro, lo que resulta siendo fundamental en la medida que será el patrimonio de la persona con la

## ART. 164

cual han contratado -el representado- el que servirá de garantía genérica para el cumplimiento de la obligación. La segunda es que se hace necesaria la declaración de que se actúa en nombre de otro a fin de que no quede duda sobre que el representante está actuando en tal calidad y no a título personal.

### 2.2. El Código Civil español y el *Codice civile* de 1865

La norma general en materia de representación contenida en el Código civil español parte como supuesto de este instituto la actuación a nombre de otro (artículo 1259). Por su parte, a diferencia del *Code civil*, pero al igual que el *Codice civile* de 1865, el Código civil español, en la norma que define el contrato de mandato no hace expresa referencia a que en el contrato de mandato se deba actuar 'en nombre de otro', refiriéndose solamente a que debe hacerse 'por cuenta o encargo de otro'. A pesar de ello, y siguiendo el mismo esquema propuesto por el *Codice civile* de 1865, el Código civil español contiene una norma en la que expresa que cuando el mandante actúa en nombre propio, los efectos del contrato no se producirán respecto de su representado, sino que se producirán entre el representante y los terceros. Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto por el *Codice civile* de 1865, el Código civil español dispone que esta vinculación entre el representante y los terceros se producirá en todos los casos, salvo que se trate de cosas propias del representado. A nuestro entender dicha norma no está dando eficacia a este contrato entre el representado y los terceros, sino que está disponiendo que en los casos que se trate de cosas propias del representado, como los que han dispuesto sobre dichos intereses no se encuentran legitimados para hacerla, el contrato no puede surtir efectos y en consecuencia el contrato no podrá vincular al representante y a los terceros.

### 2.3. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)

En el Derecho alemán se mantiene la consolidada regla de nuestra tradición jurídica, conforme a la cual se hace necesaria la actuación en nombre del representado, a fin de que el negocio jurídico pueda surtir efectos en la esfera jurídica de éste. En ese sentido se manifiesta Flume cuando afirma que: "Solamente quien actúa en nombre ajeno actúa como representante". Para Flume, sin embargo, esta exigencia del ordenamiento jurídico alemán conforme a la cual en la actuación del representante se manifieste al exterior que el negocio es de pertenencia ajena, no es una 'exigencia apriorística' como lo es el hecho de que el representante tenga el poder de representación; tanto es así que para el ordenamiento jurídico inglés no se hace necesaria la indicación de que se está actuando por otro. En ese sentido, es una opción que ha tomado el ordenamiento jurídico alemán, sin embargo, pudo también haber tomado aquella opción conforme a la cual no se hacía necesaria la indicación de que se actuaba por otro. De ahí que el referido autor opine que sería perfectamente concebible que una actuación negocial relativa a otro fuera valorada como representación por el ordenamiento jurídico, aunque en la misma actuación no fuera reconocible la referencia a otro. Sin embargo, para la doctrina alemana actuar en nombre ajeno significa que en la actuación tiene que poder reconocerse que el negocio jurídico no debe ser un negocio del representante, sino del representado. De esta forma, el principio de exteriorización encuentra su justificación práctica en que sirve a la clari-

dad, a la evidencia de las relaciones jurídicas; en especial para el tercero (FLUME).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico alemán, como hemos dicho, ha optado por exigir la exteriorización de la actuación por otro. Y ello se nota en la segunda parte del primer párrafo del parágrafo 164, en el cual se establece que: "Es completamente indiferente que la declaración se haga expresamente en nombre del representado o que las circunstancias demuestren que debe realizarse en su nombre". Dicha norma exige que se exteriorice el hecho de la actuación por otro, pero dicha exteriorización puede ser expresa, o puede desprenderse de las circunstancias del caso. Respecto a la declaración expresa no hay ningún problema, ya que ello se entenderá de la propia declaración que hace el representante en el momento que celebra el negocio jurídico. Sobre la declaración tácita opina la doctrina alemana que es necesario que la declaración en relación con las circunstancias que deban aducirse para su interpretación, y en tanto que el destinatario de la declaración pueda conocerlas, dé a conocer a éste suficientemente que el declarante quiere celebrar el negocio jurídico, no para sí, sino para otro (LARENZ).

Ahora bien, la manifestación de una persona de que está actuando por otra es ya, por el solo hecho de declararse, manifestación de que se está actuando en calidad de representante, y no por sí mismo; de esta forma la actuación en nombre ajeno es por sí sola, aun cuando no exista ningún poder de representación, actuación como representante. Si alguien emite una declaración de voluntad en nombre ajeno sin tener poder de representación, la actuación no es válida como reglamentación suya (FLUME); en todo caso se aplicarán a estos casos las normas de la representación aparente o las del *falsus procurator*, según el caso.

Por otro lado, el segundo párrafo del parágrafo 164 del BGB dice que: "Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resulta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio". Esta disposición contiene dos reglas absolutamente diversas: una regla de interpretación por un lado, y una limitación a la facultad de impugnación de un negocio jurídico por otro. Dichas normas deben ser desentrañadas a fin de esclarecer sus verdaderos alcances; en ese sentido, interpretando esta norma del BGB, Karl Larenz afirma que: "Esta disposición, que en su formulación no debe calificarse precisamente de afortunada, expone dos conceptos distintos. Afirma en primer lugar que en todos los casos en que ni la propia declaración ni sus circunstancias dan a conocer al destinatario si el declarante quiere actuar para sí o para otro y, por tanto, la declaración es objetivamente equívoca respecto a la persona de quien debe ser parte en el negocio, la declaración ha de considerarse emitida en nombre del declarante, y el negocio debe considerarse como suyo. A ese respecto se trata de una regla de interpretación ilegal: en la duda, la declaración es un negocio propio del declarante. Aparte esto, sin embargo, expresa también tal disposición (*sic*) que si la declaración ha de entenderse como negocio propio del declarante, éste no puede impugnarla por error sobre su contenido basándose en que quiso emitirla como representante de otro. Pues la carencia de voluntad propia de actuar para sí es, según dicha disposición, jurídicamente desestimable, en tanto que no fuese conocible; por ello, tampoco entra en consideración como fundamento de una impugnación por error. A este respecto, el precepto del artículo 164

ap. 2 no presenta una regla de interpretación, sino una limitación del artículo 119 ap. 1. La ley, al excluir la posibilidad de impugnación, protege la fe del destinatario de la declaración en que sea parte en el negocio el propio declarante, y no un tercero anónimo, en mayor medida que al proteger en otros casos la fe en el contenido de una declaración de voluntad".

#### 2.4. El *Codice civile* de 1942

El artículo 1388 del *Codice civile* de 1942 establece que: "El contrato celebrado por el *representante* en nombre y en interés del representado, en los límites de las facultades conferidas, produce directamente efecto frente al representado". De esta norma se desprende claramente que el *Codice civile* de 1942 exige actuar en nombre del representado a fin de que se produzcan los efectos de la representación. La relevancia de este requisito, sin embargo, tampoco es un punto específico en la doctrina italiana.

A decir de Betti, en la representación es esencial que quien actúa por cuenta de otro se presente a la contraparte como alguien que con su actuación está dictando una regla para un interés ajeno, y no para un interés propio; en otras palabras, que se presente ante la otra persona como representante, y en consecuencia que actúe en nombre de la otra persona. En efecto, siendo Betti de los juristas italianos que forman parte de la teoría de la sustitución, para él se hace realmente esencial el hecho de que el sustituto (el representante) actúe en nombre del representado; en razón de que se debe establecer con absoluta claridad quién será el destinatario de los efectos del contrato celebrado por representante. Ahora bien, cabe precisar que para el otro sector de la doctrina no es que deje de ser esencial la indicación del nombre del representado, sino que este elemento se convierte en un elemento secundario (PAPANTI PELLETIER).

### 3. La codificación y doctrina latinoamericana

Para los códigos latinoamericanos la actuación en nombre del representante constituye un elemento esencial a fin de que se produzcan los efectos de la representación directa. De esta forma, los códigos latinoamericanos establecen que el actuar en nombre de otro, es, antes que nada, la hipótesis que se debe verificar, a fin de que identifiquemos si nos encontramos frente al instituto de la representación o no; y, además, es exigido como requisito esencial a fin de que se produzcan los efectos de la representación directa, es decir, de la verdadera representación.

En ese sentido también se pronuncia la doctrina latinoamericana. Así, Alessandri afirma que "para que haya representación, se requiere (oo.) que el representante ejecute el acto a nombre del representado, es decir que tanto él como la otra parte, si el acto es bilateral, celebren el acto con la intención de que sus efectos se radiquen en el representado". Para Hinestrosa, "el representante tiene el deber (carga u obligación, según el caso) de hacer presente que no obra para sí y por cuenta propia, sino que obra por cuenta ajena y, primordialmente, de declarar el nombre de la persona por y para quien obra, y a la que, naturalmente, irán a parar los efectos de su actuación (negocio o acto)". Para el autor este deber es, además, un deber de corrección

y lealtad frente al tercero. Será representante entonces, a decir de Pontes de Miranda, quien actúa en nombre de otro, ésta es la cualidad que lo identifica como tal. En ese sentido, si "falta la *contempla río domini*, si el representante, aunque obre *en interés* del representado, no ejecuta el acto *en nombre* de éste, no hay representación: el acto no afecta al representado; sus efectos se producirán entre el representante y el tercero únicamente".

#### 4. El Código Civil peruano

El Código Civil de 1984 se encuentra en la misma línea de toda la tradición jurídica romano-germánica, que exige que se haga manifiesta la actuación en nombre de otro para que estemos frente al fenómeno de la representación.

El presupuesto es el siguiente: en el normal desarrollo de sus actividades las personas solo celebran negocios jurídicos respecto de los intereses de los cuales son titulares, y ello en la medida que no tienen legitimación sino para regular sus propios intereses. No hay pues cómo saber que una persona se encuentra regulando intereses ajenos, si no pone de manifiesto que lo está haciendo. De esta forma, un tercero que celebre negocios jurídicos con ella, no tiene cómo saber que se está obligando frente a una persona distinta a aquella con la cual está contratando. Es por esa razón que en nuestra tradición jurídica se ha establecido que solo nos encontramos ante el instituto de la representación cuando una persona manifieste que está actuando en nombre de otra. Ello supone que si el representante no manifiesta que está actuando en nombre del representado, el negocio celebrado no puede surtir efectos en la persona del representado; con lo cual la relación jurídica será entre el representante y el tercero, mas no respecto del representado. Con ello, el negocio jurídico celebrado por un representante que no ha indicado que actúa por su representado es ineficaz respecto del representado. Ello trae importantes consecuencias, pues a pesar de que el representante haya sido debidamente facultado para contratar en nombre del representado, el negocio jurídico celebrado no obligará al representado, con lo que, por ejemplo, si el representante ha celebrado un contrato de compraventa respecto de un bien del representado, nos hallaremos frente a un contrato de compraventa de bien ajeno.~ F:or estas razones el Código Civil ha establecido la necesidad de que el representante indique que está actuando en nombre del representado incluso a acreditar sus facultades.

.. Ahora bien, como se ha expresado en el análisis comparado realizado la manifestación de qué se actúa en nombre del representado puede ser expresa o puede derivarse de las circunstancias en las cuales se ha celebrado el negocio (lo que se encuentra previsto en el artículo 165 del Código Civil); lo importante es que pueda establecer o desprender con claridad que quien actúa lo está haciendo en nombre de otra persona, sin que sea tan importante señalar el nombre del representado.

## DOCTRINA

ARANGIO RUIZ, Vicenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Jovene. Napoli, 1991; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica: Lima, 1998; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1994; BIANCA, Massimo. *Diritto CMle*. Tomo 111: *11 contratto*. Giuffre. Milano, 1998; BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Utet. Torino, 1998; CAPPELINI, Paolo. *Voz "Rappresentanza (diritto intermedio)"*; en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Pp. 435-463. Giuffre. Milano, 1987; CARBONIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo 11. *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Vol. 11. Bosch. Barcelona

1971; D'AVANZO, Walter. *Voz: "Rappresentanza (diritto cmle)"*, en: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIV. Pp. 801-832; DOMAT, Jean. *Le leggi civili nell'ordine naturale*. Prima edizione ve neta eseguita sulla traduzione di Napoli, rettificata in vari luoghi dal dottore Giuseppe Andrea Zuliani. Giacomo Storti. Venezia, 1793; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Traducción de la 39~ edición alemana por Bias Pérez González y José Alguer. Segunda edición. Bosch. Barcelona, 1981; ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*. Tomo 1: *Negocios de sustitución*.

Segunda edición.

Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987; FLÜME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo 11. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998; HAMZA, Gabor. *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*. En: *IndexNQ* 9. Pp. 193-229; HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983; HINESTROSA, Fernando. *De la representación*, en: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo 11. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericanos. Roma, 1998. Pp. 181-200; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, eon; MAZEAUD, Jean y CHABAS, Frant;ois. *Lectures de Droit Civil*. Tomo 11. Primer volumen: *Obligations: Théorie générale*. 9~ edición. Montchrestien. Paris, 1998; MELICH - ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffré. Milano; NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1977; NATOLI, Ugo. *Voz: "Rappresentanza (diritto privato)"*, en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Págs. 470 - 485. Giuffre. Milano, 1987; ORESTANO, Riccardo. *Voz: Rappresentanza (diritto romano)*. En: Novissimo Digesto Italiano. Tomo XIV. Pp. 795-800; PAPANTI PELLETIER,

Paolo. *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*. Giuffre. Milano, 1984; PLANIOL. y RIPERT. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Ed. Cultural. Tomo 6. Pág. 459; MIRANDA de, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral. Tomo 111. *Negócios jurídicos. Representar;;ao, Conteúdo. Forma. Prova*. Editora Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1983; POTH IER, Joseph. *Trattato delle obbligazioni secando le regale tanto del fore della coscienza quanto del foro cMle*. Segunda edición. Battista Seguin. Napoli, 1819; PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Giuffre. Milano, 1965; PRIORI POSADA, Giovanni.

*La representación negocial: del derecho romano a la codificación latinoamericana*, en *Ius et Veritas W 20*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; PUGLIESE, Giovanni. *In tema di "actio exercitoria"*. Jovene. Napoli; QUADRATO, Renato. *Voz: Rappresentanza (diritto romano)*, en: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XXXVIII. Pp. 417-435. Giuffre. Milano, 1987. RICCOBONO, Salvatore. *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, en: *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*. Vol. XIV. Pp. 389-427. Año 1930; SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM. Padova, 1997. SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Traducción al italiano de Vittorio Scialoja. Utet. Torino, 1888;

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. Traducción de Giovanni Pacchioni. UTET. Torino, 1915; STARCK, Boris; ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. *Oroit Civil. Les obligations*. Tomo 2: *Contrat*. Sexta edición. Litec. Paris, 1998; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco. Lima, 1985. VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam. Padova, 1992; WACKE, Andreas. *Alle origini della rappresentanza diretta: le azione adietizie*. Traducción al italiano de Francesca Lamberti, en: *Materiali -el Corso di Perfezionamento e di Magister in Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)*. Tomo 11. Pp. 145-180. Universita degli Studi di Roma Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericani. Roma, 1998.

## PRESUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN

*Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.*

*Comentario*

. Eric Palacios Martínez

Nos encontramos ante el supuesto conocido como "representación de hecho", figura que, en nuestro parecer, constituye una aplicación del principio de protección y tutela de la confianza ajena, reconocido por nuestro ordenamiento a través de un análisis constructivo de la disciplina negocial específica (p.e. error, dolo, simulación, etc.), y cuya operatividad implica una conceptuación que, aunque fuera preliminar, nos permita entrever tanto los requerimientos necesarios para su actuación particular, como los criterios para distinguirlo de otros principios tales como el principio de la apariencia y el de la buena fe.

El principio de la confianza, en términos estrictos, puede conceptualizarse como aquel que tiende a la protección de un estado de fiducia en un hecho jurídico o, más ampliamente, en un hecho relevante para la formación de un supuesto concreto apto para modificar situaciones jurídicas (PIETROBON) el que notoriamente comprende al negocio jurídico. Cuando un sujeto ocupa una posición que, según las circunstancias, hace deducir a los terceros que se encuentra legitimado para actuar en representación de una empresa, es obvio que ello genera una *fiducia* en los eventuales clientes por las operaciones cotidianas que aquélla desarrolla; fiducia (confianza) que debe de ser protegida por el ordenamiento a fin de tutelar, en este caso, indirectamente la seguridad en el tráfico jurídico.

Punto trascendental para efectos de realizar una adecuada indagación en torno a la norma legal comentada es deslindar el concepto de "dependiente" a que se refiere la misma, pues primordialmente a ello se condiciona el hecho de la presunción sancionada, en el sentido de que se considera a aquel sujeto como representante autorizado para efectos de participar integralmente en las *operaciones cotidianas* del establecimiento abierto al público, el que, cabe resaltarlo, puede ser perfectamente equiparable *in genere* a una empresa. Sin embargo, ello no importa que el sujeto al cual se le atribuye la legitimación, vía representación, tenga que ser necesariamente un empleado o subordinado del titular del establecimiento comercial (empresa). Su aptitud para concluir negocios jurídicos en sentido amplio (legitimación), sobre lo que se comercializa públicamente, materia de la actividad comercial, no se desprende propiamente de la iniciativa del representado, ni de la situación de un sujeto con respecto a otro, como sucede en los casos de la representación negocial o legal, sino

que se basa en circunstancias *y/o* comportamientos, calificables en torno a su permanencia y estabilidad, que inequívocamente hacen deducir a cualquier tercero-cliente, que dicha persona tiene la representación del principal y que está apto, entiéndase legitimado, para efectuar las operaciones que normalmente se realizan en un establecimiento comercial.

El dependiente entonces debe ser conceptuado como cualquier sujeto que ocupa una posición en un establecimiento abierto al público, situación que genera una confianza en los terceros interesados en torno a su legitimación para vincularse a través de actos que constituyen el giro del negocio. En otros términos, el dependiente es la persona al servicio del empresario o principal que por su cargo, labor o función, ostentan aparente y presumiblemente representación del titular de un establecimiento abierto al público, aunque su principal no ejerza actividad tendiente allucro (LOHMANN LUCA DE TENA).

La función que desempeña la norma en este aspecto es, superando la mera referencia a la *relación orgánica* existente que puede o no puede existir, la de permitir un desenvolvimiento negocial eficaz a los sujetos involucrados en la actividad comercial como instrumentos de colaboración del principal. Ello se condice con la idea de que el tercero no tenga que indagar sobre los poderes de tales personas, como lo veremos más adelante, ya que basta para la formación del negocio la actividad objetiva del dependiente ante él. Así, debe entenderse que los dependientes a que nos referimos son calificados porque la función que le es encomendada los coloca en contacto con la clientela ordinaria de la empresa, y porque, lo reitero, su poder deriva del hecho objetivamente considerado de su colocación en la actividad de la empresa, por lo que algunos autores discuten si técnicamente nos encontramos ante un acto de apoderamiento (GALGANO). Desde un punto de vista similar, pero diverso, se ha dicho que la gestión (con la que se identificaría la hipótesis comentada) y la representación (tomadas ambas como figuras distintas) pueden constituir el fin de un negocio que es de los socialmente más importantes: el contrato de trabajo, y que los que prestan esta actividad, para la que se propuso el nombre de *trabajo gestorio*, porque consiste en una actividad prevalentemente jurídica, son generalmente el gerente, el apoderado, el comisionado o dependiente del empresario, los encargados de labranza y los factores agrícolas, que están investidos también de un poder de representación mediante un negocio de apoderamiento inserto no en un mandato, sino precisamente en un contrato de trabajo (SANTORO PASARELLI). Aunque la idea es interesante, en el sentido de que puede dar pie a la utilización de la integración para explicar la presencia de una representación en cierto tipo de actividades negocialmente generadas, se le podría objetar lo anteriormente dicho, es decir que no necesariamente el dependiente tiene una relación de subordinación, y es más, ni siquiera necesariamente negocial con el principal (empresario). Por ende, el argumento podría ser solo utilizado en el caso del dependiente "en sentido estricto" entendido como aquel sujeto que tiene una relación negocial de servicio que lo vincula en el desempeño de sus funciones.

La norma establecida entonces constituye una solución específica para superar el obstáculo a generarse por la aplicación de las normas generales de representación a

las actividades comerciales, e implica que los principios estrictamente civiles cedan ante los principios del ámbito mercantil. Por ello se habla, en la doctrina italiana, para el caso bajo análisis, de un "sistema especial de representación" (GALGANO) que tendría la función de aliviar a los terceros de aquel riesgo al que se encontrarían expuestos de no considerarse la regla comentada. Pero el interés tutelado no solo es el del tercero (puesto que está protegido solo en el caso de que se vincule con un empresario), sino que, incluso principalmente, se tutela el interés del comerciante en la celebración de la mayor cantidad posible de negocios para cuya satisfacción se ha eliminado un posible obstáculo que los terceros habrían podido encontrar en sus operaciones comerciales.

Lo señalado conlleva directamente a la exclusión del requerimiento contenido en el artículo 164 (y también en los artículos 156 y 167) del Código Civil, en tanto ello no podría ser exigido al dependiente por la masificación de las actividades comerciales en la que se encuentra inmerso. Sin embargo ello también se justifica por la distinta fuente de que emerge la *legitimación representativa* en este caso, que no puede ser reconducida a los casos de representación legal o voluntaria (a los que se aplicarían en principio estos requerimientos que en la actualidad doctrinal vienen perdiendo trascendencia y vigencia aplicativa), sino que se apoya en la constatación de una situación de hecho que de inmediato produce la presunción de representatividad del sujeto "dependiente", según se ha expuesto. Como contraposición a la "liberación" de tales exigencias, se tiene una necesaria limitación del poder conferido a los dependientes, el que necesariamente debe desenvolverse a propósito de las actividades que ordinariamente se le encargan; otra limitación la tenemos por el lugar donde este poder se ejerce, ya que por el tenor de la norma necesariamente tendremos que éste debe ser ejercitado dentro del establecimiento comercial. También, por último, puede considerarse como una limitación, estrictamente atinente al contenido del negocio celebrado, la prohibición de que el dependiente modifique anómalamente las condiciones comerciales del establecimiento (p.e. precios, descuentos excepcionales, modificación de las condiciones generales de contratación, etc.). En los demás casos de eventuales limitaciones, resulta particularmente difícil establecer la oponibilidad para el tercero, por el exceso en el comportamiento del dependiente, resultando necesario que el que se encuentre a cargo del establecimiento, pub licite esas otras limitaciones, por ejemplo, con avisos pegados en las paredes del establecimiento.

Por último, cabe destacar que -en nuestro parecer- la presunción establecida como efecto de la norma tiene la naturaleza de ser una de tipo absoluta, es decir que no admite prueba en contrario, porque la tutela del principio de la confianza, basada en una apariencia razonable de acuerdo a las circunstancias, según lo exige la norma, es suficiente para defender la validez y eficacia del negocio celebrado por el dependiente. Cuestión diversa es la posible responsabilidad del dependiente, o incluso del pseudodependiente (*fa/sus procurator*), frente al principal del establecimiento por haber transgredido las indicaciones impartidas para su actuación en particular, resolviéndose en un problema de eventual vulneración de la esfera patrimonial del representado y su resarcimiento por el dependiente en la esfera de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, según sea el caso.

## ~ DOCTRINA

PIETROBON, Vittorino. *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*. Casa Editrice Dott. A. Milani (CEDAM). Padova, 1961. p. 255; LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda edición. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima, 1994; SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y otros. *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile (Tomo 11). Santiago, 1998; BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. 2~ ed. Trad. M. PÉREZ, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1959 (hay una nueva edición del año 2000 efectuada por Editorial Comares en colaboración con el Departamento de Publicaciones de la Universidad de Granada); BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*. Editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995, Tomo 1, Volumen 2; CARBONNIER, J. *Droit Civil 4 Les obligations*. Presses Universitaires de France. Paris, 1956; CARESSI, Franco. *11 contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Diretto da Cicu e Messineo. Continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffré Editore. S.p.A. Milano, 1987. Volume XXI. Tomo 1; COING, H. *Derecho Privado Europeo*. (1 Derecho común más antiguo). Trad. A. Pérez Martin. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996; DA SILVA PEREIRA, C. *Instituicoes de direito civil*. Vol. 111 1 O~ ed. Forense. Rio de Janeiro, 1998; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reedición de la segunda reimpreisión de la edición original de 1971. Civitas. S.A. Madrid, 1985; GALGANO, Francesco. *11 negozio giuridico*, en: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da CicuMessineo continuato da Luigi Mengoni* Dott. A. Vol. 111. Tomo 1. Giuffré Editore. Milano, 1988; GALGANO, F. *Diritto privato*. 7~. Ed. Cedam. Padova, 1992; MELICH ORSINI, J. *Doctrina General del Contrato*. 2~ Ed. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1993; MIRABELLI, Giuseppe. *Delle Obbligazioni dei contratti in generale*. arts. 1321-1469, en *Commentario del Codice Civile*. Libro IV, tomo secondo (titolo 11), terza edizione interamente riveduta e aggiornata. UTET. 1980; SACCO, R. y DE NaVA, G. *11 contratto*. 11. Torino, 1993; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrine general del diritto civile*. Ristampa della nona edizione. Casa Editoriale Dott. Eugenio Jovene S.N.C. Napoli, 1997; STARCK, B., y otros. *Droit Civil Les obligations* 2. *Contrat* (6~ ed.) Litec. Paris. s.d.; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico. Negocio jurídico y contrato*. Editora Jurídica Grijley E. 1. R.L. Lima, 2002; TRABUCCHI, A. *Istituzioni di diritto civile*. Cedam. Padova, 1999; TERRÉ, F. Y otros. *Droit Civil Les obligations* (6~ ed.) Dalloz. Paris, 1996; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima, 1991; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *La teoría clásica de la causa*. Tesis de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1982; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981; BREBBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1979; FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982; TORRES V ÁSQUEZ, Aníbal. *La causa fin del acto jurídico*. UNMSM, Lima, 1992; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá, 1980; PÉREZ VARGAS, Víctor. *Los hechos jurídicos*. Ed. Juricentro, San José, 1979; LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1956; ABELENDI, César Augusto. *Derecho Civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires 1980; AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos. I. La voluntad jurídica*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950; BARBERO,

Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. EJEA, Buenos Aires, 1967; BUERES, Alberto J

*Objeto del negocio jurídico*. Ed. Hammurabi, Bu~mos Aires, 1986; CASTAÑEDA, Jorg~

Eugenio. *El negocio jurídico*, Lima, 1972; CASTANEDA, Jorge Eugenio. *La doctrina de la causa*, Lima, 1980; CI FUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires, 1986. DABIN, Jean. *La teoría de la causa*, Madrid, 1929.

## **ACTO JURÍCICO CONSIGO MISMO**

*Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.*

*El ejercicio de la acción le corresponde al representado.*

### **CONCORDANCIAS:**

*c.c.               arto 221 jnc. 4)  
LEY26887       arto 17*

*Comentario*

*Jorge Beltrán Pacheco*

Todo acto jurídico de apoderamiento se realiza en nombre e interés del representado, por lo tanto es posible afirmar la existencia de un beneficio individual del representante en la medida que de realizarse un acto destinado a la satisfacción de un interés distinto al del poderdante nos encontraríamos ante un caso de "abuso del poder", el que se define como "aquel en el cual un sujeto realiza un acto dentro de los límites del apoderamiento (por lo tanto es vinculante frente al tercero) pero en interés personal y no del poderdante". En el presente caso surgirá un deber de indemnizar en la situación jurídica del representante frente al poderdante, tal como lo grafica LOHMANN LUCA DE TENA: "El dominus puede reclamar a su representante indemnización de los perjuicios que sufra, pero no es razonable que pueda invocar la ineeficacia si el abuso fue conocido por el tercero, ni podía, ni debía ser conocido por él". Al respecto consideramos que un caso de "abuso de poder" si bien genera una indemnización dentro de un sistema de responsabilidad civil por actos jurídicos unilaterales, también puede resultar ineeficaz frente al tercero solo en la medida que el tercero haya actuado de mala fe.

Por otro lado, cabe señalar que la actuación del representante es de forma autónoma en el apoderamiento (diferenciándose con el "nuncio"), debiendo por lo tanto el representante tener en cuenta los lineamientos esbozados por el poderdante en el esquema estructural y funcional de su apoderamiento.

Dicha autonomía y actuación diligente en busca de la satisfacción del interés del poderdante puede ser objeto de cuestionamiento cuando el acto celebrado por el apoderado no es uno que relacione al representado con un tercero sino es uno que lo vincula con el mismo representante. Dicha situación puede resultar conflictiva y es en

esa medida que el ordenamiento jurídico excluye la posibilidad de su ocurrencia, declarando su ineficacia estructural (invalididad por anulabilidad).

Desde nuestro punto de vista no nos encontramos conformes con la solución propuesta por el legislador, en la medida que no observamos cuál es el supuesto de ineficacia estructural existente en tanto se cumple con las condiciones de validez del artículo 140 del Código Civil por lo tanto es nuestro parecer que de encontramos ante una anomalía por conflicto de intereses en juego ello debería ser considerado como un supuesto de ineficacia funcional. Así mismo, de acuerdo a lo que podemos observar en la representación, el sujeto representante cuando actúa pierde su individualidad y ostenta la posición de otro en la celebración de un acto jurídico; por lo tanto cuando celebra un acto consigo mismo está celebrando un acto entre su representado y su persona (a título individual). Es por ello que compartimos la idea de LOHMANN, quien sostiene que no nos encontramos ante un acto consigo mismo en sentido estricto, siendo actos consigo mismo los que señala MESSINEO: "a) en los casos de doble representación, esto es, cuando, en una sola persona, se reúnen dos cualidades de representante, incompatibles entre sí; b) o bien, en los casos en que un representante u órgano, por una parte opere como tal (en nombre del representado), y por otra parte, opere en nombre propio".

No obstante lo antedicho el Código Civil por ley puede establecer supuestos de invalididad como lo señala el numeral tercero del artículo 221 del Código Civil, en esta medida da la opción de que el defecto pueda ser objeto de subsanación por una de las partes, entendemos por el poderdante.

El presente artículo entonces nos lleva a un supuesto de invalidez en la medida que se presenten las siguientes relaciones:

a) Un acto celebrado por el representante consigo mismo en nombre propio: es decir

una relación entre el poderdante (mediante la actuación del representante) con el representante a título personal. Ejemplo: Juan apoderado de Luis compra un vehículo de Luis, que le es vendido por él mismo (como representante de Luis).

b) Un acto celebrado por el representante con un tercero representado por el mismo representante: es decir en ambos casos el representante es la misma persona, en el plano fáctico quien firma el documento contractual, por ejemplo, es la misma persona: Juan apoderado de Luis vende un auto de éste a Julio representado por el mismo Juan. En el plano material Juan firmará el contrato por ambas partes.

Estos casos serán inválidos siempre que:

a) La ley no lo permita.

b) El representado no lo hubiere autorizado. Para lo cual la autorización debe ser específica, entendemos por ello que debe ser expresa y concreta.

c) El contenido del acto jurídico celebrado conlleve un conflicto de intereses. Por ejemplo si aludimos a un tutor que adquiere los bienes del pupilo, vemos que en el presente caso existe un conflicto de intereses, complementándose ello con la prohibición expresa de la ley según el artículo 538 del Código Civil que les prohíbe

esa medida que el ordenamiento jurídico excluye la posibilidad de su ocurrencia, declarando su ineficacia estructural (invalidez por anulabilidad).

Desde nuestro punto de vista no nos encontramos conformes con la solución propuesta por el legislador, en la medida que no observamos cuál es el supuesto de ineficacia estructural existente en tanto se cumple con las condiciones de validez del artículo 140 del Código Civil por lo tanto es nuestro parecer que de encontramos ante una anomalía por conflicto de intereses en juego ello debería ser considerado como un supuesto de ineficacia funcional. Así mismo, de acuerdo a lo que podemos observar en la representación, el sujeto representante cuando actúa pierde su individualidad y ostenta la posición de otro en la celebración de un acto jurídico; por lo tanto cuando celebra un acto consigo mismo está celebrando un acto entre su representado y su persona (a título individual). Es por ello que compartimos la idea de LOHMANN, quien sostiene que no nos encontramos ante un acto consigo mismo en sentido estricto, siendo actos consigo mismo los que señala MESSINEO: "a) en los casos de doble representación, esto es, cuando, en una sola persona, se reúnen dos cualidades de representante, incompatibles entre sí; b) o bien, en los casos en que un representante u órgano, por una parte opere como tal (en nombre del representado), y por otra parte, opere en nombre propio".

No obstante lo antedicho el Código Civil por ley puede establecer supuestos de invalidz como lo señala el numeral tercero del artículo 221 del Código Civil, en esta medida da la opción de que el defecto pueda ser objeto de subsanación por una de las partes, entendemos por el poderdante.

El presente artículo entonces nos lleva a un supuesto de invalidez en la medida que se presenten las siguientes relaciones:

a) Un acto celebrado por el representante consigo mismo en nombre propio: es decir

una relación entre el poderdante (mediante la actuación del representante) con el representante a título personal. Ejemplo: Juan apoderado de Luis compra un vehículo de Luis, que le es vendido por él mismo (como representante de Luis).

b) Un acto celebrado por el representante con un tercero representado por el mismo representante: es decir en ambos casos el representante es la misma persona, en el plano fáctico quien firma el documento contractual, por ejemplo, es la misma persona: Juan apoderado de Luis vende un auto de éste a Julio representado por el mismo Juan. En el plano material Juan firmará el contrato por ambas partes.

Estos casos serán inválidos siempre que:

a) La ley no lo permita.

b) El representado no lo hubiere autorizado. Para lo cual la autorización debe ser específica, entendemos por ello que debe ser expresa y concreta.

c) El contenido del acto jurídico celebrado conlleve un conflicto de intereses. Por ejemplo si aludimos a un tutor que adquiere los bienes del pupilo, vemos que en el presente caso existe un conflicto de intereses, complementándose ello con la prohibición expresa de la ley según el artículo 538 del Código Civil que les prohíbe

comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor, supuesto que se incorpora en el primero de los descritos.

Es en este último punto en donde podemos observar la posición del legislador, el que sustenta la admisión de la siguiente figura en la medida que pueda darse un conflicto de intereses, es así como DE LA PUENTE Y LAVALLE señala "quienes se oponen a la admisión de la autocontratación en la disciplina contractual, se apoyan en su inconveniencia por el posible conflicto de intereses, en la imposibilidad de que un solo sujeto pueda emitir dos declaraciones de voluntad y conciliarlas adecuadamente y en la necesaria pluralidad de sujetos". Es así como el Código Napoleón no lo adopta y más aún establece normas que lo prohíben y restringen, tal como lo indica VIDAL RAMÍREZ.

Cabe señalar que diversos códigos como el Código argentino, el Código alemán y el Codice Civile italiano permiten la celebración de actos por parte del representante consigo mismo. Debemos recalcar lo que nos señala BARBERO, quien a la pregunta ¿es posible estructuralmente la formación de un contrato por obra de una sola persona? Se responde de forma positiva, ya que en la persona del representante se comprendían dos partes y de él emanaban dos declaraciones negociables.

Es por ello que volvemos a indicar que desde nuestra perspectiva sí es posible la realización de actos consigo mismo por parte del representante siempre que dichos actos no impliquen perjuicios al interés del poderdante. Debemos resaltar que el apoderado debe actuar dentro de ciertos límites y siempre buscando la entera satisfacción del interés del representado, por tanto cualquier tipo de perjuicio implicará, a favor del representado, el pago de una indemnización. Debemos considerar de una vez que las partes del negocio se encuentran en la mejor posición para resolver sus conflictos, y por lo tanto el Estado no debe establecer medidas correctivas, que lejos de reducir el problema y postular incentivos, desincentivan generando costos accesorios e impidiendo la continuación de una relación jurídica.

Finalmente el Código Civil establece que la acción le corresponde al representado en la medida que es quien se perjudica con la realización de tales actos, pudiendo por lo tanto confirmarlos según lo dispone el Código Civil para los actos jurídicos anulables.

## ~ DOCTRINA

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. 1994; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, 1971; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Cultural Cuzco. Lima, 1983; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco. Lima, Perú, 1989; BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho privado*. Ejea. Buenos Aires, 1967.

## ART. 166

### . JURISPRUDENCIA

*"Que el artículo 166 del Código Sustantivo, establece como causal de anulabilidad del acto jurídico que el representante en ejercicio de la representación, por declaración unilateral de su propia voluntad, establezca entre su esfera jurídica y la de su representado o entre las esferas jurídicas de sus representados efectos jurídicos iguales a los que se obtienen mediante la celebración del contrato, salvo las excepciones previstas en la misma norma (...). Que del contrato de autos se desprende que no se da el supuesto previsto en el citado artículo; esto es, que se trate de un acto jurídico que deriva de una sola declaración de voluntad, por cuanto los que intervinieron en la celebración del contrato, son personas naturales distintas; con la acotación de que las sociedades son personas jurídicas distintas a las de sus socios".*

*(Cas. N° 225-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 238)*

## PODER ESPECIAL PARA REPRESENTACIÓN LEGAL

*Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:* 1.- *Disponer de ellos o gravarlos.*

- 2.- *Celebrar transacciones.*
- 3.- *Celebrar compromiso arbitral.*
- 4.- *Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.*

### CONCORDANCIAS:

e.e. arts. 156, 1302 Y ss.

e.p.e. artº 75

LEY26887 arts. 54 inc. 5), 188 incs. 1), 2), 400

*Comentario*

*Jorge Beltrán Pacheco*

Cuando nos referimos a la representación legal estamos aludiendo, de acuerdo a PUIG PEÑA, a aquella conferida por el ordenamiento jurídico a determinadas personas que, por una posición familiar o por un cargo u oficio actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones, o para ejecutarlos con su actuación directa. De acuerdo a STOLFI, el calificativo de legal no se utiliza para indicar que la designación del representante sea siempre hecha por la ley, sino que las personas sometidas a ella necesitan para sus negocios jurídicos de la intervención de una persona física que preste el consentimiento en su lugar. Según lo señala LOHMANN LUCA DE TENA la presente representación no debe confundirse con la judicial en la medida que ésta es designada a criterio de un magistrado, tal como lo indica WEILL y TER RE, habiéndose olvidado el Código Civil de regular tal supuesto. Tenemos como casos de representación legal: la representación de incapaces, la de desaparecidos y ausentes, de la sociedad conyugal, de los establecimientos abiertos al público y de las personas jurídicas.

El representante legal al asumir el cargo se somete a determinadas condiciones tales como: la obligatoriedad de su función, por lo tanto es inevitable e irrenunciable; asimismo no es sustituible ni delegable por naturaleza, tal como lo señalan autores como CAST ÁN.

Del mismo modo, de acuerdo al presente artículo, el representante no tiene una plena libertad de actuación (a diferencia de la representación voluntaria) en la medida que requiere de autorización expresa en tanto efectúe un acto de disposición de

derechos del representado. Así, se señala en el presente artículo el caso de la disposición o gravamen, que de acuerdo a nuestro entender se refiere a casos en los que existe un acto jurídico traslaticio como la compraventa, permuto, donación entre otros para el primero de los casos y de prenda e hipoteca, en el segundo de los enunciados. Es importante resaltar la necesidad de tal autorización en la medida que el interés protegido de los incapaces es uno primordial para el Estado, dada su propia naturaleza y en la medida que debe protegerse el patrimonio del sujeto para futuras situaciones. En el presente caso (de representación legal) como no existe una delegación de facultades voluntaria debemos entender que es el Estado el que le reconoce a un tercero la posibilidad de ser apoderado, por tanto debe velar por el adecuado ejercicio del cargo.

Por otro lado se señala a la transacción. De acuerdo al Código Civil en el Libro de Obligaciones, artículo 1302: "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado...". Dicho acto es uno en virtud del cual se extingue una obligación, aunque consideramos en realidad que es ajeno a las relaciones obligatorias. En la medida que entendamos, como la mayoría de la doctrina, que es un acto de disposición de derechos (en tanto se renuncia habitualmente al ejercicio de una pretensión o se decide el pago de una indemnización), se requiere de una autorización expresa. Del mismo modo ocurre con el compromiso arbitral, que es un acto que impone una vía jurisdiccional para las partes renunciando a la vía ordinaria (judicial).

Los actos que finalmente se señalan en el artículo objeto de estudio son los establecidos en los siguientes artículos:

Artículo 448 del Código Civil para la patria potestad, el artículo 532 del Código Civil para el caso de los tutores y el artículo 568 del Código Civil para la curatela, que nos remite a las reglas de la tutela.

## ~ DOCTRINA

PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil español*. Pamplona, 1971; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid, 1959; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. 1994; WEILL, Alex y TERRE, Francois. *Droit Civil. Les obligations*. París, 1980; CAST ÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, Común y Foral*. Barcelona, 1971.

## JURISPRUDENCIA

"Que, en efecto, según el artículo 156 del Código Sustantivo señala que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que

*señala que el representante legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado, de lo que se concluye, también sobre la base de los hechos probados, que los representantes de la demandante no constituyeron la prenda conforme a las formalidades de las normas antes aludidas; lo que daría lugar a una eventual nulidad de la prenda sublitis que por la naturaleza de la sanción no ha lugar a la convalidación o confirmación del acto jurídico (...). Que por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 161 del Código Civil que regula la figura del 'falsus procurator' los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas son ineficaces con relación al representado; sin embargo, es evidente que aquel acto del representante que actúa conforme a los supuestos que contiene la norma, no es precisamente nulo sino ineficaz con respecto al representado, tal es así que incluso, dicho acto puede ser objeto de ratificación por el representado, como señala el artículo 162 del mismo Código, siendo así, mal se puede invocar como lo hace la recurrente, que se apliquen al caso de autos los artículos 156 y 161 del precitado Código cuando ambas normas contienen supuestos y efectos distintos".*

*(Cas. N° 2021-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001.  
Pág. 236)*

## INTERPRETACIÓN OBJETIVA

*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 141, 142,  
1361, 1362

Comentilio

Walter Gutierrez Camacho

### I. Introducción

1. La interpretación es la actividad por excelencia del operador jurídico. Interpretar es indagar por la razón de ser de la ley o del acto jurídico. No es posible aplicar el Derecho sin interpretar. Consciente de esta importancia nuestro codificador ha incluido en el Código Civil normas sobre interpretación del acto jurídico, es ésta una decisión acertada pero no exenta de crítica, pues adolece de serias deficiencias. La primera de ellas es la ausencia de una real sistemática en el articulado, esto es, una relación armoniosa entre estas normas interpretativas, de suerte que el intérprete pueda saber la relación de estas normas entre sí (v.gr. jerarquización) y con el resto del código. La segunda objeción tiene que ver con la insuficiencia de los criterios interpretativos recogidos por el código, al haberse omitido otras normas de similar valor jurídico.

2. Todo problema jurídico es un problema de interpretación. Esta frase no debe tomarse en el sentido de que la interpretación solo opera cuando estamos frente a un problema legal. En realidad, en sentido lato, la interpretación es un paso inevitable para la ejecución del acto o para la aplicación de la norma. En esta línea la interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico

práctico se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y de los actos jurídicos, resultando decisiva para su calificación y para la aplicación de las reglas legales o convencionales. En el discurso teórico jurídico, en la llamada "interpretación doctrinal", se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos (WROBLEWSKI).

La interpretación que aquí nos interesa es la interpretación operativa, que es la que se realiza en la aplicación del Derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar, sea que se trate de normas o de actos jurídicos.

3. Si bien es verdad que todo problema jurídico es un problema de interpretación, es necesario reconocer que no siempre estamos frente a un problema jurídico. Existe ten situaciones en las que no es necesario echar mano de ninguna regla interpretativa, pues el acto jurídico no suscita ninguna duda, ya por la claridad de su texto, ya porque no es posible otra interpretación por el contexto pragmático de su uso. Ejemplo: la dirección de los contratantes.

Por lo tanto, interpretación *sensu stricto* quiere decir la determinación del significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación: o bien la comprensión directa de un lenguaje es suficiente para fines de comunicación concreta, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación (WROBLEWSKI).

Esta concepción del problema interpretativo debe compaginarse con el hecho de que tanto el legislador como los particulares, a la hora de celebrar sus actos, utilizan el lenguaje común. Cuando hablamos de lenguaje común nos referimos a aquel que se utiliza en situaciones normales de la vida como medio de comunicación. El intérprete debe tener presente que el lenguaje legal no tiene peculiaridades sintácticas, pero sí características semánticas que hacen que una misma palabra pueda tener un significado distinto al de uso común cuando se encuentre en un determinado contexto legal.

Pero además, no debe perderse de vista que la comunicación se hace entre personas, de ahí que se haya dicho que el lenguaje es el puente tendido entre dos mundos (MANIGK). Con esta frase se pone de relieve que la declaración hecha por las partes no puede considerarse aisladamente ni despersonalizada: es el lazo de comunicación y de unión entre dos personas. Para conocer su significado habrá que atender al que haya tomado en boca de aquel a quien se imputa la declaración Ynel que éste pueda o deba esperar que le dará quien sea destinatario de la declaración (DE CASTRO Y BRAVO).

Ahora bien, siendo cierto que para el juez, el árbitro o cualquier otro intérprete el principal instrumento de interpretación es el lenguaje utilizado por las partes, en materia de actos jurídicos el intérprete puede utilizar un conjunto de criterios para conocer la voluntad de las partes; algunos de esos criterios son los que han sido recogidos por nuestro código tanto en el libro de acto jurídico como en otros libros.

4. En armonía con lo expresado en el punto anterior detengámonos un instante para clarificar lo que entendemos por interpretación. La interpretación es la acción en la cual el resultado o evento útil es el entendimiento. La interpretación es un proceso intelectual de entendimiento que no se puede desligar de lo fáctico. Los hechos predeterminan el fin y ese es el primer encuentro que debe enfrentar el intérprete anali-

## ART.166

zando las reglas (palabras y gestos) y las conductas que desarrollan y muestran 105 intervenientes en el negocio (BETTI).

5. Un tema que ha causado y aún sigue causando cierto debate es el referido a la determinación de la naturaleza de las normas interpretativas. ¿Se trata de normas imperativas o de normas dispositivas? ¿puede el testador disponer cuáles serán las reglas de interpretación que deberán regir en caso de duda respecto al testamento? ¿pueden 105 cónyuges que desean cambiar el régimen de gananciales introducir, en el convenio de separación de bienes, normas interpretativas que se aparten de lo dispuesto por el código en esta materia? ¿pueden 105 contratantes alojar en sus contratos normas hermenéuticas respecto a 105 alcances de sus acuerdos? Durante un buen tiempo se puso en duda el carácter jurídico de las reglas interpretativas. Así, 105 codificadores alemanes estimaron que no eran propias de un código por tratarse de reglas lógicas y sin valor jurídico positivo.

La respuesta a las preguntas formuladas no es fácil, pues pasa por determinar previamente la real naturaleza de las normas interpretativas. Afirmar que estamos ante normas dispositivas equivale a decir que 105 criterios interpretativos recogidos por el código son simples recomendaciones, consejos que proporciona el código a 105 intervenientes en un acto jurídico. Tal postura es inadmisible, las normas interpretativas son criterios preceptivos de conducta a seguir por el intérprete. Hoy aparece claro que las normas interpretativas tienen carácter vinculante, pues 105 mandatos del legislador no son consejos, y porque tales reglas representan un límite a las arbitrariedades interpretativas.

De este modo, no es posible interpretar 105 actos jurídicos sin utilizar 105 criterios interpretativos contenidos a lo largo del código, y en especial aquellos contenidos en el libro de acto jurídico. Se trata por tanto de normas imperativas, que en ningún caso las partes pueden derogar ni siquiera en materia contractual. Sin embargo, esto no quiere decir que está vedado a las partes introducir en sus actos jurídicos reglas interpretativas que complementen lo dispuesto en el código. Estos criterios interpretativos convenidos por las partes tendrán carácter vinculante no para las partes sino para 105 jueces o árbitros y cualquier otro intérprete. En suma, lo que el código pretende con la inclusión de normas interpretativas es sancionar cuáles son 105 criterios más "idóneos" para la interpretación de cualquier acto.

Se adiciona a la postura de conferirle carácter vinculante a las normas interpretativas el hecho de que el Código Procesal Civil haya recogido como causal del recurso de casación (artículo 386) la inaplicación o la aplicación indebida o la interpretación errónea de normas de derecho material. Situación que se presentará si se infringen 105 cánones hermenéuticos que la ley establece (Cfr. LOHMANN).

### ti. Interpretación en el acto jurídico (artículo 168)

6. Los criterios de interpretación enunciados por la ley pueden ser clasificados en dos tipos: criterios de interpretación subjetiva que se basan en la investigación de la intención del actor, y 105 llamados de interpretación objetiva que se apoyan en elementos objetivos (GALGANO). Al respecto nuestro Código ha definido una posición que no admite vacilaciones, señalando que lo manifestado es, en línea de principio, lo que determina el sentido y contenido del acto. Así, las relaciones entre la voluntad y

su manifestación se rigen por lo declarado. La referencia que el artículo 168 hace al principio de la buena fe no hace sino reforzar el criterio objetivista adoptado por el Código.

Sin embargo, el codificador ha sido consciente de que en ocasiones las palabras y sus combinaciones pueden traicionar la intención del otorgante, será necesario entonces hurgar más allá de las palabras intentando conocer cuál fue su real intención. No obstante, tal investigación no puede ser automática, sin con ello debilitar la seguridad jurídica que el Derecho busca preservar. En materia contractual por ejemplo, el legislador ha sancionado que la falta de coincidencia entre lo expresado y lo querido deberá probarse por quien la invoque, manteniendo vigor entre tanto la presunción de que lo expresado es lo que las partes quisieron (artículo 1361). Cabe preguntarse si tal presunción es válida para todo tipo de acto jurídico.

Nosotros creemos que sí, el intérprete no tiene mejor referente para conocer la voluntad del otorgante que su manifestación, por lo tanto lo que se interpretará en principio es la declaración, que es la exteriorización de la voluntad. Si tal declaración resultó una expresión inadecuada de lo que se quiso deberá probarse. Solo así se podrá abrir paso a la utilización de otros criterios objetivos o incluso subjetivos de interpretación. Se trata en realidad de un precepto de seguridad jurídica. Si se pone en cuestión la sintonía entre lo expresado y lo realmente querido por los intervenientes en un acto, la investigación de cuál fue la verdadera voluntad deberá abrirse paso solo una vez comprobada tal falta de coincidencia. Para llevar a cabo esta investigación se deberá seguir un conjunto de criterios, recogidos por el código, dentro de los cuales el contenido en el artículo 168 deberá tomarse como norma general. Sobre el carácter general del referido artículo, la doctrina nacional ha sido unánime (Vid. VIDAL RAMÍREZ, LOHMANN).

No hay duda de que una interpretación objetiva, como quiere el código, debe partir de la fórmula de que las partes se han valido. Es la señal, el referente obligado salvo que entre el verdadero sentido del acto y el texto haya una contradicción flagrante. En este punto cabe interrogarse si cuando un texto o una conducta es suficientemente clara es posible buscar cuál fue la verdadera voluntad del otorgante. Para responder a esta pregunta, sin apartarse del carácter voluntarista que le es propio al acto jurídico, basado en razones de seguridad legal el código parece recoger veladamente en su artículo 168 el antiguo brocado *in claris non fit interpretatio*, e impedir con ello que un texto claro sea objeto de conjeturas innecesarias. Por consiguiente, si no hay un divorcio flagrante entre lo declarado y lo querido no deberá a recurrirse para su interpretación a elementos extrínsecos.

Si este divorcio se da, entonces el intérprete podrá utilizar otros criterios interpretativos e investigar cuál es el sentido jurídicamente relevante del acto de autonomía privada celebrado por las partes. Para ello deberá investigar la real voluntad en las declaraciones, comportamiento y documentos formulados por las partes. Para esta tarea le serán útiles los otros criterios interpretativos recogidos por el código, que lo mismo que el artículo 168 son normas técnicas elevadas a la categoría de normas jurídicas. Sobre estas normas hay que reiterar que son vinculantes, y que los criterios hermenéuticos que recogen trascienden el caso específico. Sin embargo, los incorporados por el código no son los únicos que el Derecho, la lógica y la experiencia han sancionado. Existen otros criterios con igual valor jurídico aunque carentes de fuerza legal en nuestro sistema, lo que nos lleva a afirmar que su utilización solo es posible cuando la duda persista pese a haberse utilizado los criterios recogidos por la ley.

Por último, conviene precisar que ninguna interpretación podrá hacerse divorciada del contexto legal. En este sentido, necesariamente se debe interpretar lo Qeclarado

por las partes y lo que las normas prevén para ello. Lo mismo que las partes al tiempo

de celebrar sus contratos no pueden huir del contexto legal imperativo, el intérprete no puede quedarse solo con lo querido por las partes sino que debe compatibilizar tal declaración con lo que el orden jurídico regula para ellas. En este sentido los efectos del acto se logran no solo por lo querido y manifestado por el otorgante SihO por lo

previsto por la norma para dicho acto jurídico (GHESTIN). Por ello, cuando se interpreta un acto se interpreta también la norma que regula al mismo. Por lo demás, no es

exagerado afirmar que en cierto modo toda norma legal es una norma inte~pretativa aunque no un criterio interpretativo.

### **111. La interpretación en otros libros del Códíeo**

7. Un tema importante de considerar es el hecho de que la interpretación de un acto, lo mismo que una norma, pueden variar en función del contexto 'sist~mático y funcional al que pertenecen. El contexto sistemático es el universo legal a que pertenece la norma jurídica que regulará el acto. Tal sistema no es irrelevante al momento de proceder a la interpretación. Así por ejemplo, un acto jurídico pertenE!ciente al Derecho Sucesorio será siempre interpretado haciendo un esfuerzo por Ctmocer la última voluntad del acusante, mientras que un acto jurídico netamente mercantil será interpretado teniendo siempre presente el principio *favor negoti*.

Evidentemente la naturaleza de determinados actos jurídicos y su pert~nencia a determinados sistemas legales impone la observancia de diferentes criterio~ interpretativos. Así por ejemplo, el criterio objetivo de interpretación se torna más rígido y no admite excepciones en los actos jurídicos unilaterales con eficacia respecto a personas indeterminadas (poderes, conocimientos, cheques, letras de cambio, etc.). Estos se interpretarán sin admitir alegación alguna según lo que se exprese en el Cjocumento mismo. Las exigencias del comercio jurídico, los intereses de terceros y la debida protección así lo imponen, haciendo predominar el principio de la declaración.

Sin embargo, tratándose de otro tipo de actos como los contratos unilaterales gratuitos la regla podrá flexibilizarse, siempre que se pruebe falta de sintoní~ entre lo expresado y lo declarado, favoreciendo la voluntad interna, constituida funCJamentalmente por el promitente; entendiéndose el contrato en sentido favorable a C1icho obligado. Esto no quiere decir desde luego que han de interpretarse indagando la voluntad íntima y no manifiesta del declarante, pues ello estaría en pugna con el artículo 168, que rechaza tal indagación (Cfr. LEÓN BARANDIARÁN).

8. Como ya lo manifestamos con anterioridad, no todas las reglas interpretativas se hallan expresadas en normas legales. Sin embargo, es posible advertir varias de estas reglas a lo largo del código. Así, son criterios interpretativos: los artícLdos 1361, segundo párrafo, que se refiere a la presunción de que lo declarado responde a la voluntad de las partes; el 1362, que exige que los contratos se interpreten según la común voluntad de los contratantes y no según la voluntad individual de cada contratante, lo que además deberá hacerse en e! marco de la buena fe; el 1401 , que sanciona el principio contra proferente para la interpretación de las cláusulas generales de contratación.

Fuera del Derecho Civil también es posible hallar normas interpretativas. Un ejemplo importante es el artículo 2 del D. Leg. N° 716, que sanciona el principio pro consumidor.

## **DOCTRINA**

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Civitas. España, 2001; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Civitas. España, 1997; BETTI, Emilio. Interpretación de las leyes y de los actos jurídicos. E.R. España, 1975; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Grijley. Lima, 1994; GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992; VIDAL RAMÍREZ, F. El acto jurídico. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; GHESTIN. Traité de droit civil. París, 1992. Citado por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Interpretación del contrato en el régimen uruguayo, en: Contratación Contemporánea. Palestra. Lima, 2001; LEÓN BARANDIARÁN. Tratado de Derecho Civil. Tomo 11. El Acto Jurídico. w'G. Editor. Lima, 1991.

### **.m JURISPRUDENCIA**

"El artículo 168 del Código Civil contiene una norma general de interpretación del acto jurídico, según el cual el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe"

(Cas. N° 461-97-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 5/08/98, pág. 1519).

"Si bien el Código Civil no contiene disposiciones específicas sobre la interpretación de los testamentos, resultan supletoriamente aplicables en cuanto resultan compatibles con la naturaleza de estas declaraciones 'mortis causa', las normas generales de interpretación del acto jurídico, cuando estipulan que dicha interpretación debe efectuarse de acuerdo con lo expresado en él y según el principio de la buena fe"

(R. N° 212-98-ORLC/TR, Jurisprudencia Registral, Año 111, Vol. VI, pág. 247).

"No puede ser objeto de casación la interpretación de la voluntad de las partes expresadas en los contratos, pues estas cuestiones son ajenas a los fines propios del recurso"

(Cas. N° 192-94. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 238)

"Que, el artículo 1362 del Código Civil preceptúa que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Que la común intención de las partes a que se refiere el artículo acotado, no puede ser interpretada en forma distinta a la efectiva declaración de voluntad expresada por las partes en el contrato respectivo, toda vez que

*significaría prescindir de la interpretación objetiva que todo magistrado debe observar de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico"*

*(Cas. N° 2013-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 239)*

*"No es objeto de casación la interpretación de las cláusulas contenidas en un acto*

*jurídico, por constituir normas particulares que emanan de la voluntad privada de*

*las partes, por lo que no son de aplicación a otros negocios jurídicos"*

*(Cas. N° 44-2001 Lima. Publicada el 02/07/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 37. Octubre 2001. Pág.*

## INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

*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.*

CONCORDANCIA:

C.C. art 224

*Comentario*

*Eric Palacios Martinez*

La interpretación del acto de autonomía privada (negocio jurídico) es la técnica - aunque algunos autores prefieren el término procedimiento (COSTANZA)- utilizada para indagar el significado (sentido) del texto y del contexto del negocio jurídico. En este sentido, la interpretación tiene como punto de referencia la realidad o experiencia social a la que se llega mediante las operaciones cognoscitivas y de observación. Primero hay que concebir las palabras o términos para ver la realidad, y luego será necesario entenderla (BETTI). Los términos jurídicos usados convencionalmente (noción convencional entre el lenguaje y la realidad) en la experiencia normativa son la expresión de las operaciones de los particulares en los intercambios de bienes y de servicios. La regulación de los intereses privados típicos o atípicos tutelados por el ordenamiento jurídico son analizados jurídicamente mediante la interpretación entendida como la operación destinada a considerar el sentido jurídicamente relevante del acto de autonomía privada.

Es una realidad plenamente constatable que en el articulado correspondiente a la interpretación de los negocios jurídicos (actos jurídicos para nuestro Código Civil) no existe una integridad sistemática en los criterios interpretativos a utilizar ante un negocio a ser interpretado. Las modalidades de interpretación que se encuentran recogidas en los tres artículos dedicados a la temática interpretativa no contienen reglas armónicas de aplicación que se complementen entre sí; incluso no existe un orden de prioridad entre ellas, que permita esbozar la construcción de un sistema interpretativo unívoco, denotándose tan solo una tendencia objetivante (ARANA), vinculada estrechamente al declaracionismo, que encuentra una de sus materializaciones principalmente en el precepto legal ahora comentado.

En el presente artículo tenemos una de las modalidades de la técnica hermenéutica conocida como interpretación sistemática, recogiéndose el denominado *principio de la totalidad negocial*, por lo que algún autor habla de "interpretación total o global" (BIANCA). Ella supone una averiguación del sentido que emana de la totalidad del íntegro del contenido del contrato, a través del examen de las cláusulas que reflejan

el sentido total de las conductas significativas que dan lugar a la formación de cualquier negocio jurídico en general.

Así, por ejemplo, si en un contrato de compraventa que tiene como objeto un terreno, en una de sus cláusulas se utiliza como criterio de identificación el que éste sea colindante con otro terreno, también de propiedad del vendedor, destinado a la construcción de una guardería infantil. La frase "destinado a la construcción de una guardería infantil", puede ser interpretada, al menos, en una duplicidad de sentidos, y ser, por tal razón, ambigua. Por un lado, puede entenderse que ella sirve solo como mera descripción, resultando superflua; y, por otro, puede atribuirse la categoría de una verdadera obligación del vendedor frente al comprador interesado en que, por decir, se construya la guardería para efectos de que su cónyuge pueda trabajar. El problema quedaría resuelto, suponiendo que exista una cláusula adicional en donde el comprador se obliga a suministrarle parte del material de construcción dirigido a tal finalidad. Resulta entonces patente cómo, por necesidad lógica, solo de la interpretación de las dos cláusulas en su conjunto puede establecerse que la referencia efectuada a la destinación del terreno colindante constituye propiamente una obligación del vendedor.

Es importante señalar que el mecanismo concreto de la interpretación sistemática encuentra como soporte la existencia de un círculo hermenéutico entre las partes y el "todo" del texto del negocio: las cláusulas particularmente analizadas y el conjunto de ellas configurarán "circularmente" el sentido del texto negocial. En otros términos, la utilización de la interpretación sistemática implica el reconocer una eventual conexión operativa, necesaria para establecer el sentido integral de la *fattispecie* negocial, entre las cláusulas negociales. En este sentido debe de ser entendido el mandato contenido en la norma comentada.

Las cláusulas deben interpretarse teniendo presente que constituyen una unidad (totalidad) y que suponen intrínsecamente una funcionalidad sistemática de vinculación entre las estipulaciones del negocio concreto. Para determinar el significado integral del negocio, será necesario relacionar cada una de las disposiciones (partes o cláusulas) y la totalidad de sentido que en su conjunto poseen. Es decir, interesará la vinculación recíproca entre la unidad de sentido de todos los elementos involucrados en el negocio. Esta técnica de interpretación va más allá que la interpretación literal o textual de un negocio. Puede suceder que se determine la claridad de una cláusula pero ello no será suficiente para entender la lógica del negocio en su conjunto. La claridad de sentido de una cláusula o la inexistencia de dudas en una cláusula no debe ser óbice para utilizar esta técnica en todo el conjunto de las cláusulas que

explican la lógica concreta del negocio interpretado.

El precepto contenido en esta norma tiene como antecedente directo en el Derecho romano el siguiente paso: D.1 , 3, 24 Celso; Digesto, libro IX.- Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentadamente toda la ley.

El antecedente romano nos informa que el intérprete debe considerar no solamente la parte sino también el conjunto. La determinación del sentido del negocio

## ART. 169

jurídico va más allá que el sentido literal de las cláusulas o las cláusulas consideradas aisladamente. Será importante analizar el negocio en su complejidad como operación económica concreta. Para ello, el intérprete deberá buscar una conexión lógica de las cláusulas del negocio entre las palabras en particular y las partes enteras. Una interpretación sistemática implica analizar las cláusulas en su totalidad de sentido a efectos de determinar una coherente reglamentación. En ese sentido, por ejemplo, se podrá apreciar la licitud y la dignidad (merecimiento) de tutela de un negocio atípico interpretando el conjunto de las cláusulas en lugar de una interpretación a una cláusula singularmente considerada.

De otro lado, se debe precisar que la interpretación sistemática tiene por objeto todo tipo de comportamientos, declaraciones y documentos que posibiliten una certeza del sentido total de la cláusulas insertas en el texto del negocio en concreto. Por ejemplo, esta interpretación se aplica a las cláusulas sin importar que hagan parte del reglamento originario, o que por el contrario, se trate de declaraciones agregadas para regularizar por escrito un acuerdo verbal que ya haya tenido ejecución y constituya un elemento integrante del documento negocial.

De la regla acotada puede también extraerse que los comportamientos anteriores, coetáneos y posteriores a la conclusión del negocio tendrán que ser analizados conjuntamente con los otros "elementos de interpretación", lo que supone un reconocimiento implícito de que materia de interpretación es la totalidad de las "conductas significativas" de las partes (DE CASTRO Y BRAVO), Y no solo aquello que se encuentra expresado literalmente en el texto contractual.

La interpretación sistemática también comprende el análisis de cláusulas eventualmente inválidas sin interesar si son eficaces o no, porque en la interpretación del negocio en particular las cláusulas son trascendentales para la reconstrucción de la finalidad práctica perseguida y así determinar la función social (causa) ínsita en las reglas establecidas por las partes.

Sobre el plano práctico, este criterio se impone como un instrumento útil que además de contribuir al esclarecimiento del sentido de las cláusulas y del negocio en su conjunto, permite valorar de forma negativa y rechazar las interpretaciones que pretenden aislar una parte del reglamento negocial, así como también las situaciones específicas que resulten incoherentes con la totalidad del mismo.

En síntesis, nos encontramos frente a una técnica hermenéutica de un análisis coherente entre las cláusulas singulares y la totalidad de sentido (significado) del negocio jurídico concretamente considerado.

## DOCTRINA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y otros. *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminary general*. Editorial Jurídica de Chile (Tomo 11). Santiago, 1998; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y otros. *De los contratos*. Ed. Temis y Ed. Jurídica de Chile. s.d.; ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto. I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. Giuffre. Mila

no, 1983; AL TERI NI, A. *Contratos civiles-comerciales-de consumo, Teoría general*. AbeledoPerrot. Buenos Aires, s.d.; ARANA COURREJOLLES, Carmen. *La interpretación del acto jurídico*. Cultural Cuzco SA Editores. Lima, 1992; ASCARELLI, T., *Studio di diritto comparato in tema di Interpretazione*. Milano, 1952; BETTI, E. *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*. Giuffre. Milano, 1971; BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. 2!1 ed. Trad. M. PÉREZ, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1959 (hay una nueva edición del año 2000 efectuada por Editorial Comares en colaboración con el Departamento de Publicaciones de la Universidad de Granada); BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. 11 contratto. Nuova ristampa con aggiornamento*. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1998, Volume 111; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*. Editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995, Tomo 1, Volumen 2; BIGLIAZZI GERI, Lina. *L'interpretazione del contratto*. Giuffre. Milano, 1991; CARBONNIER, J. *Droit Civil 4 Les obligations*. Presses Universitaires de France. Paris, 1956; CARESSI, Franco. *11 contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Diretto da Ciccù e Messineo. Continuato da Mengoni. Dott. A. Giuffre Editore. S.pA Milano, 1987. Volume XXI. Tomo 1; CARESSI, Franco. *Interpretazione del contratto*. Zanichelli Editore.

Bologna, 1992. CASELLA, M. *11 contratto e l'interpretazione*. En: *JUS rivista di scienze giuridiche*. Pubblicata a cura dell'Universita Católica del Santo Cuore. Milano, 1960; COING, H. *Derecho Privado Europeo*. (1 Derecho común más antiguo). Trad. A. Pérez Martin. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996; COSTANZA, M. *Interpretazione dei negozi di diritto privato*. Digesto. Sezione Civile X. UTET. Torino, 1993; COSTANZA María. *Profil dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1989. D'ANGELO, A. *Contratto e operazione economica*. Giappicheli. Torino, 1992; DA SILVA PEREIRA, C. *Instituicoes de direito civil*. Vol. 11I10II ed. Forense. Rio de Janeiro, 1998; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reedición de la segunda reimpreisión de la edición original de 1971. Civitas. S.A. Madrid, 1985; DI MAJO, Adolfo. *L'interpretazione dei contratti*, en *La disciplina generale dei contratti dalle istituzioni di diritto privato*, a cura di Mario Bessone. Quarta edizione. G. Giappichelli editore. Torino, 1997; FRANCO VICTORIA, Diego. *La interpretación de los contratos*. Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma Tor Vergata, Tesis de Magíster en sistema jurídico romanístico, unificación del Derecho y Derecho de la integración (con particular referencia al Derecho de los contratos)", 1999; FROSINI, Vittorio. *Teoría de la interpretación jurídica*. Traduzione di Jaime Restrepo delle Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica. Bulzoni Editora. Roma, 1989. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá, 1991; GALGANO, F. *Diritto privato*. 7!1. Ed. Cedam. Padova, 1992; GANDOLFI, G., *Studi sull'interpretazione degli atti negoziale in Diritto Romano*. Giuffre. Milano, 1966; GRASSETTI, C. *L'interpretazione del negocio giuridico con particolare riguardo ai contratti*. Reimpresión. 1983. Cedam. Padova, 1938; LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Sistemas de interpretación de los Contratos*. Ediciones Universitarias de Val paraíso. Santiago de Chile, 1971; MELICH ORSINI, J. *Doctrina General del Contrato*. 2!1 Ed. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1993; MIRABELLI, Giuseppe. *Delle Obbligazioni dei contratti in generale*. Arts. 1321-1469, en *Commentario del Codice Civile*. Libro IV, tomo secundo (título 11), terza edizione interamente riveduta e aggiornata. UTET. 1980; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Causa del contrato*. Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma "Tor Vergata". Tesis de Magíster en Sistema jurídico romanístico, unificación del Derecho y Derecho de la integración (con particular referencia al Derecho de los contratos)". 1999, Tomo 11; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. Ed. El Jurista. Lima, 2002; *La interpretación del negocio jurídico*. Ed. El Jurista. Lima, 2002; RODOT Á, S. *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffre. Milano, 1970; SACCO, R. y DE NOVA, G. *11 contratto*. 11. Torino, 1993; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrine generali del diritto civile*. Ristampa della nona edición. Casa Editoriale Dott. Eugenio

Jovene S.N.C. Napoli, 1997; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Cedam. Padova, 1992; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato* (reimp. a la ed. de 1983). Trad. por Fernando HINESTROSA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; STARCK, B., y otros. *Droit Civil Les obligations 2. Contrat* (61 ed.) Litec. Paris. s.d.; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico. Negocio jurídico y contrato*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 2002; TRABUCCHI, A. *Istituzioni di diritto civile*. Cedam. Padova, 1999; TERRÉ, F. Y otros. *Droit Civil Les obligations* (61 ed.) Dalloz. Paris, 1996; TURCO, C. *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di bouna fede ex art. 1366 C.C.*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, giugno 1991; VALENCIA ZEA, A. *Tendencias actuales sobre interpretación de los negocios jurídicos en general y de manera especial de los contratos, Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamerican (ASSLA)*. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1988; VOGLI, P. *Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.) in uED* XXII. 1972; ZICCARDI, F. *Interpretazione del negozio giuridico*. Enciclopedia giuridica XVII. Roma, 1989.

## JURISPRUDENCIA

"*De conformidad con el artículo 169 del Código Civil, los contratos deben ser interpretados de acuerdo a su contexto*"

(Cas. NS! 549-96-Callao, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 1/05/98, p. 837).

"*De conformidad con el artículo 169 del Código Civil, 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 ellas*"

(Cas. NS! 581-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 2/05/98, p. 845).

"*Es incompatible que se proponga que el contrato se interprete bajo las reglas del artículo 168 del Código Civil que contiene los criterios interpretativos literal y de buena fe, pero al fundamentar la aplicación indebida del artículo 169 que prevé el criterio de interpretación sistemática se diga que el contrato debe ser interpretado como una unidad, lo que es propio de esta última clase de interpretación*"

(Cas. NS! 3762-00 Lima, Publicada el 30/04/2001. Diálogo con la Jurisprudencia NS! 36. Setiembre 2001, p. 124).

## INTERPRETACIÓN FINALISTA

*. Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.*

*Comentario*

*Rómulo Morales Hervías*

### 1. Interpretación del negocio jurídico

La interpretación jurídica es una actividad dirigida a reconstruir el significado de atribuir a fuentes de valoración jurídica. Fuentes de valoración jurídica son las normas jurídicas puestas en virtud de una competencia normativa. Objetos de valoraciones jurídicas son las declaraciones, los comportamientos y los documentos que se manifiestan en el ámbito socioeconómico cultural disciplinado por el Derecho positivo.

Específicamente, la interpretación del acto de autonomía privada (negocio jurídico) 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, la cual es la operación destinada a considerar el sentido jurídicamente relevante del acto de autonomía privada.

Interpretar el negocio es la operación que determina el significado jurídicamente relevante de aquello que las partes han dispuesto. Es la determinación del significado jurídicamente relevante del negocio, y se desarrolla como un proceso lógico-jurídico, que debe cumplir con los principios de la lógica y los criterios jurídicos interpretativos (individuales y típicos). Para determinar el significado se deberá tener como objetos a las declaraciones, a los comportamientos y a los documentos formulados por las partes.

La función de la interpretación es reconstruir el significado razonable de la declaración emitida o del comportamiento o del documento emitido, según el lenguaje común, la práctica de la vida socioeconómica cultural y los usos del tráfico, una vez que el significado de las declaraciones, de los comportamientos y del documento haya sido encuadrado dentro de las circunstancias concretas en que se produce.

### 2. Criterios interpretativos

Los criterios interpretativos son normas jurídicas que al mismo tiempo constituyen normas técnicas en cuanto son compatibles a cánones comunes de la lógica y de la experiencia.

Los criterios son máximas hermenéuticas que trascienden el caso específico y que el intérprete utiliza según el lenguaje común, la práctica de la vida socioeconómico cultural y los usos del tráfico.

Los criterios pueden ser a su vez individuales y típicos.

Los criterios individuales 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 al particular entendimiento y propósito de las partes mismas. Los criterios individuales se determinan a través de las siguientes reglas:

- a) La interpretación literal busca el significado usual de las palabras usadas. En relación al tipo y al lugar del negocio deberá tenerse en consideración el significado técnico o dialectal de las palabras. El intérprete deberá también tener en cuenta el significado convencional de los términos usados.
- b) La interpretación global es la valoración del comportamiento completo de las partes, aun posterior a la conclusión del contrato.
- c) La interpretación sistemática implica que las cláusulas deben interpretarse según una unidad (totalidad) y una funcionalidad sistemática de vinculación entre los elementos del negocio concreto. Las cláusulas concurren a formar un todo unitario y hallan explicación en la coherente reglamentación del negocio.
- d) La interpretación causalista implica que el intérprete debe tener en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, la causa concreta. La causa del negocio puede ser identificada con la atribución patrimonial en cuanto revela el diseño unitario del negocio. La interpretación se traduce en una operación circular en la cual las declaraciones, el comportamiento y los documentos de las partes concurren a indicar la causa del negocio y ella, a su vez, concurre a clarificar su significado.

Por el contrario, los criterios típicos se sustentan en normas que presuponen que la primera investigación no ha logrado un resultado satisfactorio, y subsiste la duda sobre el significado de la declaración o del comportamiento o del documento. En tal sentido, se asignará a la declaración o al comportamiento o al documento la significación objetiva que le corresponde al ambiente socioeconómico cultural, conforme al modo general de entendimiento. Los criterios típicos se establecen mediante las siguientes reglas:

- e) La interpretación según la buena fe. La buena fe en sentido objetivo o de corrección (regla de comportamiento). Se expresa como deber de lealtad. Este tipo de interpretación debe hacer prevalecer la razonable confianza sobre el significado del negocio.

- f) La interpretación útil que se concreta en el principio de conservación del negocio. El principio de conservación del negocio justifica la tesis que excluye optar por la interpretación que otorgue un efecto a la cláusula cuando implique la invalidez de todo el negocio.
- g) Los usos interpretativos. Las prácticas generales son las prácticas de los negocios y aquéllas de los usos negociales en determinado ambiente socioeconómico y cultural. La práctica generalizada de los negocios está identificada por una aplicación constante y generalizada en un determinado lugar, en un determinado sector y en un determinado tipo de negocio.
- h) Interpretación contra el predisponente. Las cláusulas insertas en las estipulaciones predispostas se interpretarán, en caso de duda, a favor del adherente.
- i) El principio de equidad. La equidad es el justo equilibrio de los diversos intereses de las partes con relación al propósito y a la naturaleza del negocio.

Los criterios interpretativos individuales y típicos, buscan determinar el significado jurídicamente relevante del negocio jurídico. Por ello, se tratará en primer término de desentrañar aquella que ,ha sido la finalidad que llevó a las partes a celebrar el negocio mediante la averiguación del propósito objetivado de las partes para proceder hacia la determinación del sentido literal de las declaraciones, de los comportamientos y de los documentos. Si no es suficiente se deberá valorar el comportamiento anterior y sucesivo a la celebración del negocio, la explicación sistemática y la naturaleza del negocio, para llegar, como etapa final ante la existencia de la duda, a los criterios típicos.

La contraposición entre los criterios individuales y típicos debe ser entendida descriptivamente. La interpretación individual considera declaraciones, comportamientos y documentos en su específica concreción, y les atribuye un significado adecuado a las particulares situaciones y relaciones que en concreto existen entre las partes. Y la interpretación típica clasifica por tipos o clases las declaraciones, los comportamientos y los documentos, tomando en consideración el género de circunstancias en que se desarrollan y a las que responden, y a cada uno de tales tipos atribuye un significado constante (significación general según el ambiente socioeconómico cultural), sin atender a la que hubiera podido ser la efectiva finalidad de las partes en el caso concreto.

### **3. Interpretación causalista**

La interpretación causalista es un criterio interpretativo que indica que las expresiones comprendidas en el negocio que tengan varios significados, deben ser entendidas en aquél que sea más conveniente o corresponda mejor a la naturaleza del negocio. Este criterio es causalista porque se dirige a investigar el significado del negocio en coherencia con la causa concreta del mismo. Más aún, este criterio se comprende mejor a través del significado de los términos según la economía del negocio y su contexto.

Las formas sobre interpretación disciplinadas en diferentes códigos civiles demuestran el vínculo que existe entre la causa del negocio y la interpretación, mediante la referencia al común propósito objetivado de las partes, que está dirigida a perseguir la finalidad (naturaleza) que las partes habían previsto en la celebración del negocio. Entonces, este criterio interpretativo está dirigido a precisar la economía del negocio sobre la base de las declaraciones, de los comportamientos y de los documentos, que han constituido el presupuesto sobre el cual el negocio ha nacido, y de todas las circunstancias anteriores, concomitantes y sucesivas al negocio.

El significado de aquello que las partes han acordado no puede ser determinado de forma adecuada si no se tiene en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, la causa concreta. La causa concreta justifica el negocio y su regulación y, por lo tanto, puede aclarar el significado de las declaraciones, de los comportamientos y los documentos, y superar eventuales incoherencias, ambigüedades o discordancias del texto y del contexto. La razón práctica del negocio, a su vez, puede ser identificada con el interés concreto como fundamental criterio de lectura y equilibrada reconstrucción del propósito objetivado de las partes.

Entonces, la interpretación tiene otra modalidad que consiste en la técnica de tener en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, la causa concreta. La falta de claridad del significado de los comportamientos, declaraciones y documentos se soluciona con la averiguación de la finalidad concreta del negocio que expresa la totalidad de sentido del negocio jurídico singularmente considerado. Es decir, será necesario averiguar la causa entendida como elemento del negocio y síntesis unitaria del concreto equilibrio de intereses.

Este tipo de interpretación se concreta en una operación circular en la cual los comportamientos, declaraciones y documentos se explican concretamente mediante el conocimiento de la causa del negocio. En efecto, la multiplicidad de significados de los comportamientos, declaraciones y documentos se clarifican conociendo la economía particular del negocio objetivada en la finalidad concreta del mismo. Es decir, la pluralidad de los significados de comportamientos, declaraciones y documentos deben ser reconducidas conforme a la causa concreta. Este criterio de interpretación debe ser evaluado objetivamente según la particular economía del negocio. Para ello

. será importante tener certeza de la causa concreta para luego poder atribuir significados únicos a los comportamientos, declaraciones y documentos.

. Para utilizar esta modalidad hermenéutica es adecuado entender la naturaleza el negocio como aquella operación económica con relación a la "causa concreta". Esta operación económica debe ser concreta en un plano "funcional" de individualización de intereses fijado en la regla negocial. Para ello será relevante considerar el contexto concreto de los comportamientos, declaraciones y documentos (ordenación de intereses prevista por el negocio en concreto).

Entonces, la expresión "naturaleza y objeto del negocio" hay que entenderla como aquella causa concreta en la economía de la operación contractual. 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.

Es evidente que cuando se trata de individualizar a través de la causa, el ámbito de los intereses apreciables, no ayuda la noción objetiva de causa, siendo necesaria una concreta verificación de aquello que ha constituido la economía del negocio entre las partes. Por tanto, es necesario delimitar la llamada economía del negocio particular mediante la causa concreta.

El Derecho romano tiene un antecedente en el siguiente paso: 0.50,17,67 JULIANO; Digesto, libro LXXXVII.- Siempre que una misma frase expresa dos sentidos, se acepta preferentemente el que es más adecuado a la ejecución del negocio.

El artículo 4.3. de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de 1994 (UN I DROIT) hace referencia a las circunstancias relevantes para la determinación, bien sea del propósito común de las partes, o del sentido que le habrían dado personas sensatas en las mismas circunstancias, dentro de los cuales se incluye "la naturaleza y finalidad del contrato".

El artículo 39 del Proyecto preliminar del Código europeo de los contratos de 1998 refiere a la naturaleza del contrato como el límite al cual debe adecuarse la acepción técnica o la deducida de los usos y costumbres comerciales de los términos del contrato, en los casos en que respecto de estos últimos, las partes no hayan declarado expresamente el sentido.

#### **4. Aplicación de la interpretación causalista a dos ejemplos**

Antes de aplicar la interpretación causalista a dos ejemplos es necesario definir qué es la presuposición. La presuposición es la situación de hecho, pasada, presente o futura, común a ambas partes, no incierta, de carácter objetivo que las partes tuvieron presente durante la formación del negocio aun cuando no hubieran hecho expresa referencia a ella. Es una hipótesis de defecto de previsión y explica el fundamento práctico de la operación económica concreta (costos y beneficios) implícitamente colocado como base del negocio.

Es una circunstancia externa que, sin ser prevista como condición del negocio, constituye un presupuesto objetivo general (condición de mercado y de la vida socioeconómico cultural que incide sobre la economía del negocio concreto) yespecífico (circunstancia particular sobre la calidad de las partes que subordina las situaciones jurídicas subjetivas y las relaciones jurídicas).

La presuposición opera cuando una determinada situación de hecho o de derecho, de carácter objetivo pueda -a falta de una específica referencia en las cláusulas contractuales- creerse tenida presente por las mismas partes en la formación del negocio como presupuesto común en calidad de valor determinante para la permanencia de las situaciones jurídicas subjetivas y de las relaciones jurídicas. La presuposición asume relevancia cuando no se cumple o no se realiza determinada situación pasada, presente o futura en el curso de la vida de la situación y de la relación, por hecho no imputable a las partes. Entonces, la presuposición consiste en la previsión ~ue la situación inicial, sobre la cual la conclusión del negocio se funda, permanezca sustancialmente inmutable o no sufra variaciones, además del límite del álea inicialmente prefigurada y asumida.

Por consiguiente, todo negocio debe procurar causas lícitas y merecedoras de tutela según el ordenamiento jurídico en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su formación, celebración y ejecución. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución.

#### 4.1 Primer ejemplo:

Ulpiano y Pomponio celebran un contrato de compraventa del primer piso de un edificio. El vendedor Ulpiano le garantiza al comprador Pomponio que puede realizar el negocio de farmacia en el inmueble en venta. Luego de concluido el contrato, el comprador Pomponio se entera que no podía establecer una farmacia en el inmueble adquirido según el plano orgánico de infraestructuras aprobado por la municipalidad. Pomponio demanda a Ulpiano para que se declare judicialmente la nulidad del contrato por defecto genético de la causa del contrato. Pomponio argumenta que al momento de celebrar el contrato en realidad la presuposición no existía. ¿Cuál es la presuposición en el caso concreto? La presuposición es adquirir un inmueble para realizar un negocio destinado a instalar una farmacia. Esta presuposición era tenida en cuenta al contratar por las partes y si faltaba el contrato es inválido por falta de causa en el negocio concreto. Para conocer la presuposición es indispensable saber la causa del negocio.

#### 4.2 Segundo ejemplo:

Aristón y Labeón celebran un contrato de compraventa sobre un terreno. Al momento de celebrar el contrato, la situación presupuesta por ambos contratantes era constituida por la falta de impedimentos jurídicos para la edificación y la inclusión del terreno en el área del programa municipal de construcción. Luego de varios meses de concluido el contrato, se emite una norma municipal que excluye a determinados terrenos del programa municipal de construcción en el que se incluye el terreno vendido por Aristón. Labeón demanda a Aristón solicitando se declare judicialmente la resolución del contrato por causa no imputable a las partes.

En este ejemplo la no realización de la presuposición después de celebrado el contrato produce la resolución de éste por causa no imputable a las partes. ¿Cuál es la presuposición en el caso concreto? La presuposición es la edificabilidad del terreno vendido el cual establece el equilibrio de las prestaciones. Es decir, averiguar la presuposición del contrato no es otra cosa que averiguar la causa del negocio.

Los dos ejemplos prueban que para determinar la invalidez o la ineficacia de un negocio, es necesario saber la causa del negocio la cual se expresa en una presuposición. La presuposición es una situación de hecho o de derecho que las partes habían tenido presente como premisa implícita, donde se verifica una hipótesis de nulidad del contrato si falta la presuposición al momento de la celebración del negocio; y donde se verifica una hipótesis de resolución del contrato no imputable por las partes si la presuposición se vuelve irrealizable en la fase ejecutiva del negocio ya celebrado.

### 5. Conclusión

Interpretar causal mente el negocio jurídico implica analizar la economía o la patrimonialidad del negocio en concreto mediante la causa. La operación hermenéutica individual y causalista está dirigida a hacer congruente el negocio con su función concreta.

## DOCTRINA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y otros, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile (Tomo 11). Santiago, 1998; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y otros. *De los contratos*. Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile. s.d.; ALPA, G. *L'interpretazione del contratto*. 1. *Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. Giuffre. Milano, 1983; AL TERI NI, A. *Contratos civiles-comerciales-de consumo, Teoría General*. AbeledoPerrot. Buenos Aires, s.d.; ARANA COURREJOLLES, Carmen. *La interpretación del acto jurídico*. Cultural Cuzco SA Editores. Lima, 1992; ASCARELLI, T. *Studio di diritto comparato in tema di Interpretazione*. Milano, 1952; BETTI, E. *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*. Giuffre. Milano, 1971; BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. (2B ed.) trad. PEREZ, Martin. Editorial revista de derecho privado. Madrid, 1959; BIANCA, C. *Massimo, Diritto Civile*. 11 contratto. Nuova ristampa con aggiornamento. Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A. Milano, 1998. Volume 111; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*. Reimpresión de la primera edición, Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Tomo 1, Volumen 2. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995; BIGLIAZZI GERI, Lina. *L'interpretazione del contratto*. Giuffre. Milano, 1991; CARBONNIER, J. *Droit Civil 4 Les obligations*. Presses Universitaires de France. Paris, 1956; CARESSI, Franco. *1/ contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Diretto da Cicu e Messineo, Continuato da Mengoni*, Dott. A. Giuffre Editore. S.p.A Milano, 1987; Volume XXI, Tomo 1; CARESSI, Franco. *Interpretazione del contratto*, Zanichelli Editore. Bologna, 1992; CASELLA, M. *1/ contratto e l'interpretazione*, en: *JUS rivista di scienze giuridiche*, pubblicata a cura dell'Universita Catolica del Santo Cuore. Milano, 1960. COING, H. *Derecho Privado Europeo, (1 Derecho Común más antiguo)*, Trad. A. PEREZ MARTIN, Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996; COSTANZA, M. *Interpretazione dei negozi di diritto privato, Digesto. Sezione Civile X*. UTET. Torino, 1993; D'ANGELO, A. *Contratto e operazione economica*. Giappicheli. Torino, 1992; DA SILVA PEREIRA, C. *Instituicoes de direito civil (Vol 111. 10' ed.)*. Forense. Rio de Janeiro, 1998; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, reedición de la segunda reimpresión de la edición original de 1971. I:ditorial Civitas. S.A. Madrid, 1985; DI MAJO, Adolfo. *L'interpretazione del contratto*, en *La disciplina generale dei contratti dalle istituzioni di diritto privato*, A cura di Mario Bessone, quarta edizione, G. Giappichelli editore. Torino, 1997; FRANCO VICTORIA, Diego. *La interpretación de los contratos*, Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma "Tor Vergata". Tesis de Magíster en *Sistema jurídico romanístico, unificación del Derecho y Derecho de la integración (con particular referencia al Derecho de los contratos)*", 1999; FROSINI, Vittorio. *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Traduzione di Jaime Restrepo delle Lezioni di Teoria dell'Interpretazione Giuridica. Bulzoni Editora. Roma, 1989. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá, 1991; GALGANO, F. *Diritto privato* (7B ed.), Cedam, Padova, 1992. GANDOLFI, G. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziale in Diritto Romano*. Giuffre. Mila no. 1966. GRASSETTI, C. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti* (reimpresión 1983), Cedam, Padova, 1938; LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Sistemas de Interpretación de los Contratos*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Santiago de Chile, 1971; MELICH ORSINI, J. *Doctrina General del Contrato*. (2<sup>a</sup> ed.) Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1993; MIRABELLI, Giuseppe. *Delle Obbligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, en *Commentario del Codice Civile, Libro IV, tomo secondo (titolo 1)*, terza edizione interamente riveduta e aggiornata. UTET, 1980; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Causa del contrato*. Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma "Tor Vergata". Tesis de Magíster en *Sistema jurídico romanístico, unificación del Derecho y Derecho de la integración (con particular referencia al Derecho de los contratos)*", 1999, Tomo 11; RODOT Á, S. *Le fonti di integrazione*

*delcontratto*. Giuffre. Milano, 1970; SACCO, R. y DE NOVA, G. *Ilcontratto. 11.* Torino, 1993; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrine generali del Diritto civile, Ristampa della nona edizione*. Casa Editoriale Dot1. Eugenio Jovene S.N.C. Napoli, 1997; SCOGNAMIGLIO Claudio. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Cedam. Padova, 1992; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato (reimp. a la ed. de 1983)*. Trad. por Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991; STARCK, B., y otros. *Droit Civil Les obligations 2. Contrat(6i ed.)*. Litec, Paris. s.d.; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Actojurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley E. 1. R.L. Lima, 2002; TRABUCCHI A. *Istituzioni di diritto civile*. Cedam. Padova, 1999; TERRÉ, F. Y otros. *Droit Civil Le; obligations (6i ed.) Dalloz*. Paris, 1996; TURCO, C. *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di bouna fede ex art.1366 C.C.*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*. Giugno 1991; VALENCIA ZEA, A. *Tendencias actuales sobre interpretación de los negocios jurídicos en general y de manera especial de los contratos, Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Saciali Latinoamericani (ASSLA). Cultural Cuzco Editores. Lima, 1988; VOCI, P. *Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)*, in "ED"XXII, 1972; ZICCARDI, F. *Interpretazione del negozio giuridico*. Enciclopedia giuridica XVII. Roma, 1989.

## CONDICIONES IMPROPIAS

*La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.*

*La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas.*

CONCORDANCIAS,  
c.c. art.219

Comentario

José León Barandiarán Har!

El acto jurídico se asienta sobre la base de tres pilares fundamentales que van a influir directamente en su existencia jurídica, en un acto en particular, e incluso, sobre los efectos del mismo. Éstos son los denominados *elementos del acto jurídico*, pudiendo ser en consideración a aquél: esenciales, naturales y accidentales, respectivamente.

Los elementos esenciales, o *essentialia negotii*, son aquellos que no pueden faltar en el acto jurídico, importan a su existencia jurídica y eficacia; no pudiendo las partes, por su sola voluntad, prescindir de ellos.

Estos elementos, si bien interesan al acto jurídico en general, lo son también para cada acto en particular; requiriendo de ellos para alcanzar independencia respecto a los demás actos jurídicos, con la finalidad de adquirir, en suma, individualidad y denominación concretas (p.e. compraventa, mutuo, permuta, etc.). Éstos son los comprendidos en el artículo 140 del Código Civil, cuya inobservancia producirá inevitablemente su nulidad.

Existen otros elementos que si bien no actúan dentro de la esfera del acto jurídico en general, lo hacen en el de uno en particular; es decir, son inherentes a ellos. Estos elementos -denominados *naturales* o *naturalia negotii*- no obstante ser considerados por la ley como propios del acto en concreto, a diferencia de los esenciales, pueden ser obviados por voluntad de las partes celebrantes, sin que esto importe en lo absoluto afectar su validez, como sucede p.e. con las obligaciones de saneamiento, en los supuestos de transferencia de propiedad, posesión o uso de un bien (artículos 1489 y 1484, respectivamente).

Conjuntamente con aquellos que determinan la existencia y configuración jurídica del acto, existen otros que le son ajenos, por cuanto ni son requisitos exigidos para su validez ni mucho menos corresponden a su naturaleza, pero que una vez incorporados a ellos por expresa decisión de las partes, los efectos derivados de los mismos estarán subordinados a su realización. Son los denominados elementos accidentales o *accidentalia negotii*, que el Código Civil regula expresamente en el Título V del Libro 11 como Modalidades del Acto Jurídico, y dentro de los cuales se encuentran la condición, el plazo y el cargo.

Respecto de los citados en último término, versarán los comentarios siguientes.

Como se mencionó *ut supra*, los elementos accidentales constituyen elementos ajenos al acto jurídico, incorporados a ellos por voluntad de las partes y que una vez insertos, subordinarán sus efectos a la completa verificación de aquéllos. En otras palabras, son elementos que alteran los efectos normales de dichos actos, ya tornando incierta la existencia de los derechos respectivos, ya postergando su ejercicio, ya gravando con obligaciones accesorias su adquisición (LLAMBÍAS) y aunque, según BORDA, no existe un rasgo común para unir a la condición, plazo y cargo bajo el concepto de modalidades de los actos jurídicos, concuerda con BUSSO en el sentido de que dentro de este concepto caben otras estipulaciones accesorias, y si es que en definitiva la condición, el plazo y el cargo son tratados conjuntamente, es por razones de tradición legislativa.

En ese sentido, será modal el acto jurídico al cual se le hayan incorporado alguna de las modalidades previstas en la norma; en contraposición al acto jurídico puro, exento de modalidad alguna.

De ellos corresponderá, en primer término, el estudio de la condición, regulada por la norma sustantiva entre los artículos 171 y 177.

Entiéndase por condición, el hecho incierto y futuro del cual las partes celebrantes de un acto jurídico, hacen depender la producción de sus efectos o el cese de los mismos a su completa verificación. En el mismo sentido, resaltando siempre la característica de la incertidumbre y la futuridad, se pronuncian BARASSI, LLAMBÍAS, MESSINEO, SANTOS BRIZ Y LEÓN BARANDIARÁN.

A pesar de ser un término incluido dentro de las modalidades del acto jurídico, es utilizado indistintamente para designar a las cláusulas integrantes del contenido de una declaración de voluntad (p.e. condiciones de compra, etc) o aquellas tenidas en cuenta a la hora de contratar, y sin las cuales no se hubiera realizado el negocio (p.e.

exigencia de títulos perfectos), o para designar los requisitos esenciales del acto (*conditio juris*) (p.e. el precio en el contrato de compraventa, un bien mueble en la prenda, etc), indicar la situación jurídica de una persona (decir que se tiene la condición de padre, acreedor, etc.).

La condición para ser tal, es decir, para que el acto jurídico supedite sus efectos o el cese de los mismos a su cumplimiento, precisa ser un hecho incierto (por cuanto no se sabe si sucederá o no) y futuro. Ambos deben concurrir simultáneamente, pues el hecho futuro no basta ciertamente para configurar la condición, al punto que se le confundiría con el plazo suspensivo; en tanto el suceso incierto necesita de la futuridad, pues de lo contrario, el acto devendría puro -de haberse realizado el suceso- o nulo si éste no puede verificarse. Como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en la condición existe una incertidumbre sobre la realización del suceso futuro, siendo exigible siempre, pues no basta la futuridad del evento si no va acompañado de ella. Junto a ellos, algunos autores exigen además que el hecho sea *incoercible*, es decir, no ser susceptible de compulsión por medio de acción judicial, pues de lo contrario sería un cargo y no una condición, o bien de la prestación constitutiva del objeto mismo del acto (LLAMBÍAS); e *indivisible*, toda vez que la condición debe tomarse como un todo íntegro, aunque no se trate de un hecho externo sino de la prestación de alguien (ARAUZ).

Empero, con relación a este punto existe una cuestión a dilucidar: si la futuridad del hecho condicionante está referida a su suceso o al conocimiento que las partes pudieran tener de él. Cabe preguntarse si es que un hecho que ya sucedió, pero que las partes ignoran su ocurrencia, puede ser considerado o no, condición. Por ejemplo, se pone como condición que una persona, que vive en un país distante y de la cual no se tienen noticias, haya tenido un hijo. Efectivamente, este hecho puede haber sucedido ya, pero las partes intervenientes en el acto no tienen conocimiento de ello. ¿Bastará esta circunstancia para considerarla como tal?

Para BORDA, la condición debe ser necesariamente incierta y futura. No debe tratarse de hechos pasados o presentes pues se excluiría la incertidumbre; menos aún de hechos ya ocurridos pero desconocidos por las partes, pues aquí solo existiría una incertidumbre *subjetiva*, no bastando ésto para considerarla condición. ZACHARIAE, por su parte, estima que un acontecimiento pasado aunque incierto para las partes no es una condición; en tanto ARAUZ CASTEX es de opinión que si las partes hacen depender los efectos del acto o la cesación de los mismos de un hecho pretérito, el acto deviene puro y simple. Esta orientación la sigue también MESSINEO; para quien la condición debe ser *objetivamente* incierta, pues de lo contrario se tendría algo que solamente en sentido impropio sería una condición; y BARASSI, para quien el evento de la condición no debe haber ocurrido, ni mucho menos ser coetáneo a la formación del acto jurídico.

En cambio, existen voces en doctrina que sí la admiten como tal, no existiendo inconveniente alguno en que las partes sometan los efectos negociales al albur de si un hecho ocurrió o no (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN); menos aún desde el punto de vista legal, en que puede estimarse condición, en el aspecto subjetivo, el conocimien

## ART.171

to futuro de un hecho pasado (SANTOS BRIZ, comentando el artículo 1113 del Código Civil español).

Para TORRES, el Código Civil peruano no dice expresamente si opta por la acepción objetiva o subjetiva de la condición, pero del análisis de su articulado, parece exigirse implícitamente que ésta deba consistir en un hecho incierto para todos y no solamente para las partes celebrantes del acto (acepción subjetiva).

En este orden de ideas, coincido con LOHMA~N cuando expresa que la condición puede consistir tanto en "sucesos futuros e inciertos, como las consistentes en hechos pasados o presentes que los agentes ignoren, conocidas como impropias".

Hay que distinguir entre la llamada *conditio iuris*, que forma parte de los elementos esenciales del acto jurídico (p.e. el pago del precio en una compraventa), de la condición como elemento extraño e incorporado voluntariamente, y de manera arbitraria por las partes.

LOHMANN aclara muy bien este punto cuando escribe que: "Las *conditio iuris* pertenecen, pues, a la esencia misma del negocio y son inseparables de su conformación unitaria. De lo cual se desprende que las *conditio iuris* no han de ser materia de prueba, ya que forman parte del negocio, no de la declaración de voluntad, como es el caso de las condiciones propias. Esta últimas no se presumen; sí las *conditio iuris*".

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN expresan que la denominación *conditio iuris* es impropia, por cuanto no son asimilables a las *condictio facti* (condición-modalidad), pues éstas son ajenas al supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico le reconoce efectos. En cambio, en las mal llamadas *conditio iuris*, sucede que estos elementos están presentes intrínsecamente, por voluntad de la ley, en los supuestos de hecho requeridos para dar lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos.

Constituyen presupuestos esenciales de eficacia del acto, no así las condiciones que son extrañas al mismo. El acto está completo aun sin éstas. No ocurrirá lo mismo con aquéllas.

La condición no puede ser incorporada a todo acto jurídico, pues no es posible hacer depender, en todos los casos, sus efectos, de un suceso extraño a aquél. Existirán, pues, actos que necesariamente deberán permanecer *puros*, como los familiares. Es inadmisible subordinar un acto que importe el estado civil de las personas a la verificación de un hecho incierto y futuro (DÍEZ-PICAZO); pues podría llegar a desnaturalizarse la voluntad generadora del acto, en cuyo caso deberá tenerse por inexistente (ARAUZ CASTEX). Entre dichos actos, bástenos mencionar la adopción, el matrimonio, el reconocimiento de un hijo, etc.

Según la consecuencia que la condición produzca con relación a los efectos del acto jurídico, puede ser: suspensiva o resolutoria.

Es suspensiva cuando el efecto del acto depende de la realización del evento puesto como condición. Si el hecho condicionante acontece, esto es, si siendo positiva sucede lo previsto, entonces se cumple la condición y el acto producirá su efecto; o lo contrario, no surtirá efecto si es negativa.

Es resolutoria cuando los efectos del acto jurídico cesan al verificarse el hecho puesto como condición; si ello no sucede, el acto permanecerá invariable.

En cuanto a la validez de la condición, puede distinguirse en propia e impropia. La condición impropia se presenta cuando el hecho condicionante es imposible físicamente (p.e. que una persona se mantenga suspendida en el aire por más de cinco minutos sin la ayuda de un elemento extraño a ella); absolutamente necesario (p.e. que en Lima haya obscuridad a la medianoche); o legalmente inadmisible (p.e. que Jorge contraiga matrimonio poligámico). Será propia la condición, por el contrario,

cuando el hecho es física y legalmente posible y no es necesario.

Esta distinción tiene importancia según sea, a su vez, suspensiva o resolutoria.

Cuando la condición impropia es suspensiva, es decir, el efecto del acto jurídico está supeditado a su realización, importará la nulidad del acto. La justificación es más que obvia: el Derecho no puede admitir que las consecuencias jurídicas de un acto dependan de un suceso contrario a éste o a las leyes de la física. Para el Derecho estos hechos no deben, ni pueden, existir. Sería un absurdo que los admitiera como presuposición para los efectos del acto jurídico. Por ello sanciona con **nulidad**, no solo a la condición impropia, sino al acto que la contiene.

En cambio, cuando la condición impropia es resolutoria, la condición se tiene **por no puesta**, transformándose el acto en puro. Sus efectos continuarán aun cuando se produzca el evento. La solución del Código en este supuesto es lógica, por cuanto, quien impuso como condición un hecho imposible o físicamente imposible, quiere que el acto no cese en sus efectos, manteniéndose puro y no condicionado.

La licitud y posibilidad de la condición suspensiva y resolutoria, habrá que considerarla al momento de su posible realización y no al tiempo de celebración del acto jurídico que las contenga; pues con el transcurso del tiempo, tanto la licitud como la posibilidad cambian.

Por último, si el hecho ilícito es totalmente independiente de una posible injerencia de las partes, no cabría considerarlo en el supuesto del presente artículo. Sería válido, así, imponer como condición suspensiva o resolutoria, la realización de un golpe de estado en otro país, respecto al cual ninguno de los celebrantes del acto jurídico pudieran tener influencia alguna.

En estos términos debe entenderse el artículo 171 del Código Civil.

## DOCTRINA

ARAUZ CASTEX, Manuel. *Derecho Civil, parte general*. Tomo 11. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1974, 550 pp.; BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. 1. Bosch. Barcelona, 1955, 522 pp.; BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil, parte general*. 13@ edic. Perro!. Buenos Aires, 598 pp.; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, 681 pp.; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del Acto Jurídico*. Ed. UNMSM, Lima 1983; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 11. WG Editor. Lima, 1991; LEÓN

BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 3~ edic. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999,366 pp.; LOHMAN LUCA DE TENA. Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lib. Studium, Lima' LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, parte general*. Tomo 11. Perrat. Bueno~ Aires, 743 pp.; MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Ejea. Buenos Aires, 526 pp.; SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil, teoría y práctica*. Tomo 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978, 764 pp.; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial San Marcos. Lima, 1998, 646 pp.

## JURISPRUDENCIA

*"La condición si bien es un elemento accidental del acto jurídico, también lo es que estipulada una condición para la vigencia o existencia del acto jurídico, dicha condición pasa a ser o constituir un elemento sustancial del acto jurídico, desde que para su existencia o extinción se supedita al hecho en que consiste la condición"*

*(Exp. N° 2007-89/LIMA. En: Gaceta Jurídica, Tomo X, 1994, pág. 3-A).*

## CONDICIÓN POTESTATIVA

*Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.*

### CONCORDANCIA:

C.C. artº 219 inc. 7)

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

La condición puede ser -además de suspensiva, resolutoria, propia e impropia-potestativa, casual y mixta; distinción sustentada, como dice LEÓN BARANDIARÁN, "en la causa eficiente que determine la verificación (o la no verificación) del hecho condicional".

Será *potestativa*, cuando el acontecimiento del suceso dependa de la voluntad de una de las partes intervenientes en el acto jurídico, o del arbitrio del obligado (BORDA); *casual*, cuando la producción del suceso es extraño a ellos o dependa de un tercero; y *mixta*, cuando el hecho depende, en parte de la voluntad de uno de los participantes del acto, y en parte a una circunstancia ajena a su voluntad o de un tercero.

La condición casual se presenta cuando el hecho es extraño a la voluntad de los otorgantes del acto, como tendríamos el caso de prometer cierta área de cultivo si sobreviene tiempo de lluvia.

En la condición mixta el hecho depende, como se ha escrito, en parte de la voluntad de uno de los participantes del acto y en parte de una circunstancia extraña a ellos. Por ejemplo: cuando se estipula que Juan hará una donación a María si es que ella se casa con Pedro. Se trata aquí de una condición suspensiva, mediante la cual se hace depender el efecto del acto jurídico de un hecho que es el matrimonio de María. El suceso puesto como condición, depende en parte de la voluntad de ésta y, además, de una circunstancia extraña: que Pedro manifieste su voluntad en ese sentido.

Esta clasificación es de sumo importante, pues serán válidas las condiciones cuando fueran casuales o mixtas, no así cuando sean potestativas. Tal es la prescripción del artículo 172.

La condición potestativa será inadmisible cuando esté supeditada a la voluntad absoluta del deudor. Si así fuera, sujetaría a su propio albedrío la decisión de cumplir, o no, la obligación. No es posible admitir que una misma persona se obligue y desobligue al mismo tiempo (*nulla promissio potest consistere quae ex voluntates promitentis status capitit*), por su sola determinación; pues de lo contrario no se podría

hablar en estricto -como opina BORDA- de obligación, siendo tan solo la máscara de una obligación ficticia (FERRARA).

Pero, para que la condición a parti debitoris sea inadmisible, debe consistir en un hecho cuyo suceso dependa de manera absoluta de su voluntad; es decir, puramente potestativa, ajena a todo elemento externo, ya que por más que predomine el elemento voluntario, será una condición mixta y no puramente potestativa, y por ende, válida la obligación. Por ejemplo, cuando una de las partes afirma que donará un determinado bien "*si así lo quiere*": o terminará una obra pactada "*cummodo crea conveniente*": o cancelará una deuda "*cummodo él decida*".

Conjuntamente con las anteriores, existen las condiciones simplemente potestativas que son consideradas válidas. Tenemos, así, a un atleta que se compromete a representar a determinado club si obtiene una medalla en los juegos olímpicos; o el caso de un escritor novel que se compromete a publicar en una casa editorial si termina de escribir un libro de cuentos.

En ambas hipótesis, si bien la realización del hecho depende de quien sería el obligado, no lo es de manera absoluta, resultando por tanto válida la condición así estipulada.

Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la línea demarcatoria entre ambas no es fácil de establecer. Se ve en la primera (*puramente* potestativa) una voluntad de la que nace un acto que es indiferente realizar; mientras en la segunda (*simplemente* potestativa), operan sobre la voluntad una serie de motivos de libre estimación, pero que representan intereses, dificultades o apetencias a tener en cuenta para mover aquélla en un sentido o en otro.

El artículo 172 en comentario prescribe, así, que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Esto quiere decir que son válidas aquellas condiciones puramente potestativas que dependan de la exclusiva voluntad de la parte acreedora, p.e. exigir el pago de una deuda en soles o condonarla.

Como dice LEÓN BARANDIARÁN, para que la condición potestativa a *parti debitoris* pueda anular el negocio jurídico debe ser absolutamente y no simplemente potestativa; quiere decir esto que el hecho puesto como condición esté sometido exclusivamente a la voluntad del deudor (...). Si la condición es simplemente potestativa de parte del deudor, pero no absolutamente (como si dijese que me obligo a donarte una cosa 'si me curo del vicio de la embriaguez'), el acto es válido.

De acuerdo con lo comentado, si nos encontramos ante una condición casual, mixta o potestativa del acreedor, actuarán con sus consecuencias propias; por el contrario, tratándose de condición suspensiva que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, acarrearía no solo su nulidad, sino la del propio acto jurídico en el cual ha sido incorporada.

La solución brindada por el Código en este punto es del todo lógica pues, como bien apunta LLAMBÍAS, semejante obligación no tiene de tal sino el nombre.

## ~ DOCTRINA

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil*. Parte general. 13~ edic. Perrot. Buenos Aires, 598 pp.; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, 681 pp.; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 3~ edic. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999, 366 pp.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Parte general*. Tomo 11. Perrot, Buenos Aires, 743 pp.

## **ACTOS CONSERVATORIOS DURANTE EL PERÍODO DE PENDENCIA**

*Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.*

*El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitárolo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.*

*El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria.*

CONCORDANCIA:

c.c.: artº 1267.

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

En tanto no acontezca la condición, el acreedor tiene la facultad de ejercer las acciones que le permitan conservar su derecho. El acto jurídico condicional constituye un complejo formado por el acto jurídico totalmente integrado o cumplido y el hecho condicional al cual se supeditan los efectos jurídicos de aquél. Mientras la condición no se cumple, los efectos del acto no se operan; pero estando pendiente ésta, hay efectos provisorios que se traducen en medidas de seguridad tendientes a evitar que el cumplimiento de la condición encuentre las cosas cambiadas y, por ello, que el cumplimiento fuese inocuo. Por lo demás, el cumplimiento no podrá exigirse (BOFFI BOGGERO).

Al respecto, resulta esclarecedor el ejemplo proporcionado por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. Ticio promete a Cayo que le regalará su piso de Jaén si obtiene la licenciatura en Derecho. Ticio regala su piso de Jaén bajo la condición resolutoria de que el mismo volverá a su poder si es que el Estado le destina a esa ciudad. En este momento, no resulta definido aún quién de ellos será titular del derecho de propiedad sobre el piso. "(...) en previsión de su cumplimiento hay que organizar jurídicamente las cosas para que, llegado el momento, sean efectivamente titulares del piso. El negocio condicional no se olvide que vincula ya a las partes, aunque no definitivamente".

Aquí debemos advertir que se invierten las posiciones de las partes, según se trate de una condición suspensiva o resolutoria. En la primera, el acreedor es el que tiene esta posición desde el origen del acto, y está a la espera del acaecimiento del hecho futuro e incierto para exigir el cumplimiento de la obligación a su favor. En cambio, en la condición resolutoria, quien era originalmente deudor y ya cumplió con su obligación, se encuentra a la espera de que suceda la condición para ser restituí

do, convirtiéndose de esta manera en acreedor. El adquirente se convierte, en deudor.

Se trata en ambas situaciones de la aplicación del mismo principio.

En cualquier caso, el acreedor no se halla en la situación de poder exigir el cumplimiento de la obligación, ya que de conformidad con la propia naturaleza de la condición -suspensiva o resolutoria-, existe incertidumbre en cuanto a su producción o no. Pero no es posible negar que el acreedor tiene ya un derecho, expectativo claro está. Mas es un derecho que debe ser de alguna manera protegido. Y es por ello que se reconoce la posibilidad de adoptar acciones que lo protejan, como son: el reconocimiento de ese derecho o su inscripción. Al respecto, ha escrito VIDAL: "Tomando estas ideas, nosotros consideramos que se trata de actos orientados a evitar la pérdida del derecho y, de ahí, que la noción de los actos conservatorios deba referirse a una multiplicidad de actos, tales como requerimientos para la constitución de garantías reales, constitución de fianzas, contratación de pólizas de seguros y toda otra medida para asegurar el derecho y evitar su pérdida".

En lo referente a la repetición del pago que menciona la parte tercera del artículo 173, debe decirse que se trata de una aplicación puntual del pago indebido, pues como se mencionó anteriormente, la obligación condicionada no es exigible hasta que no se cumpla, precisamente, la condición.

Sobre el particular, son aplicables las reglas contenidas en el artículo 1267 y siguientes relativas al pago indebido.

## DOCTRINA

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Estudios Jurídicos* (primera serie). Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1960, 287 pp.; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, 681 pp.; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998, 574 pp.

## INDIVISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN

*El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible.*

*Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario.*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

El hecho en el cual consta la condición puede ser simple y único, con lo cual, una vez que acontece, la condición se tendrá por verificada. Por supuesto, nada impide que la condición conste de una serie de sucesos o hechos más o menos complejos, que deben suceder conjuntamente. Por ejemplo: Alberto se compromete a donarle a Gustavo una biblioteca con cien volúmenes, si se titula de abogado, obtiene una beca para estudiar doctorado en Euskal Herria, se gradúa con los máximos honores y no se casa en los próximos cinco años. En este ejemplo de condición suspensiva, han de cumplirse todos los supuestos para que la condición surta efectos, o sea que tenga derecho a exigirse la entrega de los cien volúmenes que forman la biblioteca prometida.

A ello se refiere el artículo 174. Lo que debe entenderse, en principio, es que deben realizarse todos los sucesos presupuestados en la condición para que se le tenga por cumplida; salvo pacto en contrario. No bastará ciertamente -en el ejemplo propuesto-, que Gustavo se gradúe de abogado, sino que también deberá obtener una beca para estudiar el doctorado en alguna universidad del País Vasco; pero esto tampoco será suficiente: además tendrá que graduarse de doctor con los máximos honores y, aún más, permanecer soltero. Todo ello en un plazo de cinco años.

Si el donatario solo realizará alguno o algunos de esos supuestos, mas no todos, no será acreedor del bien objeto de la donación.

En el ejemplo planteado existen cuatro supuestos respecto a la condición, y el bien objeto del acto está constituido por cien volúmenes. No quiere decir esto que por cada supuesto que cumpla, el acreedor tendrá derecho a veinticinco volúmenes. No es así.

LEÓN BARANDIARÁN escribió al respecto, comentando el artículo 1107 del Código anterior, semejante al artículo 174 actual, que "nuestro Código contrapone la indivisibilidad del cumplimiento de la condición a la divisibilidad de la prestación, cuyo nacimiento o extinción depende de aquél".

Pero nada impide que las partes pacten una regulación distinta, estableciendo

que los supuestos son disyuntivos, por ejemplo. En cuyo caso, bastará que se cumpla con uno de los múltiples eventos para que la condición se considere, a su vez, cumplida. También puede pactarse que operará proporcionalmente, o cualquier otra forma que las partes estimen conveniente. Esto en razón de que el artículo 174 no contiene una norma de orden público, por lo tanto las partes podrán disponer en contrario, según convengan.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 11. WG Editores. Lima, 1991; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Estudios Jurídicos (primera serie)*. Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1960, 287 pp.; DÍEZ -PICAZO, Luis y GULLÓN, . Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982,681 pp.; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998,574 pp.

## ~ JURISPRUDENCIA

"La condición si bien es un elemento accidental del acto jurídico, también lo es que estipulada una condición para la vigencia o existencia del acto jurídico, dicha condición pasa a ser o constituir un elemento sustancial del acto jurídico desde que para su existencia o extinción se supedita al hecho en que consiste la condición"

(Exp. N° 2007-86-Lima, Gaceta Jurídica N° 10, p. 3-A)

## CONDICIÓN NEGATIVA

*Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

La estipulación de la condición puede consistir en hacer depender el efecto del acto de la realización de un determinado suceso, en cuyo caso estaríamos ante una condición positiva; o en el no acontecimiento del mismo, en cuyo caso se trataría de una condición negativa.

La condición positiva está constituida por la previsión de un hecho que altere la realidad existente. En cambio, la condición negativa está integrada por la inalteración de la situación, como menciona ENNECCERUS. Presupone la negativa que no haya cambio, que la realidad permanezca tal cual es.

En suma, según BORDA, para dilucidar la cuestión de reputar a una condición como positiva o negativa, en virtud a la dificultad que podría ocasionar su enunciación, se atenderá lo siguiente: *debe reputarse positiva la condición cuando el hecho cambia el actual estado de cosas; negativa, cuando el estado actual de cosas no debe mudar.*

En cuanto a esta clasificación, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN opinan que esta idea resulta engañosa, por cuanto el lenguaje espontáneo permite expresar en forma gramaticalmente positiva o negativa un mismo suceso, citando para ello el ejemplo siguiente: a un donatario o legatario se le puede decir que percibirá el objeto donado o legado si contrae matrimonio y se le puede decir también que lo percibirá si no permanece soltero. Sostienen que el carácter afirmativo o negativo pertenece más al terreno de la expresión gramatical que al jurídico. En todo caso, "es posible distinguir solo un evento condicionante que consista en una alteración, variación o modificación del estado de cosas existentes en el momento de la celebración del negocio o un evento condicionante que consista en la permanencia inalterable del estado de cosas".

El artículo 175 se circunscribe únicamente a la condición negativa.

Así, al estipularse como condición el hecho de que una persona permanezca sola

ter, o lo que es lo mismo fácticamente, que no se case, estamos ante una condición negativa, sin importar si ha sido construida gramaticalmente en forma positiva (siga soltero), o negativa (no se case).

Tratándose de una condición negativa es evidente que no es posible esperar para siempre el no acontecimiento de un evento, puesto que resultaría inadmisible que subsista indefinidamente una posible consecuencia para determinado acto jurídico. Lo lógico es, en este caso, que exista un plazo, vencido el cual se considerará que la condición opera al no haber ocurrido, durante ese lapso, la alteración de la realidad presupuesta como condición negativa. Se habría producido así el supuesto previsto, la no ocurrencia de un suceso en un tiempo.

Debe esperarse necesariamente el transcurso del tiempo -el vencimiento del plazo-, pues siempre es posible que el hecho acontezca, toda vez que de producirse ello, la condición negativa no llegaría a cumplirse.

Dicha espera es necesaria siempre y cuando el hecho mantenga la posibilidad de existir; pues, si por un suceso posterior al acto jurídico y anterior al vencimiento del plazo, el hecho deviene imposible, ya no será necesario mantener la espera, por cuanto el hecho ya no podrá suceder. Entonces debe considerarse cumplida la obligación y no esperar el transcurso del tiempo. Así, en el caso de que se pusiera como condición para cierto acto que Juan no se case con María dentro de los próximos seis años y María muere al tercer año, la condición negativa debe considerarse cumplida al momento de la muerte de María y no al vencimiento del sexto año.

Igualmente, aun cuando no lo mencione el artículo, en el caso de condición positiva, si el hecho en el cual ella consta llega a ser cierto que no se verificará, la condición desaparece en el momento que ello sucede.

## DOCTRINA

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil, parte general*. 13!  
edic. Perrot. Buenos Aires. 598 pp; DÍEZ-PICAZO, Luis y  
GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos.  
Madrid, 1982, 681 pp; ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de  
Derecho Civil*. Bosch. Barcelona, 1953.

## CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO MALICIOSO DE LA CONDICIÓN

*Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detimento habría de realizarse, se considerará cumplida.*

*Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.*

### CONCORDANCIA:

*C.C. artº 168*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

Las partes que en ejercicio de la autonomía de la voluntad hacen depender el inicio o cesación de los efectos del acto que celebran de un evento incierto y futuro, tienen la obligación de actuar respecto al mismo con entera buena fe, como presupone el derecho que las partes deben actuar. En virtud de ello -con excepción de las condiciones potestativas, claro está, cuya naturaleza las hace depender precisamente de la voluntad de las partes-, deben abstenerse de influir en la realización del supuesto en el cual consta la condición.

Así, por lo tanto, no debe, quien resultaría el obligado -en el caso de una condición suspensiva positiva-, impedir maliciosamente que el hecho suceda; e igualmente, quien según esta condición resultaría el acreedor, forzar su acontecimiento.

El artículo 176 regula el supuesto de cumplimiento e incumplimiento malicioso; disponiéndose que se considerará cumplida la condición, cuando se impidiese de mala fe su cumplimiento por la parte en cuyo detimento habría de realizarse; por el contrario, se considerará no cumplida si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.

Ya el Derecho romano había acuñado dos máximas al respecto. La primera de ellas señalaba que se considera cumplida la condición cuando aquel que tenía interés en su no verificación impidiere dolosamente su realización (*conditio pro impleta habetur, si per eum, interest conditionem non impleri fit quo minus impleatur*); en tanto la segunda, expresaba que cuando la condición consiste en un acto del titular del derecho condicionado, se tiene por verificada si su deficiencia no depende de aquel que había debido cumplirla (*conditio pro impleta habetur si per eum non stat, quo minus empleatum*).

La regla según la cual la condición se considera cumplida a pesar de no haberse realizado el hecho condicionante, según RUGGIERO, más que una ficción, constituye un medio de represión de la culpa antijurídica del interesado, que contra la buena fe, sea con dolo o culpa, procura liberarse del vínculo impidiendo el libre desenvolvimiento de lo que generaría tal hecho.

La norma no es una *norma penal*, que sanciona el comportamiento doloso del sujeto pasivo de la relación jurídica condicional -escribe BETTI-, sino una *norma reparatoria* dirigida a garantizar a la contraparte un desenvolvimiento normal de la situación nacida del negocio jurídico condicional.

Ennecerus, por su parte, opina que corresponderá a las partes el determinar en qué medida es lícito o no, y si es contrario a la buena fe el impedimento de cumplimiento de la condición (RUGGIERO, BETTI, ENNECCERUS: cito OÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Otra de las cuestiones a dilucidar es lo referente a si basta una simple tentativa, aunque no tenga éxito, o es que se requiere que el cumplimiento sea efectivamente impedido; y si la conducta debe ser dolosa o negligente. En el primer caso, debe estarse porque el cumplimiento sea efectivamente impedido; en tanto, con relación a la conducta, que ésta sea voluntaria (OÍEZ-PICAZO y GULLÓN), y de *mala fe*, como sanciona el artículo en comentario.

En suma, como opina LEÓN BARANOIARÁN, "la idea de la norma es que no se impida o no se provoque la realización de la condición por ninguna de las partes a que concierne la obligación respectiva, o sea, que si el impedimento o la provocación para la realización de la condición proviniera de hecho extraño a ellos, de fuerza mayor o de la voluntad de un tercero, no obraría el artículo 1111" (del Código de 1936. Esta norma es reproducida literalmente por el artículo 176 del Código de 1984).

Ahora bien, debe considerarse la naturaleza de la condición, si se trata de una positiva o una negativa. Como se sabe, la positiva consiste en la verificación de un suceso que altere una situación existente al momento de la celebración del acto jurídico; en cambio, la negativa consiste en la inalteración de esa situación. En el primer caso, la obligación resultará del acontecimiento del suceso, y en el segundo, del no acontecimiento.

El supuesto de este artículo se presentaría, en la condición positiva, si el que resultaría obligado impide el acontecimiento o, quien resultaría acreedor, fuerza su cumplimiento. Si se trata de la condición negativa, se invierte el supuesto: el obligado tendría que forzar el cumplimiento del hecho y el acreedor impedirlo.

Es por ello que la norma sanciona a quien actúa de manera maliciosa en cualquiera de esos casos, incidiendo en la realización o no del evento para beneficiarse con ello. Y así, si se impidió que la condición se realice, se tiene por cumplida y si se forzó su existencia, se da por no cumplida.

## **DOCTRINA**

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN. Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, 681 pp.; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 3<sup>1</sup> edic. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999, 366 pp.

## **.. JURISPRUDENCIA**

*"Quien haya hecho todo lo posible para que la otra parte contratante no pudiera cumplir la obligación, carece de facultad para invocar, en su beneficio, la condición resolutoria pactada'* (*Anales Judiciales*, 1873).

*(En: Guzmán Ferrer, Fernando. Código Civil de 1984, Editorial Científica S.R.L., Lima, Tomo 1, pág. 176).*

## IRRETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN

~

La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

Comentario

José León Barandiarán Hart

En principio, *la* consecuencia propia de la condición es actuar desde el momento mismo de la producción del hecho presupuesto como tal. Es decir, no opera retroactivamente. Pero no siempre fue así.

La irretroactividad, como efecto de la condición, no ha estado presente desde un inicio en la legislación civil nacional; muy por el contrario, tuvieron que transcurrir ochenta y cuatro años desde el Código de 1852 para que su sucesor, el Código Civil de 1936, lo asimilara, manteniéndose como tal hasta la actualidad. No obstante su no vigencia, merecerá de nuestra parte algunos comentarios acerca de su regulación, previos al tratamiento del tema en examen.

En efecto, el Código de 1852 prescribía en el artículo 1283 que "un contrato condicional cuya condición se cumple, se considera eficaz desde que se celebró; y pasan los derechos y obligaciones que de él resultan, a los herederos de los contratantes que hayan fallecido, si el contrato es de aquellos cuyos efectos se trasmiten a los herederos".

Con esta prescripción, el legislador incorporaba el principio de *la* retroactividad en todos aquellos contratos condicionados a la producción de algún hecho incierto y futuro, tan igual como lo había previsto el Código francés, y como posteriormente lo haría el Código de Vélez Sarsfield.

La retroactividad de la condición suponía así, que una vez verificado el hecho incierto y futuro del cual dependía, los efectos de la misma se retrotraían al momento de la celebración del acto, es decir como si el acto hubiese sido celebrado pura y simplemente, quedando las partes en la misma situación que habrían estado de no haber pactado *la* condición. De esta manera, tratándose de una condición suspensiva, la eficacia del acto se entendía operada desde su celebración; y como si nunca hubiese existido, tratándose de una condición resolutoria.

La retroacción importa una *ficción jurídica*, siendo un instrumento legal utilizado para regular la suerte de negocios realizados durante el período de pendencia de la condición (*pendente conditione*); pudiendo ser real y obligatoria, según las partes se encuentren en la misma situación como si no se hubiese condicionado el negocio, operando de forma automática, *ipso jure*; o se mantenga válido y eficaz lo acontecido *pendente conditione*, no obstante las partes verse obligadas a colocarse en la situación creada por el cumplimiento de la condición (por ejemplo, si A adquiere de B un

inmueble bajo condición suspensiva, habrá que transmitirle efectivamente la propiedad de la cosa para convertirlo en propietario, pues no basta únicamente, para tal fin, que la condición se haya cumplido)(DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

No obstante ser acogido legislativamente por algunos países, su recepción por parte de la doctrina no fue del todo pacífica. DEMOLOMBE la defendió expresando que el acto debe ser considerado como si hubiese sido contratado desde su nacimiento, y que los derechos y obligaciones de él surgidos deben apreciarse hacia el pasado y no hacia el futuro; pues no es el acontecimiento de la condición el que crea tales derechos y obligaciones, sino que éstos nacen por obra de todo contrato, condicionado o no. El acontecimiento de la condición posee una función meramente declarativa, haciéndolos simplemente aparecer, despojándolos de la incertidumbre que los mantenía en suspenso. Por tanto, el contrato condicionado se perfecciona desde el día de su formación por el consentimiento de las partes, debiéndose apreciar en este día, si el mismo reúne los elementos esenciales para su formación (LEÓN BARANDIARÁN).

En el mismo sentido, MESSINEO opinaba que la condición operaba retroactivamente, por cuanto ésta se había colocado en el momento mismo del perfeccionamiento del acto, naciendo por tanto conjuntamente con él. De esa manera, verificándose la condición suspensiva, el acto adquirirá eficacia *ab origine (ex tunc)*; si se cumple la condición resolutoria, el acto perderá eficacia también *ab origine*, y todo lo que -en el período de pendencia- haya sido ejercitado por parte del sujeto, quedará reducido a la nada.

Otra idea que pretendía sustentar la retroactividad de la condición, era aquella de la "confirmación del derecho" por el cumplimiento de la condición, según el cual, el derecho condicional preexiste a la verificación de la misma y, preexistiendo a él, el cumplimiento lo único que produce es su confirmación más no su nacimiento; y finalmente, la que atribuía la retroactividad a la "voluntad presunta de las partes" (DE GASPERI).

En contra, BEAUDRY-LACANTINERI y BARDE opinaban que el efecto retroactivo no era una necesidad jurídica y que, desde el punto de vista práctico, esta ficción complicaba inútilmente la reglamentación de la condición (GUZMAN FERRER). LEO N BARANDIARÁN, por su parte, era de la idea que diversos efectos propios de la condición, una vez realizada, no podrían tener explicación, de aplicarse el principio de la retroacción; y citando a PLANCK, expresaba que la verificación de la condición no tenía fuerza retroactiva, por cuanto el efecto que depende de la condición, al producirse ésta, no se considera como realizado al cerrarse el negocio sino al momento de realizarse aquélla, lo cual no obstaba para que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pudieran pactar expresamente la retroacción.

El Código de 1936 modificó totalmente la orientación de su antecesor al establecer, en el artículo 1110, la irretroactividad de la condición, pero incorporando la posibilidad del pacto en contrario, pretendiendo seguir en este punto a la mayoría ~e códigos modernos que no atribuían efecto a la condición sino a partir del momento en que se cumplía. Fórmula similar es la establecida por el artículo 177 del Código vigente.

Veamos, seguidamente, una aplicación práctica del precepto: si por medio de un contrato celebrado el 2 de enero, se estipula que Gustavo le venderá su casa a Iván

en el supuesto que obtenga la lotería, llegándola a obtener el 28 de julio; en ese momento se convertirá en propietario de la casa y deudor del precio (condición suspensiva irretroactiva). Si, por el contrario, se convino en que Gustavo tan solo le prestaría su casa hasta el día en que obtenga la lotería, y como en el ejemplo anterior la obtuviera el 28 de julio, es en este día que Iván deberá devolver la casa a Gustavo (condición resolutoria irretroactiva).

La irretroactividad de la condición tiene importancia con relación al riesgo. Escribió LEÓN BARANDIARÁN, refiriéndose al caso en que la condición suspensiva operase retroactivamente, que al perderse la cosa antes de verificarse la condición, sin culpa del transferidor, éste no entregará la cosa, pero el adquirente quedará obligado a pagarle el precio convenido, pues la cosa se ha perdido para su dueño en el supuesto de *res perit domino* y por tanto deberá soportar la pérdida.

En el ejemplo anotado, si se produce la condición suspensiva, esto es que Iván obtenga la lotería y esta condición operara retroactivamente, Iván resulta siendo propietario de la casa desde el 2 de enero, fecha en que celebró el contrato condicionado y no desde el 28 de julio, momento en que se produjo el hecho condicionante. Por ello, destruyéndose la casa luego del 2 de enero, por un hecho no imputable a Gustavo, Iván de todas formas quedaría obligado al pago del precio.

El artículo 177, siguiendo el parecer del código alemán, ha establecido con acierto el principio de irretroactividad de la condición, lo cual resulta más acorde a su naturaleza. Pues si bien es cierto que la condición es establecida conjuntamente con el acto jurídico que la contiene, aquélla está constituida por un hecho futuro e incierto, de cuya realización se hacen depender los efectos de un acto jurídico determinado.

Esta solución adoptada por nuestro código, está inspirada en la opinión vertida por LEÓN BARANDIARÁN al comentar el artículo 1110 del anterior Código, cuando escribió que "por la naturaleza de las relaciones, de los mismos efectos jurídicos que conciernen a las situaciones derivadas de una convención condicional, resulta que algunos efectos de la condición remontan al pasado y otros no. Para explicar los primeros no es de necesidad declarar la retroactividad, para explicar los segundos no es tampoco necesario declarar la irretroactividad. La incidencia de las reglas colaterales, referentes a las cuestiones que plantean esos efectos, explican suficientemente que unos obran *ex nunc* otros *ex tunc*. Hacer una declaración general de principio en uno u otro sentido es falible, pues no puede librarse de una serie de limitaciones y derogaciones".

## DOCTRINA

DE GASPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil, Teoría General de los Hechos y Actos Jurídicos*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1964, 914 pp.; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, 681 pp.; GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. Tomo 11. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1982; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 11. WG Editor. Lima, 1991, 448 pp.; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 3<sup>a</sup> edic. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999, 366 pp.; MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Tomo 11. Ejea. Buenos Aires, 526 pp.

## PLAZOS SUSPENSIVO y RESOLUTORIO

*Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.*

*Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho.*

CONCORDANCIA:

C.C. arlo 173

Comentario

José León Barandiarán Hart

Entendemos por plazo aquella modalidad del acto jurídico mediante la cual se hacen depender el inicio o la cesación de sus efectos, de la ocurrencia de un hecho futuro y necesario. El plazo no hace más que postergar el ejercicio de los derechos a que se refiere; pudiendo definirse por extensión, como el lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho (LLAMBÍAS; y enfatizando su carácter de *certidumbre y futuridad*: BOFFI BOGGERO, ALTERINI).

Se diferencia de la condición, en que ésta responde a un suceso incierto y futuro, en tanto el plazo está constituido por un hecho, si bien futuro~ cierto en cuanto a su realización; además, de aquél depende la existencia misri,a de la obligación, en tanto ésta solo supedita su exigibilidad (BORDA, BOFFI BOGGERO). Como Tirso de

Molina hace decir en el "Vergonzoso de Palacio": "*Esperar quiero;! que siempre el tiempo ligero/ hace lo dudoso cierto*".

El plazo puede clasificarse en determinado, cuando se sabe con certeza el momento en que acontecerá; e indeterminado, cuando no se conoce de antemano ese momento. El primero puede a su vez dividirse en cierto, cuando se conoce la realización del hecho y el momento en que sucederá (*dies certus an et certus quando*); e incierto (o de *cumplimiento incierto*, según Alterini), cuando se sabe que llegará, pero no cuándo (*dies certus an et incertus quando*), como p.e. la muerte de una persona. Adviértase que no es posible confundir el plazo incierto con la condición, pues la incertidumbre recae no sobre su realización sino sobre el momento o fecha de esa realización; en contra de lo que sucede con la condición, donde la incertidumbre recae sobre la existencia misma del hecho previsto como tal.

Asimismo, el plazo es expreso cuando queda establecido concretamente; tácito,

cuando surge implícitamente de la naturaleza del acto; legal, cuando es la propia ley la que lo fija; judicial, cuando se establece por medio de resolución judicial; y voluntario, cuando son los celebrantes del acto quienes lo señalan.

El plazo puede distinguirse, también, en inicial (*dies ad quo*), denominado suspensivo, y final (*dies ad quem*), o resolutorio. Producido el evento cierto y futuro en que consiste el plazo, el acto surtirá efectos plenos, tratándose del primero; o se extinguirá, en el caso del segundo. Tal es el supuesto del artículo en comentario.

LLAMBÍAS, comentando esta clasificación, opina que la denominación *plazo resolutorio* es impropia, porque en la terminología jurídica, la resolución borra lo ocurrido actuando retroactivamente a la fecha de constitución del derecho; a diferencia del plazo, que no opera retroactivamente sino a partir de la fecha en que ocurre, dejando subsistir los efectos anteriores del acto al cual accede.

El plazo suspensivo ha de estar claramente señalado, pues de lo contrario el acto jurídico surtirá sus efectos inmediatamente.

El plazo resolutorio se presenta necesariamente en determinados actos, de cuya naturaleza resulta que sus efectos no pueden prolongarse al infinito, llegándose a extinguir con el transcurso del tiempo. Es lo que sucede, por ejemplo, con los contratos de arrendamiento y suministro.

Hay que señalar, como lo menciona ALBALADEJO, que "la llegada del término opera *ipso iure*" y que tratándose del plazo inicial "a partir de tal llegada, opera como si fuese puro".

Nada impide que en un mismo acto se incluyan tanto el plazo suspensivo como el resolutorio. Así, se puede establecer claramente la fecha en que los efectos del acto se inician y aquélla en la cual cesan.

Si bien la regla general es que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, establezcan el plazo libremente; existirán actos que por su naturaleza no admitirán esta modalidad -tan igual como acontece para la condición- debiendo conservarse puros. Estos actos son los relacionados con el derecho familiar, como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etc. Por el contrario, existirán actos que necesariamente requerirán un plazo final, tales como el arrendamiento, la locación de servicios o el usufructo.

La segunda parte de la norma plantea una situación similar a la producida durante el período de pendencia de la condición, es decir la posibilidad de efectuar *actos conservatorios*; pero esta vez referida al plazo, y bajo la denominación de *acciones conducentes a la cautela del derecho*.

En consecuencia, durante el transcurso del plazo, el acreedor tendrá la posibilidad de adoptar todas las *acciones* conducentes a proteger su crédito, que aún no siendo actual, es absolutamente cierto, pues el plazo indefectiblemente vencerá en algún momento, convirtiendo en obligatoria la prestación a su favor; ya se trate de plazo suspensivo o resolutorio.

Según VIDAL, la denominación empleada por el segundo párrafo del artículo en

comentario es mucho más acertada por su precisión y amplitud que la del artículo 173, pues incluye dentro de ella a la acción pauliana. Además, caben también dentro de su esfera la constitución de garantías reales, fianzas, contratación de pólizas de seguro y toda otra medida orientada a preservar el derecho, evitando su pérdida.

Finalmente, vale destacar la distinción efectuada por LEÓN BARANDIARÁN respecto al plazo y el término. Ambos son inconfundibles, opina, pues este último es el primer o último día del plazo, es decir, los extremos de un plazo inicial o final; o como concretamente apunta BOFFI BOGGERO, el plazo viene a constituir un *lapso*, en tanto el término el *final* de ese lapso.

### ~ DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. *El Negocio Jurídico*. Lib. Bosch. Barcelona, 1993; ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho Privado (primer curso)*. 21 edic. (11 reimpr.). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1977,781 pp.; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Estudios Jurídicos (primera serie)*. Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1960, 287 pp.; BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil, parte general*. 131 edic. Perrot. Buenos Aires, 598 pp.; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del Acto Jurídico*. Ed. UNMSM. Lima, 1983; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, parte general*. Tomo 11. Perrot. Buenos Aires, 743 pp.; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998, 574 pp.

### . JURISPRUDENCIA

"(...) se está ante un plazo suspensivo, cuando el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente el plazo; y se estará ante el plazo resolutorio, cuando los efectos del acto cesan al vencimiento de aquél. (...) en ese orden, cuando el artículo mil cuatrocientos dieciséis del Código Sustantivo, dispone que el compromiso de contratar será no mayor de un año, está indicando que durante ese lapso la promesa está vigente, y que recién a su vencimiento dicho compromiso cesará o quedará sin efecto, quedando las partes liberadas de su promesa; luego, se concluye que el plazo que rige los contratos preparatorios como el presente, es resolutorio, y no suspensivo como ha expresado la sentencia de vista".

(Cas. N° 24-T-97/PIURA. En: *Gaceta Jurídica*, Tomo 57, pág. 15-A).

*El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.*

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 168, 181

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

El artículo 179 del Código Civil de 1984 repite la fórmula de su antecesor de 1936 (artículo 1112), en el sentido de considerar establecido el plazo en beneficio del deudor; pero esta vez precisando que se trata del plazo suspensivo. Ello, por cuanto si no existiera plazo, el deudor tendría que cumplir de manera inmediata su obligación, sin dilación alguna, por cuanto el efecto del acto jurídico actúa inmediatamente. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, el comprador debería pagar el precio inmediatamente, es lo normal; en cambio, si se le otorgan seis meses para efectuarlo, mientras no transcurra ese tiempo, su acreedor -el vendedor- no puede exigirle el pago. Obviamente, nada impedirá que el deudor, si así lo desea, pague antes del vencimiento del plazo.

No obstante, se trata de una regla meramente supletoria. Los intervinientes en el acto pueden pactar que el plazo actúe en beneficio de ambos, como sucedería p.e. en un depósito bancario a plazo fijo, en el cual el depositante no puede retirar su depósito antes del vencimiento del plazo sin perder los intereses, en tanto el banco debe mantenerlo por el tiempo convenido, sin poder obligar al depositante a aceptar la restitución. Es posible también, por supuesto, que el plazo se establezca solo en beneficio del acreedor: es el caso del depósito, en el cual el depositario está obligado a guardar la cosa durante todo el plazo establecido, en cambio el depositante puede pedir la devolución en cualquier momento.

R~specto a la parte a la cual beneficia el plazo, habrá que estar a lo pactado en el acto jurídico; empero, cuando no haya estipulación al respecto, habrá que acudir a las circunstancias de las cuales pueda inferirse la real voluntad de las partes. LEÓN BARANDIARÁN utilizaba el siguiente ejemplo: "A viene a establecerse de Piura a Lima, compra en un establecimiento comercial muebles ya completamente confeccionados para la casa que va a habitar, y se fija un plazo de 15 días para la entrega de dichos muebles; este plazo se ha establecido en favor de A, el acreedor de los muebles, en consideración a la circunstancia sobre el momento en que él podría utilizar la casa, amueblándola".

## ART. 179

No obstante lo dicho anteriormente, encontramos en doctrina el planteamiento de Víctor SCHWARTZMANN, para quien la imposición del plazo afecta a la relación obligatoria en su integridad, aun cuando pueda suponer un beneficio para una u otra parte, por lo cual sería coherente suponer su establecimiento en *favor de ambas partes*; siendo aquí precisamente -indica el autor- donde debería recaer la presunción *iuris tantum*, de manera que la modificación del mismo deberá producirse únicamente mediante el acuerdo de voluntades y no por acto unilateral.

En legislaciones foráneas la solución tampoco es similar. Bástenos citar para ello el Código argentino, para el cual el plazo se considera establecido en favor de ambas partes, a no ser que por el objeto de la obligación u otras circunstancias, resultare haberse puesto en favor del deudor o del acreedor; principio que no deja de tener -según crítica expresión de LLAMBÍAS- un sabor exageradamente favorable para el acreedor.

Finalmente hay que señalar en lo que se refiere al plazo, que en éste, a diferencia de lo que ocurre con la condición, no puede presentarse la posibilidad de que el evento futuro y cierto sea ilícito. Se trata de un suceso que inevitablemente acontecerá, y aun cuando el preciso momento de su acaecer sea incierto (*incertus quando*), el evento en relación con el cual se fija el plazo habrá de suceder fatalmente.

Por otro lado, si el plazo se establece en virtud de un evento imposible que no acontecerá de ninguna manera, como p.e. que el Sol aparezca por Occidente, se tiene que considerar si se trata de un plazo inicial o de uno resolutorio. En el primer caso, plazo inicial, no habrá acto jurídico, pues realmente lo que se ha querido es que nunca surta efectos. En el segundo caso, plazo resolutorio, el acto debe ser considerado como uno puro, pues lo que se ha querido es que los efectos no cesen nunca.

## ~ DOCTRINA

SCHWARTZMANN. Víctor. *Las denominadas modalidades en los actos jurídicos. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En: *Selección de Textos del Curso Acto Jurídico*. Compilado por Freddy Escobar Rozas. 1998; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del Acto Jurídico*. Ed. UNMSM. Lima, 1983; LLAMBÍAS. Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo 11. Perrot. Buenos Aires, 743 pp.

## JURISPRUDENCIA

*"El plazo suspensivo se entiende establecido en favor del deudor, como señala el artículo 179 del Código Civil"*

*(Cas. NII 2367-98-Lambayeque, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 26/11/98, p. 2120)*

## PAGO ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO

*El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición.*

CONCORDANCIA:

C.C. artº 1267

Comentario

José León Barandiarán Hart

El artículo plantea la hipótesis del pago efectuado antes del vencimiento del plazo suspensivo, estableciendo dos soluciones al respecto:

- a) Si el deudor pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo, no podrá repetir lo pagado;
- b) Si pagó por ignorancia del plazo, tendrá derecho a la repetición.

En el primer caso, cuando el deudor cumple con su obligación sujeta a plazo, cumple con lo que debe, y aun cuando la efectúe antes de tiempo, se trata de una obligación existente y no potencial, a diferencia de lo que ocurre con la condición. Así, no existe incertidumbre en lo referido al evento futuro, ya se trate de plazo suspensivo o plazo resolutorio. Se debe considerar que con ese pago anticipado el deudor está renunciando al beneficio del plazo. Por ello es que no es posible admitir la repetición de lo pagado antes del vencimiento del plazo, a menos que se hubiera hecho por ignorancia de su existencia, claro está; pues en este caso no cabe inferir que quiso hacer renuncia de aquél, pues lo desconocía. Éste es el supuesto del segundo caso que plantea el artículo en comentario.

LEÓN BARANDIARÁN, comentando el antecedente de esta norma (artículo 1113 del Código Civil de 1936), se muestra contrario a la solución planteada por el legislador (por lo demás repetida por el de 1984). Expresa que la facultad de repetir supone que no exista un *debitum*, aunque erróneamente lo haya creído el deudor; presupone, pues, que se haya pagado lo indebido. Que tal circunstancia no se presenta tratándose de una deuda sujeta a plazo, porque la obligación existe, es cierta, y tan solo están diferidos sus efectos. Entonces, si se pagó antes del plazo, no hay pago de lo indebido.

Por ello afirma que resulta insostenible la identificación que pretende el legislador, entre la situación del deudor bajo condición que paga antes de realizarse ésta, y la

del deudor a plazo, que paga antes de vencerse éste; porque en el primer caso no existe aún un derecho creado, sino tan solo una expectativa; a diferencia del segundo, en el cual el derecho se encuentra ya constituido.

En este artículo se hace referencia tan solo al plazo suspensivo; empero, el mismo principio debe ser aplicado en el caso del plazo resolutorio, cuando la cesación de los efectos del acto crea una obligación, como por ejemplo la de restitución.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima 1991; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974; CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea. Buenos Aires, 1986; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch. Barcelona, 1958.

## CADUCIDAD DEL PLAZO

*El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:*

*1.- 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.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese  
comprometido.*

*3.- Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o  
desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean  
inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a sa-  
tisfacción del acreedor.*

*La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos  
precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso  
sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares  
destinadas a asegurar la satisfacción del crédito. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 179, 195*

*C.P.C. arts. 546, 608*

*LEY26887 art.329*

### Comentario

*José León Barandiarán Har!*

#### 1. Inciso 1

El artículo bajo comentario enumera taxativamente los casos en los cuales el deudor pierde el beneficio otorgado por el plazo. El transcurso del tiempo que tendría que esperar el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación a su favor, y que

n Párrafo adicionado por el Código Procesal Civil (D.Leg. NQ 768),  
cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por

R.M. NQ 01 0-93-JUS de 23-04-93.

el deudor podría esgrimir como "defensa" para 'no cumplir con ella, desaparece ante la verificación de tales supuestos. Cuando cualquier de ellos se produce, el plazo vence y la obligación se hace inmediatamente exigible, transformándose en una *sine dies*. Empero, este vencimiento no opera *ipso iure*, sino requiere de la voluntad del acreedor. .

CAZEAUX y TRIGO REPRESAS expresan que tales supuestos son conocidos indistintamente en doctrina como *caducidad*, *decaimiento* o *descaecimiento* del plazo, considerándolos como la privación de los beneficios del término antes de su ven-

cimiento, en mérito a una disposición legal; se trata de una sanción imposta por la

ley al obligado a raíz de actos suyos en perjuicio del acreedor, consistiendo la pena en tener por cumplido ficticiamente el plazo, adelantando los efectos de su cumplimiento (cit. SCHWARTZMANN).

SCHWARTZMANN opina -considerando siempre que el plazo no se establece en beneficio de una de las partes, sino que es impuesto sobre la relación jurídica con el objeto de alterarla en sus efectos-, que la consecuencia que la ley establece frente a determinadas situaciones no consiste en que el deudor pierda los beneficios del plazo, sino que la ley establece una ficción según la cual el plazo debe considerarse vencido *si el acreedor así lo considera conveniente*.

Se parte del supuesto de que cuando se celebra un acto jurídico y se le concede al deudor un plazo para cumplir con su obligación, éste tiene la capacidad patrimonial suficiente para afrontarla, es solvente, pudiendo otorgar garantías suficientes; con lo cual el acreedor podrá confiar razonablemente en que su crédito podrá ser satisfecho. Si no fuera así, el acreedor no admitiría dilación alguna en el cumplimiento de la obligación a su favor. Como bien dice LEÓN BARANDIARÁN, cuando aquéllas se esfuman (insolvencia del deudor, disminución o desaparición de las garantías o no constitución de ellas), el acreedor se verá frente a la amenaza de que la efectividad de su derecho pueda resultar frustrada.

De esta manera, cuando la situación patrimonial del deudor varía ostensiblemente debiendo más de lo que tiene -es decir, su pasivo resulta mayor a su activo-, deviniendo por tanto insolvente, se sanciona la pérdida del beneficio del plazo. Sería riesgoso, para un acreedor que se encuentra frente a un deudor

imposibilitado de cumplir sus compromisos, tener que esperar el transcurso de tiempo para poder exigir el cumplimiento; pues ello, por un lado, agravaría la situación patrimonial del deudor, y por el otro, la imposibilidad del cumplimiento de la obligación.

## 2. Inciso 2

Igualmente, si el deudor se comprometió frente a su acreedor al otorgamiento de garantías y no lo efectúa, el plazo otorgado a su favor vence. En este caso, debe considerarse que el fundamento del acreedor para permitirle a su deudor el cumplimiento de la obligación luego de un período de tiempo, es que su crédito se encontraría asegurado con la garantía que a su favor debe constituirse; se podría decir, en otras palabras, que el plazo reposa sobre la garantía prometida. Por ello, al no otorgarse la garantía, tampoco debe existir el plazo. Si así fuera, la situación del acreedor

frente a su deudor se vería afectada, pues existiría la posibilidad de incumplimiento por parte de éste, en tanto el acreedor no tendría cómo obtener la satisfacción de su crédito.

LEÓN BARANDIARÁN se preguntaba si el deudor podría conservar el beneficio del plazo, constituyendo las garantías que había dejado de establecer. Citando a MANRESA y NAVARRO, entiende que así podrá hacerlo, puesto que un recurso análogo le queda en los demás casos; incluso en el que por actos suyos hubiere disminuido la garantía constituida; hecho indudablemente más grave que el no constituir a tiempo lo ofrecido, y en el que no se deben tener más consideraciones que en este otro.

### 3. Inciso 3

Finalmente, el inciso tercero se ocupa de la hipótesis en que, luego de otorgada la garantía, ésta se ve perjudicada, disminuyendo su valor o desapareciendo. La norma distingue entre el hecho imputable al deudor y no imputable a éste, siendo más riguroso como es lógico, en el caso que ese perjuicio se haya producido por un hecho imputable al deudor; ante lo cual basta que la garantía disminuya para que el plazo se considere vencido. Por ejemplo: si la garantía es una prenda sin desplazamiento sobre un cargador frontal y el motor de éste se funde por falta de cuidado del propietario.

Por el contrario, cuando la garantía resulta afectada por un hecho no imputable al deudor -fuerza mayor o caso fortuito-, se exige que la garantía desaparezca. En el ejemplo anterior, no bastaría ciertamente que el motor se fundiera, sino que sería necesaria su destrucción, como ocurriría si el cargador frontal fuese destruido por un aluvión. Siempre cabe, en este caso, que el deudor sustituya la garantía perjudicada por otra equivalente, a satisfacción del acreedor, con lo cual desaparecería la razón de la extinción del plazo.

Como puede verse, si el deudor no cuida de manera adecuada la garantía y ella llega a *perjudicarse* por tal razón, perderá el beneficio que el plazo le concede en cuanto a cumplir con posterioridad la obligación debida. Si la garantía *desaparece*, no tendrá importancia la causa de la desaparición, puede o no deberse a la falta de preocupación del deudor: siempre la desaparición de la garantía origina la caducidad del plazo.

Como apunta LEÓN BARANDIARÁN, debe considerarse un elemento *objetivo* únicamente en un supuesto (el caso fortuito), consistente en la desaparición de las garantías; y en el otro supuesto (acto propio, imputable), hay que considerar dos elementos: el *objetivo*, la disminución de las garantías, y *subjetivo*, dicho hecho imputable.

Finalmente, expresa la norma que la pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas, debe declararse a petición del interesado, en este caso el acreedor, debiendo tramitarse según las reglas que informan el proceso sumarísimo. Proceden en este caso, las medidas cautelares orientadas a asegurar la satisfacción del crédito.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 32 edic. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999, 366 pp.; SCHWARTZMANN, Víctor. *Las denominadas modalidades en los actos jurídicos*.

Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho. En: *Selección de Textos del Curso Acto Jurídico*. compilado por Freddy Escobar Rozas. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998.

## JURISPRUDENCIA

*"El ejercicio de la acción de cobro de una deuda, antes de haberse vencido el plazo estipulado, requiere la prueba de haberse producido algunas de las circunstancias a que se refieren los artículos 1287 y 2029 (1114 Y 1021 del CC. De 1936; 181 CC de 1984) del Código Civil. Dicha prueba corresponde al acreedor". (Anales Judiciales, 1906)*

*(En: Guzmán Ferrer, Fernando. Código Civil de 1936, Cultural Cuzco S.A., Lima, Tomo 11, 1982, p. 1229).*

## **PLAZO NO ESTABLECIDO**

*Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaran. La demanda se tramita como proceso sumarísimo. (\*)*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 168*

*C.P.C. artº 546*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

Ya en su oportunidad hemos aludido a la clasificación del plazo. Dijimos que éste puede ser expreso, cuando ha sido establecido claramente por las personas intervenientes en el acto jurídico; tácito, cuando surge implícitamente de su naturaleza. A esta segunda clasificación se contrae la primera parte del artículo en comentario. Así, si en el acto jurídico en el cual se ha concedido tácitamente un plazo para que el deudor cumpla, no se encuentra fijada su extensión, le corresponderá al juez señalarla.

Nótese bien que por medio de este artículo no se autoriza al juez a incorporar un plazo, sino tan solo fijar la duración que las partes han consentido, manifestándolo tácitamente.

La segunda parte del artículo plantea el supuesto en que la extensión del plazo otorgado al deudor, haya quedado a criterio de éste. Es decir, le corresponde al deudor establecer cuándo cumplirá su obligación. Por ejemplo, tratándose del otorgamiento de un crédito, llega a estipularse que el deudor efectuará el pago *cuando quiera*; o en el caso de un suministro, que el suministrante entregará los bienes al suministrado en la *medida de sus posibilidades*. Si no se estableciera un "remedio" en la hipótesis de que el deudor incumpla su obligación o establecer el momento de su realización -como lo resalta LOHMANN-, el crédito resultaría simplemente ilusorio.

(\*) Texto del párrafo según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 01 0-93-JUS de 23-04-93.

Esta misma situación se presenta cuando la determinación de la duración del plazo ha quedado sujeta a la voluntad de un tercero -hipótesis no prevista en su antecedente de 1936-, y éste no la efectúa. La norma le concede al juez la facultad de establecer la extensión de ese plazo; limitando de esa manera, tanto el arbitrio del deudor como la intervención del tercero.

Resulta pertinente a este comentario la crítica formulada por José LEÓN BARANDIARÁN a la redacción del artículo 1115 del Código de 1936 -fielmente reproducida por el actual artículo 182-, pues de su texto podía llegar a inferirse que, efectivamente, era el Juez quien fijaba el plazo. Efectivamente, "cuando se habla de plazo judicial, no puede darse a significar que al juez le incumbe la determinación de que un plazo ha de existir, para que la obligación se cumpla; que forje su existencia. No. Sino solo que a él le compete fijar su extensión, o sea determinar únicamente el término que corresponde al plazo. Pero esta facultad le es atribuida o por convención o por ley, que son las únicas fuentes capaces de originar la presencia de un plazo. Una cosa es, pues, la existencia misma del plazo y otra la fijación de su duración".

Finalmente, la norma establece claramente la vía procedimental por medio de la cual podrá lograrse la determinación de la duración del plazo, esto es, por medio de las reglas que informan el proceso sumarísimo. .

#### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 11. WG Editor. Lima, 1991, 448 pp; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2<sup>a</sup> edic. Grijley. Lima, 1994, 629 pp.; GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil de 1984*. Tomo 1. Ed. Científica. 488 pp.

#### . JURISPRUDENCIA

"El artículo 182 del Código Civil establece dos supuestos de fijación de plazo por el juez. El primero alude al caso del plazo tácito, en el cual se parte del supuesto de que existe un plazo, pero será el juez el que determine su extensión o duración; el segundo párrafo pretende regular los casos en los que el acreedor ha permitido que el deudor cumpla su obligación cuando quiera o cuando disponga de los medios suficientes; sin embargo el arbitrio del deudor no es todo caso ilimitado, pues corresponde al juez establecer en dicha hipótesis el término conveniente para que resulte exigible la obligación. Es así que en ambos supuestos citados, para que sea exigible la obligación se requiere que el juez fije la duración y el término del plazo, para lo cual será necesario que dicha solicitud se tramite previamente en vía de proceso sumarísimo".

Caso N°1 3319-98/LIMA. En: Guía Rápida de Jurisprudencia Civil y Procesal Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 45).

## ART. 182

*"Cuando en el contrato se deja a voluntad del deudor fijar el plazo para el pago y aquél se compromete a pagar por armadas, el plazo debe ser fijado por el juez, según las posibilidades económicas del deudor para que pague por mensualidades"* (A.J., 1963).

*(En: Guzmán Ferrer, Fernando. Código Civil de 1984. Tomo " Edit. Científica, p. 183).*

*"Que, el artículo 182 del Código Civil, establece dos supuestos de fijación del plazo por el juez; el primero alude al caso del plazo tácito en el cual se parte del supuesto de que existe un plazo, pero será el juez el que determine su extensión o duración; el segundo párrafo, según lo sostiene el tratadista nacional Guillermo Lohmann Luca de Tena en su libro 'El Negocio Jurídico', pretende regular los casos en los que el acreedor ha permitido que el deudor cumpla su obligación cuando quiera o cuando disponga de los medios suficientes, sin embargo, el arbitrio del deudor no es en todo caso ilimitado, corresponde al juez establecer en dicha hipótesis el término conveniente para que resulte exigible la obligación; en los supuestos del artículo 182 del Código Civil, para que sea exigible la obligación se requiere que el juez fije la duración y el término del plazo, para ello, será necesario que dicha solicitud se tramite previamente en vía del proceso sumarísimo".*

*(Cas. N° 3319-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 239)*

## CÓMPUTO DEL PLAZO

*El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:*

- 1.- *El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.*
- 2.- *El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.*
- 3.- *El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.*
- 4.- *El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.*
- 5.. *El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.*

### CONCORDANCIAS:

|           |           |
|-----------|-----------|
| e.p.e.    | arto 824  |
| e. de e.  | arto 60   |
| e. T.     | norma XII |
| LEY 26572 | arto 7    |
| LEY 27444 | art. 139  |

*Comentario*

*José León Barandiarán Har!*

### 1. Inciso 1

Esta norma contiene las reglas según las cuales ha de hacerse el cómputo del plazo, teniendo como referencia al *calendario gregoriano*; sin dejar de mencionar la existencia de otros calendarios, por lo cual la utilidad práctica del presente artículo es por demás incuestionable.

Cuando el plazo está señalado en días, deberán contarse todos los días, de medianoche a medianoche (*computatio civilis*), sin excluir ninguno; a menos que lo contrario se haya establecido. Así, en materia procesal, la ley preceptúa que solo se contarán los días hábiles. Lo mismo podría pactarse en el acto jurídico correspondiente.

Asimismo, en el plazo fijado por días no se considerará el día inicial pero sí el final. Si el plazo fuese por semanas, deberá contarse la semana entera, es decir, siete días.

## **2. Inciso 2 inciso 3**

En el caso de los meses, a diferencia de los días y las semanas, en los cuales los elementos que lo integran -horas y días- son siempre iguales; aquéllos tienen duración distinta. Existen meses que contienen 28, 29, 30 Y 31 días. Deberá contarse de acuerdo a cada mes, sin tener en cuenta el mayor o menor número de días que tengan. Así, el plazo vence en el mismo día del mes referido para ello. El plazo de un mes fijado el 1 de enero vence el 1 de febrero, y si el plazo se fijó el 1 de febrero, éste vencerá el 1 de marzo.

Como se ve, en ambos casos transcurre un mes, empero en el primero son 31 días y en el segundo, 28 días. Esto último es irrelevante, lo que interesa es la unidad de tiempo tomada como referencia que, en este caso, es el mes. Cuando el plazo se fija en años, sucede una situación semejante.

En realidad, más difícil es la hipótesis cuando en el plazo fijado por meses o años, no existe la fecha en el mes o año de vencimiento. Por ejemplo, el 31 de enero se otorga el plazo de un mes, o el 29 de febrero se concede el plazo de un año. La doctrina se halla dividida al respecto, pues hay quienes, como LEÓN BARANDIARÁN, sostienen que el plazo debería vencer en el día siguiente correlativo al día de la concertación del acto. Así, en el ejemplo antes propuesto, el plazo vencería el 1 de marzo, en ambos casos.

La solución de este artículo es diferente, ya que de acuerdo a lo ahí prescrito, el plazo vence en el último día del mes. Con lo dispuesto en el artículo bajo referencia, el plazo vence, en ambos casos, el 28 de febrero.

## **3. Inciso 4**

El inciso cuarto está referido al Gómputo del plazo por días; señalando claramente que el plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento; norma que a decir de VIDAL RAMÍREZ, complementa la del inc. 1Q del presente artículo. Veamos el ejemplo siguiente: Gustavo celebra un contrato con Rodríguez con fecha 12 de octubre, con la finalidad de que éste, en el plazo de un mes, realice un tallado en madera del distintivo del Colegio de Abogados de Lima. De acuerdo con el inciso en comentario, el plazo empezará a correr, no desde el 12 de octubre -fecha de celebración del contrato- sino a partir del 13 de octubre, siendo exigible la obligación a partir del 12 de noviembre, en que Rodríguez deberá entregar el trabajo al cual se comprometió. Tal es la aplicación del presente inciso.

## **4. Inciso 5**

Si el último día del plazo es inhábil, el plazo vencerá el primer día hábil siguiente. Si el plazo vence el 28 de julio, se prorrogará al 30 de julio, por cuanto el 29 también es declarado feriado; esto siempre y cuando el 30 no sea domingo, en cuyo caso el plazo se extendería hasta el 31.

Esta regla resulta evidente: siendo el último día del plazo su término, esto es, el momento final hasta el cual el deudor puede cumplir su obligación, si ese día resulta

se ser feriado por ejemplo, lo consecuente sería que la posibilidad de cumplir se traslade hasta el día siguiente en que la obligación puede ser cumplida; es decir, el primer día hábil siguiente. De esta manera, no se perjudica al deudor en el uso del beneficio del plazo.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima 1991; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; VIDAL R~MÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; LOHMANN, Juan Guillermo. *El negociojurídico*. Grijley. Lima, 1994; FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974; CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea. Buenos Aires, 1986; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch. Barcelona, 1958.

## ~ JURISPRUDENCIA

"*Que, si bien es cierto que para la expedición y plazos de los títulos valores hay una ley especial, también lo es que los plazos establecidos en el artículo 93 de la mencionada norma especial, guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil, ya que el calendario gregoriano rige para todas las relaciones jurídicas*".

(Cas. N° 1039-97. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 28, enero-2001, pág. 239).

## APLICACIÓN EXTENSIVA DE LAS REGLAS SOBRE CÓMPUTO DE PLAZO

*Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.*

### CONCORDANCIAS:

C. de C. artº 60  
C.C. artº 183  
LEY 26887 artº 45

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

El plazo, como elemento accidental del acto jurídico, se incorpora a él por decisión de los declarantes, computándose de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 183.

Así, es evidente que todo plazo nacido de la voluntad privada se rige por esas reglas, bien cuando se trata del plazo considerado como modalidad (p.e. plazo para efectuar el pago en un contrato de compraventa), o cuando constituya elemento natural del acto respectivo (p.e. en el contrato de arrendamiento).

Este artículo se ocupa, además, del plazo legal, para remitirlo en lo referente a su cómputo, a las mismas reglas del artículo 183.

### DOCTRINA

LEÓN BARAN DIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima 1991; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 1999; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 2002; LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Lima, 1994; FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima, 1974; CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea. Buenos Aires, 1986; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch. Barcelona, 1958.

## **EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL CARGO**

*El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierne.*

CONCORDANCIA:

*C.C. artº VI*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

Concluye el Código Civil el tratamiento de las modalidades del acto jurídico con la regulación del cargo, entre los artículos 185 a 189, en lo concerniente a su cumplimiento, inexigibilidad, transmisibilidad, ilicitud e imposibilidad del mismo.

Entendemos por él al elemento que se incorpora a un acto patrimonial gratuito. La mayoría de los autores que se han ocupado del tema, hacen resaltar la característica de su *accesoriedad*. Así, BORDA lo ha definido como la obligación accesoria impuesta a quien recibe una liberalidad; y de forma amplia SANTOS BRIZ, para quien constituye una estipulación accesoria inserta en negocios a título gratuito, por medio del cual se impone al beneficiario de la misma, el cumplimiento de una prestación en favor del disponente, de terceros o del propio beneficiario; actividad que no actúa como contraprestación de la atribución patrimonial que aquél recibe, sino simplemente la reduce.

El cargo siempre ha estado ligado a un acto de liberalidad, y ha servido para cumplir aquellas finalidades que no podían obtener satisfacción por medio de los esquemas y fórmulas que brindaba el ordenamiento jurídico a los particulares; así por ejemplo, en el Derecho romano se eludía la prohibición de estipular en provecho de una tercera persona ajena a la relación, imponiendo a una de las partes el cargo de realizar una prestación a favor de otra (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Mediante el acto jurídico a título gratuito, se produce una liberalidad mediante la cual una persona transmite a otra un derecho, reportándole al beneficiario un provecho o enriquecimiento. Ahora bien, el cargo añadido a esta liberalidad comportará para el beneficiario una obligación de tipo patrimonial, cuya consecuencia será la disminución del beneficio recibido.

De esta manera, el cargo viene a importar una obligación que *grava* a una de las partes en los actos de liberalidad; *accesoria* respecto a la adquisición del derecho; y *excepcional*, por cuanto no deriva ordinariamente del acto realizado, no constituye un complemento normal de la transmisión del derecho, sino que es por su naturaleza independiente de éste, siendo tan solo la voluntad del enajenante quien establece dicha vinculación.

No puede considerarse cargo la obligación de carácter no patrimonial (no obstante, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, comentando algunas disposiciones del Código Civil español, advierten que no siempre el cargo puede tener carácter patrimonial, pues a través del modo se satisfacen muchas veces intereses no siempre económicos y que la prestación puede no traducirse en valores de este tipo; además advierten su utilización para conseguir servicios del favorecido de un valor inestimable económicamente, como el de vivir en compañía del donante o testador y su esposa, cuidándolos y asistiéndolos), p.e.: la exigencia de permanecer soltero, o cuando se trata de una mera recomendación, como dejar legada una colección de libros y el consejo de leerlos. Ya escribió BEVILAQUA, que a veces el cargo puede adoptar la fisonomía de un consejo o una observación, pero desapareciendo de su faz el carácter oneroso coercitivo, deja definitivamente de ser cargo.

No obstante, si del cumplimiento del consejo u observación se hicieran depender los efectos del acto gratuito, entonces estaríamos, no ante un cargo, sino ante una condición potestativa. En el ejemplo antes mencionado de la donación de la biblioteca, si fuera necesario para la subsistencia de ella que el donatario leyera los libros, en el supuesto de no hacerlo, se resolvería la donación. Sería por tanto, un hecho dependiente de la voluntad del acreedor, que de no cumplirse, dejaría sin efecto la donación.

El cargo se agrega a un acto gratuito; ¿pero podrá integrarse a un acto oneroso? Qué sucedería si en un contrato de compraventa de inmueble, se impone al comprador la obligación de dedicar el bien adquirido, o parte de él, al mismo fin a que lo venía consagrando el vendedor, extendiendo en el contrato la obligación para sus herederos. ¿Podría aceptarse esta estipulación?

La jurisprudencia española llama a esta "carga" "*estipulación lícita, aunque poco frecuente, de mera adscripción modal en cuanto a uso o aprovechamiento*". SANTOS BRIZ afirma que dicha situación es explicable por la amplitud de la autonomía de la voluntad, pero que no puede identificársele con el cargo propiamente dicho, por cuanto no se ha reducido liberalidad alguna, presupuesto indispensable en su configuración jurídica,-toda vez que se le insertó en un contrato a título oneroso. No obstante esta afirmación, y la de otros tantos autores que se han ocupado del tema (BARASSI, BORDA, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, LEÓN BARANDIARÁN, LOHMANN, LLAMBÍAS), existe la voz discordante de BOFFI BOGGERO, para quien, si bien la práctica admite el cargo en los actos gratuitos, dicha circunstancia no puede dar base para afirmar con rotundidad que los cargos no puedan ser establecidos en actos jurídicos a título oneroso. El Código Civil de 1984 solo ha previsto la constitución de cargo para los actos gratuitos.

## ART. 185

El cargo es inconfundible. Con la condición, pues éste suspende o resuelve los efectos del acto jurídico previa la verificación del hecho condicionante, mientras lo contrario sucede con aquél; además el cargo es coercible para lograr su cumplimiento, lo cual no sucede con la condición, que es por naturaleza incoercible. Con el plazo, pues mientras éste suspende el ejercicio del derecho de que se trata, el cargo no afecta al derecho principal, cuyo adquirente goza de todas las atribuciones que competen al titular.

En tanto el cargo no afecta la existencia de los derechos emanados del acto, en caso de duda respecto a si se trata de cargo o condición, habrá que inclinarse por el primero.

En el acto gratuito con cargo, existen tres posiciones: la del autor de la liberalidad, quien a su vez impone el cargo (imponente); el beneficiado con la liberalidad, quien a su vez viene a constituir el gravado con el cargo; y finalmente, el beneficiado con el cumplimiento() de este último.

En cuanto a quiénes pueden ser los beneficiados con el cumplimiento del cargo, se acepta generalmente que éstos puedan ser el autor de la liberalidad o un tercero, aunque nada impide para que el beneficiario de la misma sea el propio gravado (aunque LEÓN BARANDIARÁN opine que no es cargo, la cláusula que tuviere por fin el provecho exclusivo de la persona que debe cumplirlo), siempre y cuando la intención del imponente sea vincular jurídicamente a aquél, y no limitarse a manifestar un simple deseo o recomendación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

En la hipótesis de una persona que dona su pinacoteca a una escuela de arte, imponiéndole como cargo la entrega del retrato de un autor famoso, estaríamos frente a la situación de que el imponente del cargo es a su vez el beneficiado con el mismo. Por otro lado, si se trata de donar una biblioteca a una universidad, señalándose como consecuencia de ello, la realización de un estudio sobre la situación de la niñez desamparada, estaríamos ante el caso de que el beneficiario del cargo no es el imponente, sino un tercero respecto al acto jurídico que contiene la liberalidad. Lo anterior plantea las interrogantes siguientes: ¿Quiénes son los interesados para exigir el cumplimiento del cargo? y ¿cuáles son los efectos del incumplimiento?

El artículo 185 del Código Civil destaca claramente quiénes podrán exigir su cumplimiento: el imponente de la liberalidad -o sus herederos-, el beneficiario y, cuando el cumplimiento sea de interés social, por la entidad a la que concierne. En el ejemplo propuesto anteriormente de ~donación de una biblioteca con cargo a la realización de un estudio sobre la situación de la niñez, el cargo podrá ser exigido, sea por el imponente del mismo, sea por la entidad dedicada a tales fines (v.gr. la Fundación por los Niños del Perú).

Por ser un elemento agregado al acto de liberalidad, el incumplimiento no determinará su revocabilidad, sino tan solo la exigencia de su realización por parte de los interesados, empleando para ello los medios franqueados por la ley a fin de que el deudor les procure aquello a lo cual estuvo obligado, o haciéndoseles procurar por otro a costa del mismo (artículo 1219 C.C.); y por aplicación del mismo principio, la

invalidación o revocación de una donación sujeta a cargo, determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del cargo satisfecho.

## **DOCTRINA**

BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. 1. Bosch. Barcelona, 1955, 522 pp.; BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 131 edic. Perrot. Buenos Aires. 598 pp.; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Estudios Jurídicos (primera serie)*. Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1960, 287 pp.; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, 681 pp.; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto Jurídico*. 31 edic. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999, 366 pp.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo 11. Perrot. Buenos Aires, 743 pp.; SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil, teoría y práctica*. Revista de Derecho Privado. Tomo 1. Madrid, 1978, 764 pp.

## **. JURISPRUDENCIA**

"En la donación real con cargo, el animus donandi está motivado por una finalidad particular que debe satisfacer el donatario, o sea por una obligación que asumió el donatario y que constituye la causal impulsiva y determinante del acto jurídico, como así resulta de la concordancia de lo dispuesto en los artículos 185 y 1642 del Código Civil"

(Cas. Ng 1039-97. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Ng 28, enero-2001, p. 239).

## PLAZO JUDICIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CARGO

*Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.*

*La demanda se tramita como proceso sumarísimo. (\*)*

/

CONCORDANCIAS:

c.c. arlo 182

C.P.C. arlo 546

ANTECEDENTE:  
CC. de 1936: arlo 1117

*Comentario*

*José León Barandiarán Har!*

Resulta claro que si el autor de la liberalidad fijó un plazo de cumplimiento para el cargo, éste debe cumplirse dentro de aquél. No obstante, puede suceder que en el acto no se haya determinado un plazo, ni mucho menos la manera de fijarlo, para lo cual habrá que recurrir al juez para que sea él mismo quien lo determine concretamente.

Salvando la omisión en que incurrió su antecesor -el artículo 1117 del Código de 1936-, la norma señala claramente la vía procedural por medio de la cual podrá obtenerse el plazo para el cumplimiento del cargo impuesto: esto es, de acuerdo a las reglas que informan el proceso sumarísimo (artículos 546 y ss. del Código Procesal Civil).

Convengo en que, por medio de este artículo, le esté prohibido al juez toda posibilidad para imponer la ejecución forzada de la prestación o la resolución del negocio. A él le compete, únicamente, fijar una fecha para el cumplimiento, y nada más (LOHMANN).

Es del todo lógica la solución brindada por este artículo, pues no es posible admitir que el cargo quede pendiente de realización en forma indefinida; pues si así fuera, quedaría librado a la decisión del obligado el cumplirlo o no.

(\*) Texto del párrafo según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 010-93-JUS de 23-04-93.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima 1991. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHmann, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958.

## .. JURISPRUDENCIA

*"En el caso bajo examen no se fijó plazo para el cumplimiento del cargo, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 186 del Código Civil corresponde al juez fijar el plazo, vencido el cual y por cumplimiento del cargo recién procedería la renovación de la elaboración y reversión del predio"*

*(Cas. N° 1039-97. En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 28, enero-2001, p. 240).*

*"En la donación real con cargo, el 'animus donandi' está motivado por una finalidad particular que debe satisfacer el donatario, o sea por una obligación que asumió el donatario y que constituye la causal impulsiva y determinante del acto jurídico, como así resulta de la concordancia de lo dispuesto en los artículos 185 y 1642 del Código Civil"*

*(Cas. N° 1039-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. enero 2001. Pág. 239).*

## INEXIGIBILIDAD DEL CARGO

*El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad.*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

El cargo viene a constituir una obligación accesoria impuesta por el autor de una liberalidad al beneficiado con la misma, para que efectúe determinada actividad, sea . en beneficio del disponente o de un tercero, e incluso, en favor del propio gravado con el cargo; constituyéndose, de ese modo, en una restricción a la ventaja económica obtenida. Aceptada tal imposición, queda el gravado obligado a su ejecución, en tanto los beneficiados con el mismo a exigir su cumplimiento (artículo 185 C.C.).

Pero efectuada la liberalidad, puede acontecer que el cargo impuesto excede el valor de aquélla, ocasionando no solo un empobrecimiento del gravado; sino además, colisionando con la finalidad misma de toda liberalidad, que no es otra cosa que producir el enriquecimiento del beneficiario. ¿Cuál es la solución brindada por el ordenamiento jurídico para resolver este supuesto?

El Código Civil de 1936 no contenía referencia alguna sobre este punto, pero las opiniones vertidas en torno a éste, oscilaban entre mantener la validez del acto, especialmente si el cargo se dirigía al propio provecho del obligado en aquél; en declarar la inexigibilidad del cargo, en cuanto excedía el monto de la liberalidad; y finalmente, quienes se inclinaban en reputar al acto como oneroso.

El Código de 1984 ha previsto concretamente esta circunstancia en el artículo 187, optando por la inexigibilidad del cargo. Es decir, si el cargo es inferior o igual al valor de la liberalidad, el gravado queda obligado a su cumplimiento; si excede, de acuerdo a lo prescrito por esta norma, el gravado no estará obligado a cumplirlo. La solución es del todo justa, pues "sería incongruente admitir que el cargo pudiera ser de tal entidad que no solo "0 hubiera enriquecimiento, sino que por añadidura el gravado se empobreciera" {LOHMANN}).

En otras palabras, debe tenerse presente que el valor de la liberalidad constituye el límite del valor del cargo, y que todo exceso de éste, conlleva a que el gravado no se vea obligado a cumplirlo; pues de lo contrario, podría ocasionarle la pérdida de la ventaja que le hubiera podido reportar la liberalidad. Sus obligaciones -se limitarán - como precisa BORDA- al monto de los bienes recibidos.

Cuando se trate de cargos de naturaleza no patrimonial (p.e. efectuar una donación con cargo de que se permita la exposición de una determinada pintura), donde

sea difícil establecer su valor, habrá que estar a la obligatoriedad del cargo y, en todo caso, examinar cuidadosamente caso por caso (LOHMANN).

Por último, el valor del cargo deberá estimarse al momento de aceptarse la liberalidad y obligarse al cumplimiento de aquél.

#### ~ DOCTRINA

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil, Parte General*, 13!  
ed. Perrot. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima 1991. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CIFUENTES, Santos. *Negociojurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958.

## TRANSMISIBILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD DEL CARGO

*La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos de, que fue gravado con ellos, a no ser que solo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.*

*En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos.*

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 660 y ss., 1149, 1218, 1363

Comentario

José León Barandiarán Hart

El artículo 1218 del Código Civil contiene un principio fundamental en materia de obligaciones: la transmisión de ésta a los herederos, salvo cuando su cumplimiento sea inherente a la persona, lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario. Es evidente que quien asume una obligación debe cumplirla, y que si alguien fallece sin haberlo hecho, deberá transmitírsela a sus herederos para que sean ellos quienes la realicen. La obligación en sí misma, en cuanto a su naturaleza, objeto debido y elementos que se le pudieran agregar no se alteran, permanecen invariables; la única modificación que opera es respecto a los sujetos vinculados, por haber desaparecido uno de ellos de escena (LEÓN BARANDIARÁN).

Pero existen circunstancias en las cuales las obligaciones no resultan pasibles de transmisión, en atención a consideraciones especiales; éstas son, como destaca la norma, *inherentes a la persona*, o personalísimas, y responden a las cualidades de la persona, a su oficio o su arte; fundamentándose "(oo.) en el carácter adhesivo intrínsecamente de la obligación a la persona que a ella concernía" (LEÓN BARANDIARÁN).

El artículo 188 consagra una disposición similar a la anteriormente referida, pero esta vez circunscribiéndola a cargo; con las siguientes precisiones:

- a) En primer lugar, declara que la obligación de cumplir los cargos pasa ajos herederos del que fue gravado con ellos;
- b) No será posible la transmisión cuando la obligación solo pudiera ser cumplida por el gravado, como *inherente a su persona*;
- c) Siendo la obligación de cumplir los cargos inherente a la persona del gravado, y

éste falleciere sin haberlos realizado, la adquisición del derecho queda sin efecto, retornando los bienes al imponente de los cargos o, en su defecto, a sus herederos.

La primera parte de la norma no presenta mayores inconvenientes. Tomemos el ejemplo siguiente: Juan Antonio efectúa una donación a Lucía, con el cargo de que trimestralmente ofrezca desayuno a diez niños de un albergue infantil. Ahora bien, si por causas del destino, Lucía llegara a fallecer, el cumplimiento del cargo no sufriría mayor alteración puesto que, como bien dice la norma, aquél pasaría a ser cumplido por los herederos de Lucía.

Distinta es la situación que se presenta cuando la obligación en la cual consiste el cargo *solo* puede ser cumplida por el beneficiario de la liberalidad, por ser ínsito a su persona. Veamos el siguiente caso: Rodrigo dona determinado bien a Jenner (experto en arte cubista), con el cargo de que le pinte un retrato de su padre. Posteriormente, Jenner fallece sin haber cumplido el encargo.

Atendiendo, en primer lugar, a lo anotado en el punto b), la obligación de cumplimiento no pasa a los herederos de Jenner, por cuanto el cargo fue impuesto, precisamente, por sus dotes de pintor experto en arte cubista; es decir, *él y sólo él*, debía cumplirlo. Tenemos entonces que no se ha cumplido el cargo y ya tampoco puede serlo por el deceso del único capaz de efectuarlo.

En principio, al no ser el cargo presupuesto de la liberalidad, la consecuencia sería que su incumplimiento no podría acarrear la revocabilidad del acto, sino tan solo la exigencia de su cumplimiento. No obstante, el Código se orienta por otra solución.

En efecto, de acuerdo al ítem c), al no haberse cumplido los cargos cuya realización resultaba propia del gravado, la adquisición del derecho queda sin efecto, regresando los bienes al patrimonio del imponente de los cargos, o a sus herederos.

Pero se presenta el problema que la disposición establecida en el artículo 188 parece restringida al hecho de cargo personalísimo. No existe una norma que respecto a los casos de incumplimiento de cargo no personalísimo, indique la solución más apropiada. Como menciona LEÓN BARANDIARÁN, "el problema en cuanto a nuestro Código Civil queda en pie, si procede o no la resolución de la liberalidad por incumplimiento del cargo, si éste no es inherente a la persona del obligado a dicho cargo".

Los Derechos francés, español, brasileño, suizo y alemán acogen la teoría de la revocabilidad de la liberalidad. Explica esta posición ALBALADEJO: "En la obligación normal, el obligado debe cumplir (débito) y responde (responsabilidad) con todo su patrimonio para el caso de incumplimiento; en la obligación modal, el obligado debe cumplir (débito), pero sobre él no pesa para el caso de incumplimiento sino la amenaza de revocación del acto que, a la vez de imponerle la obligación, lo benefició. En este punto de la sustitución de la responsabilidad (del deudor) por la revocabilidad (del negocio) es en lo que se diferencia la obligación modal de la ordinaria".

Si bien no son desdeñables estas afirmaciones, el Código vigente se ha encargado de despejar toda duda, más si tenemos en cuenta que el Código de 1936 no contenía norma precisa al respecto. De tal manera, si se produjese el incumplimiento del cargo -por expresa disposición del artículo 185 del Código Civil de 1984- los beneficiados con el mismo podrán exigir su cumplimiento, valiéndose para ello de los medios franqueados por el ordenamiento para tal propósito.

Hasta aquí, la norma comentada es clara. ¿Pero qué sucedería si se ha verificado la transferencia del bien objeto de la liberalidad? Situémonos en el ejemplo anterior:

Rodrigo efectúa una donación a Jenner, con el cargo que éste le pinte un retrato de su padre. Sin embargo, antes de iniciar el cumplimiento o estando cumpliendo el cargo, Jenner enajena el bien a Fabiola. Luego de la transferencia, Jenner fallece.

El artículo 188 prescribe que cuando el gravado con el cargo muere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin efecto, retornando los bienes a poder del imponente o sus herederos. Del caso propuesto, surgen las siguientes interrogantes:

- ¿ Puede aplicarse al supuesto de incumplimiento del cargo y posterior transferencia del bien, la disposición del último párrafo del artículo 188?
- ¿Qué consecuencias jurídicas generaría dicha transferencia respecto al imponente o sus herederos y frente al adquirente?
- ¿Qué sucede con los herederos del gravado con el cargo?
- ¿De qué mecanismo legal podrá valerse el imponente o sus herederos frente a tal eventualidad?

Indudablemente la respuesta a la primera interrogante planteada es negativa. Nos explicamos: el alcance de la norma se limita tan solo a los herederos del gravado. Son éstos quienes, frente al deceso del obligado, deberán restituir el bien (o bienes) al imponente o sus herederos; toda vez que la adquisición del derecho ha quedado sin efecto. Ahora bien, los herederos del gravado nada pueden devolver, en este caso, porque los bienes ya no están dentro de su patrimonio, pues fueron enajenados por el beneficiario de la liberalidad a un tercero.

La respuesta se vuelve más complicada cuando intentamos absolver la cuestión referente a las consecuencias jurídicas de la transferencia, respecto al autor de la liberalidad o sus herederos. Si nos atenemos estrictamente al carácter *intuito personae* de la obligación en que consta el cargo, resultaría que por aplicación de la segunda parte del artículo 188, el imponente o sus herederos nada podrían alegar para revertir los bienes otorgados, pues el cargo solo correspondía al gravado con él, quedando los herederos de éste excluidos de toda "participación" en el mismo.

Respecto al adquirente del bien, no cabe duda alguna que su adquisición se encontrará protegida, pues adquirió de buena fe de quien efectivamente podía disponer del bien. Recuérdese que la liberalidad no está supeditada al cumplimiento de~cargo; por tanto, el gravado con él podía disponer de él y tercero efectuar su adquisición.

La otra cuestión a resolver es lo atinente a los herederos del gravado con el cargo. Puede argumentarse, y con razón, que al ser *personalísimo* su cumplimiento, nada

tienen que ver ellos con las consecuencias que pudieran generarse ante una eventual transferencia, frente al autor de la liberalidad o sus herederos. Sin embargo, es posible también pensar lo contrario.

Efectivamente, al recibir la liberalidad el beneficiario adquiere una ventaja patrimonial. Posteriormente lo enajena a un tercero, percibiendo como contrapartida el precio del bien. Tendríamos entonces dos beneficios: la liberalidad recibida y el precio por la enajenación. Fallecido, es indudable que sus herederos no podrán ya disponer del bien pero sí de la suma recibida por él; importándoles, en consecuencia, un beneficio económico. Con todo lo dicho hasta aquí: ¿Puede pensarse que los herederos no responderán por las consecuencias que generen el incumplimiento del cargo y la posterior transferencia?

En cuanto al mecanismo legal del cual podría valerse el imponente del cargo o sus herederos, pensamos que éste podría ser el del enriquecimiento sin causa.

De acuerdo al artículo 1954 del Código Civil, "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo". Reiterada jurisprudencia concuerda en que para la procedencia de esta acción, deben concurrir tres requisitos fundamentales: el empobrecimiento del demandante, el enriquecimiento del demandado y una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.

Consideramos que el ejemplo propuesto cumple con tales requisitos.

Se ha producido un empobrecimiento del imponente o, en su defecto, sus herederos, por cuanto al haberse verificado el incumplimiento y el fallecimiento del obligado a cumplir el cargo, los herederos de éste debieron haber regresado los bienes a aquél, por haber quedado sin efecto la adquisición del derecho; con lo cual la situación patrimonial del imponente no se hubiese visto afectada. Pero sucede que de por medio existe una enajenación; por tanto, si nada retorna al patrimonio del imponente, es lógico pensar en un perjuicio económico de su parte.

Con los herederos del gravado acontece todo lo contrario. Ellos ya no pueden devolver absolutamente nada, pues el bien ha sido transferido a un tercero. No obstante, su patrimonio se ha incrementado con la ganancia obtenida por el gravado en virtud de la transferencia. En otras palabras, se han enriquecido.

Entre ambas situaciones existe evidente conexión, por cuanto el empobrecimiento del imponente y el enriquecimiento de los herederos del gravado se derivan de un mismo acto: la liberalidad. Además, la posibilidad de devolución cuando el cargo es inherente (artículo 188, 22 párrafo) permite mantener el "equilibrio patrimonial" entre ambas partes, situación que no se presenta en este caso.

Por lo expuesto, creemos que esta solución es la más conveniente frente a situaciones de este tipo. Claro, salvo mejor parecer.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. WG Editor, Lima 1991. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958.

## CARGO ILÍCITO O IMPOSIBLE

*Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.*

CONCORDANCIA:

*C.C. art.224*

*Comentario*

*José León Barandiarán Hart*

Las soluciones brindadas para el supuesto de cargo ilícito o imposible no son uniformes; sino por el contrario, se bifurcan entre aquellas que plantean la anulación de la liberalidad, y las que se inclinan por la subsistencia del acto de liberalidad sin cargo alguno, basándose para ello en su naturaleza accesoria.

Ya el Código Civil derogado contenía disposiciones singulares al respecto. Distinguía la imposibilidad en física y jurídica, ya esta última la subclasicaba en *originaria* y *sobrevenida*. Contemplaba, además, el supuesto del cargo ilícito. Para cada una de ellas disponía diversos efectos, que iban desde la anulación del acto hasta considerar como no puesto al cargo o modo, conservando el acto puro.

En efecto, prescribía el artículo 1119, si el hecho en que consistía el cargo fuese *jurídicamente imposible o ilícito*, se invalidaba el acto donde el cargo fue impuesto; con lo cual se asumía la orientación del Código argentino.

Disposición contraria era la contenida en el artículo 1120, cuando se trataba de *imposibilidad jurídica sobrevenida*. Es decir, el cargo nació siendo viable cuando fue agregado al acto por el imponente, pero por circunstancias extrañas, devino en imposible. Frente a esta eventualidad, el Código optaba por la conservación del acto y por ende la adquisición de los bienes, sin cargo alguno. Por último, si éste resultaba *físicamente imposible*, se mantenía la eficacia del acto haciendo irrelevante la imposibilidad (artículo 1121).

~ORDA, cuestionando el artículo 564 del Código argentino, del cual el legislador de 1936 obtuvo su fuente para la regulación de estos supuestos, ha expresado que la disposición es injusta por cuanto al ser el cargo una obligación accesoria, que no afecta la exigibilidad ni la eficacia de los derechos transmitidos, no se justifica que un cargo imposible anule la liberalidad, tanto más si su incumplimiento no genera ese efecto.

El Código de 1984, con buen criterio, ha unificado las soluciones respecto a los supuestos de imposibilidad e ilicitud, modificando el de su antecesor en los siguientes términos: "Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno". En otras palabras, resultará intrascendente

te para el acto de liberalidad, si el cargo impuesto al beneficiario es ilícito o imposible -sea ésta física o jurídica-, o siendo factible, deviniera imposible por motivos extraños, pues en todos esos casos, se opta por mantener la liberalidad sin cargo alguno; confirmando el principio según el cual *lo principal no sigue la suerte de lo accesorio*.

Por lo demás, esta solución aflora de la naturaleza jurídica del cargo, pues el propósito que se pretende conseguir a través de él es secundario con relación al ánimo que informa la liberalidad, y porque aquél, finalmente, no viene a ser otra cosa que una *determinación separada de la determinación negocial principal*, como afirma SANTORO-PASSARELLI (cit. SANTOS BRIZ).

Se considera que quien impone hechos de esta índole -ilícitos o imposibles-, en verdad no ha querido que aquél se realice.

Por ejemplo, quien efectúa un legado y establece como cargo la obligación de que el legatario vaya volando por sus propios medios hasta el solo, en su defecto, efectúe un secuestro, sabe que físicamente es imposible e ilícita respectivamente; y en consecuencia, no puede tomarse como una obligación derivada de la liberalidad, no siendo por tanto exigible.

La posibilidad legal o natural del cargo debe considerarse al momento de su ejecución, pues un hecho puede devenir en posible, o en imposible, luego de ser establecido como obligatorio. Aún más, la imposibilidad debe ser *objetiva*, pues siendo *subjetiva*, la liberalidad subsiste, debiendo proponerse el cumplimiento de un cargo equivalente (LOHMANN).

Esta prescripción guarda relación con la contenida en el artículo 1404, relativo a las obligaciones contractuales.

## DOCTRINA

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil, Parte general*. 13@ edic. Perrot. Buenos Aires, 598 pp.; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2@ edic. Grijley. Lima, 1994, 629 pp.; SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil, teoría y práctica*. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo 1. Madrid, 1978, 764 pp.

## **SIMULACIÓN ABSOLUTA**

*Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 219 inc. 5), 1362*

*Comentario*

*Rómulo Morales Hervías*

#### **1. Teorías sobre la simulación**

El tema de la simulación puede dividirse doctrinariamente en cuatro teorías: como discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, o como discrepancia entre declaración y contradeclaración, o como una apariencia negocial creada intencionalmente o como una divergencia entre declaración y causa.

**Primera teoría:** Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo (FERRARA). La nulidad del contrato simulado hallaría fundamento en la falta de voluntad de contenido: la simulación sería uno de los casos en los cuales la declaración no produce el efecto indicado porque la voluntad no se corresponde a la declaración (WINDSCHEID, SCIALOJA y STOLFI). Esta teoría se consagra en el Proyecto argentino de código civil unificado con el código de comercio de 1998 (artículo 328: existe simulación cuando las partes otorgantes del acto aparente han acordado declarar una voluntad distinta de la real). La simple referencia a la falta de voluntad en orden al contenido de la declaración no explica ade

cuadamente la nulidad del negocio simulado, ya que en otras hipótesis el defecto de voluntad en orden al contenido de la declaración no produce nulidad como los casos de la incapacidad relativa y del error obstativo. Esta teoría no es aceptada porque los efectos negociales pueden ser conectados a un supuesto de hecho aunque falte una específica determinación volitiva.

**Segunda teoría:** Simulación ofrece el espectáculo de que las partes emiten una declaración y una contradeclaración dentro del mismo negocio, de suerte que ambas se neutralizan recíprocamente. No debe creerse que existan dos negocios que se excluyen sucesivamente. En el elemento de la declaración está contenida también la contradeclaración -aunque se fije posteriormente por escrito- y la una se neutraliza por la otra; de modo que el negocio en conjunto conduce a un efecto nulo, puesto que lleva al resultado dinámico que se deriva de la totalidad de las declaraciones que comprende (KOHLER). Así, la simulación es el resultado de dos declaraciones que se anulan entre ellas; aquella por virtud de la cual se contrata y aquella en la que se manifiesta que se hace aparentemente; la primera falsa desde un punto de vista ontológico y potencialmente verdadera o relevante desde el punto de vista jurídico; la segunda verdadera ontológicamente pero legalmente irrelevante (MESSINA). Admitiendo que lo que vincula es tan solo la declaración externa y objetiva y que no debe tomarse en cuenta el elemento psicológico del querer, la simulación, que tiene SU origen en una divergencia deliberada y secreta en el ánimo de los contratantes, no debe tener importancia. La declaración simulada debe ser jurídicamente vinculante aun para los mismos contratantes, puesto que el Derecho positivo para esta teoría atiende a las acciones externas de la voluntad y no a fluctuaciones internas d~1 querer.

**Tercera teoría:** La declaración simuladora es querida y no solo para ocultar o engañar; se quiere crear una apariencia y para un fin d9tefiñinado (DE CASTRO Y BRAVO). El dato necesario y suficiente que identifica la simulación es sobre todo la apariencia intencional de- un negocio que por acuerdo de las partes no se corresponde en todo o en parte de su real relación. La simulación integra por tanto una hipótesis de ineffectuación del contrato por voluntad de las partes (BIANCA). Esta teoría se consagra en los Códigos Civiles de Argentina de 1871 (artículo 955: la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro), Alemania de 1900 (parágrafo 117: si una declaración de voluntad exigida a una persona es hecha, con su conocimiento, solo en apariencia, es nula) y del Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal de 1928 (artículo 2180: es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas).

**Cuarta teoría:** La primera posición causalista expresa que el propósito efectivo de las partes sería incompatible con la causa del negocio simulado en cuanto excluiría la 2realidad del propósito típico del negocio. El negocio simulado no puede Qbtener tutela del ordenamiento por la falta de causa y por eso es considerado nulo. El acuerdo simulatorio priva al contrato simulado de su causa, en la medida en que manifiesta la voluntad de las partes en dar vida solo a una apariencia. De esta manera, por faltar la causa, el negocio o contrato ostensible estará viciado de nulidad (PUGLIATTI). Una segunda posición causalista considera que la causa del negocio tiene un aspec

to normativo y un aspecto ejecutivo. El acuerdo simulatorio se reconduce a la fase de actuación del mismo. Importa el momento de la actuación o ejecución del acuerdo simulatorio (ROMANO). Existe una tercera posición causalista. La discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida en concreto puede configurar una verdadera incompatibilidad, y entonces se presenta el fenómeno de la simulación (BETTI). Se objeta esta concepción en el sentido de que esta incompatibilidad podría hallar explicación en la errónea calificación jurídica del contrato o en la errónea adopción de un tipo contractual que es idóneo para realizar la intención contractual.

## **2. Simulación como divergencia entre declaración y causa**

Seguimos la cuarta teoría en el sentido de que la simulación es un supuesto de discrepancia entre declaración y causa. Pero asignamos un significado diferente a la noción de causa. Postulamos la noción de causa como la finalidad concreta (finalidad práctica, razón concreta, razón práctica, función práctica, función económica individual, interés concretamente perseguido, interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer o síntesis de los intereses) del negocio jurídico. La causa es expresión de interés de las partes y función objetiva, en cuanto objetivada, objetivamente individual. Es una definición mínima que comprende el interés de las partes que manifestan en el mismo negocio jurídico y la función individual del negocio jurídico. Causa no es el interés de cualquier particular parte, sino es el conjunto de los intereses relevantes de ambas partes, que en su conjunto definen el sentido de aquella operación, la razón justificativa de aquel negocio, a los ojos de las partes mismas y del ordenamiento jurídico.

La simulación es un acuerdo por el cual las partes emiten una declaración no coincidente con la causa del negocio jurídico. Se utiliza a la declaración divergente para engañar. El elemento indefectible del procedimiento simulatorio es el acto de consumación del engaño. Para que haya simulación se requiere de dos elementos:

- a) Acuerdo simulatorio (contradeclaración) vincula la situación aparente y la situación real. Este acuerdo de simular es fundamental, y no basta solo el conocimiento por parte de uno de los contratantes del propósito que tiene el otro de simular; es indispensable que exista un acuerdo expreso entre las partes respecto de tal propósito, lo cual significa que la simulación deberá siempre presentarse como "convenida".
- b) Finalidad de engañar. Hay simulación absoluta cuando las partes tienen la finalidad de no vincularse jurídicamente. Hay simulación relativa cuando las partes celebran un negocio distinto del negocio que se presenta a los demás. Las partes tienen la finalidad de vincularse jurídicamente mediante un negocio oculto.

Con la simulación las partes intentan eludir una expectativa de mero hecho, o una expectativa jurídica, o un verdadero y propio derecho de los otros sujetos, o en fin, una prohibición objetiva de la ley; o también de establecer la premisa para la creación de una expectativa o de un derecho de terceros. Ejemplos de simulación: la donación disfrazada sobre la apariencia de una venta para defraudar al Estado o a los

herederos forzosos, la venta fingida sobre la apariencia de una donación para eludir el derecho de prelación expectante a un tercero, o la venta simulada para substraer los bienes de la pretensión ejecutiva de los acreedores del simulado enajenante.

Entonces, los negocios jurídicos simulados no producen consecuencias jurídicas entre las partes que los hubieran celebrado por no corresponder a la causa. Es decir, la causa del acuerdo simulatorio es totalmente incompatible con la declaración formulada por las partes. Esta definición genérica también es aplicable a los actos unilaterales simulados destinados a una persona determinada por acuerdo entre el declarante y el destinatario. Esta aplicación es recogida por el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1414: las precedentes disposiciones se aplican también a los actos unilaterales destinados a una persona determinada, que sean simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario). Destinatario del acto es quien en cuya esfera se producen los intereses del acto. Por destinatario también se puede entender a quien el acto está formalmente dirigido o en cuya posición jurídica incidan los efectos del acto.

### 3. Simulación absoluta

En la simulación absoluta, la causa es la finalidad concreta de crear una situación aparente y, por tanto, no vinculante. En ese sentido debemos interpretar la norma bajo análisis. Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un negocio jurídico cuando en realidad no se constituye ninguno. El negocio jurídico celebrado no producirá consecuencias jurídicas entre las partes porque la causa en este supuesto significa crear una apariencia de vinculación jurídica entre las partes. Esta apariencia no se corresponde con la realidad. La apariencia es celebrar un negocio jurídico pero la realidad es no constituir ninguno. Entonces, la causa en la simulación absoluta es

crear una situación aparente o fingida frente a otros. Las partes no quieren que se produzca ninguna consecuencia jurídica cuando celebran el negocio jurídico simulado. La finalidad concreta de las partes en el acuerdo simulatorio significa no producir ningún negocio jurídico.

Los siguientes Códigos Civiles caracterizan a la simulación absoluta como acto irreal: Códigos Civiles de Argentina de 1871 (artículo 956: la simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real) y del Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal de 1928 (artículo 2181: la simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real). En cambio, los siguientes textos normativos describen a la simulación absoluta desde el punto de vista de sus efectos jurídicos: códigos civiles del Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal de 1928 (artículo 2182: la simulación absoluta no produce efectos jurídicos), de Italia de 1942 (artículo 1414: el contrato simulado no produce efectos entre las partes) y de Bolivia de 1976 (artículo 543: en la simulación absoluta el contrato simulado no produce ningún efecto entre las partes). Es claro que el Proyecto franco-italiano del código de las obligaciones y de los contratos de 1927 (primer párrafo del artículo 49: en el caso de simulación, el contrato aparente no produce efectos entre las partes) influenció en los Códigos Civiles de México, Italia y Bolivia.

El artículo de nuestro código civil bajo comentario es influenciado por los textos del Esbozo de Augusto Texeira de Freitas de 1858 [artículos 522: habrá simulación en los actos entre vivos: 1) cuando las partes hubieran celebrado sin intención de realizar el acto aparente o cualquier otro. Habrá en tal caso una simulación absoluta; y 524: si la simulación fuere absoluta, sin que haya habido intención de perjudicar a terceros o de violar disposiciones de la ley y así se probare a solicitud de los contratantes, se declarará que no ha existido acto alguno] y del Código Civil de Alemania de 1900 (parágrafo 117: si una declaración de voluntad exigida a una persona es hecha, con su conocimiento, solo en apariencia, es nula) en el sentido de dar relevancia a la apariencia de celebrar un negocio y a la "intención" (voluntariedad) de no celebrar el negocio.

## ~ DOCTRINA

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancias con el Derecho Español por A. Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, s/f.; BIANCA, C. Massimo. *Diritto CMle, il contratto*. Nuova ristampa con aggiornamento. Volume 111. Dotl. A. Giuffre Editore, S.p.A. Milano, 1998; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y N ATO LI , Ugo. *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*, Reimpresión de la primera edición. Tomo 1. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995; CARESSI, Franco. *Il contratto*, en *Trattato di Diritto CMle e Commerciale*. Diretto da Cicu e Messineo. Continuato da Mengoni. Volume XXI. Tomo 1. Dolt. A. Giuffre Editore, S.p.A., Milano, 1987; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reedición de la Segunda Reimpresión de la Edición original de 1971. Editorial Civitas. SA Madrid, 1985; DISTASO, Nicola. *Simulazione dei negozi giuridici*, en *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XVII, UTET, Torino, 1957. FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de Rafael Atard y Juan A. De la Puente, Reimpresión. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1960; GENTILLI, Aurelio, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*. Casa Editrice Dotl. Eugenio Jovene. Napoli, 1982; KOHLER. *Studien über mentalreservarón und simularón*, en *Jherings jahrbücher*. 1898; MESSINA. *Della simulazione assoluta*, en *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948. MIRABELLI, Giuseppe, *Del e Obbligazioni dei contratti in generale* (artl. 1321-1469), en *Commentario del Codice CMle*, Libro IV, tomo segundo (titolo 11), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, UTET, 1980. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Causa del contrato*, Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma "Tor Vergata". Tesis de Magíster en Sistema jurídico romanístico, unificación del Derecho y Derecho de la Integración (con particular referencia al Derecho de los Contratos)", 1999, Tomo 11. PUGLIATTI, Salvatore, *La simulazione dei negozi unilaterali*, en *Diritto CMle, Metodo, Teoria, Pratica, Saggi*, Dolt. A. Giuffre Editore, Milano, 1951. ROMANO, Salvatore, *Con tributo esegetico al/o studio della simulazione*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura CMle*, Dolt. A. Giuffre Editore, S.p.A., Milano, 1954. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrine generali del Diritto CMle*, Ristampa della nona edición, Casa Editoriale Dolt, Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1997. SCIALOJA, Víctor, *Negozi giuridici*, Corso di Diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893, Raccolta dai dotti Mapei e Nannini, Terza stampa con prefazione di Salvatore Riccobono, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933-XI. STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1959. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico: Propuestas de enmienda*, en *Los diez años del Código Civil peruano, Balance y perspectivas*, Ponencias presentadas en el Congreso

Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de septiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, primera edición. Tomo 1. W.G. Editor E.I.R.L. Miraflores, 1995, pp. 279-300. WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, Prima edizione italiana consentita dal autore e dagli editori., fatta sull'ultima edizione tedesca. Prof. Carlo Fadda e Prof. Paolo Emilio Bensa, Volume primo, Parte Prima, Unione tipografico Editrice, Torino, Milano-Roma-Napoli. 1902.

## JURISPRUDENCIA

*"La venta por Bértolo Dumrauf a Isaac Bortnik y la posterior transferencia de éste a favor de los hijos del primero, pretenden disimular una intención de beneficiar a los finalmente propietarios, en desmedro de la legítima de los otros hijos del causante (...). En autos la causa simulandi aparece nítida (...) pero la causa por la que se llevó a cabo la simulación tiene una importancia capital; no solo sirve para explicar el acto, sino que, por sí misma constituye una presunción"*

(Causa Ac. 43.217, "Dumrauf, Honorio y otros contra Dumrauf, Marcelo y otros. Simulación y colación de herencia", 4 de diciembre de 1990, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires-República Argentina).

*"Pocos días después de que un hijo menor de edad de Castagnani protagonizara un accidente de tránsito que ocasionara la muerte de un hijo también menor de edad de los actores, originando un juicio por indemnización de daños y perjuicios que concluye con la condena de Castagnani al pago de una importante suma de dinero, éste aparece vendiendo, ~in demostrar la existencia de esa voluntad con anterioridad, el único inmueble dfJl que es propietario, a quien resulta ser su vecino de toda la vida, que no acredita capacidad económica para la compra, a quien nunca se entrega la posesión de lo comprado, permaneciendo indefinidamente en la ocupación del inmueble quienes pretenden haberlo vendido. Tampoco los vendedores condenados señalan el destino dado a la relativamente importante cantidad de dinero que habrían recibido: no la habrían depositado en un Banco, no habrían pagado alguna deuda de equivalente magnitud, no existe inversión acreditada"*

(Causa Ac. 49.827, "Laserre (rectius: Lasserre), Darío Mario y otro contra Castagnani, Roberto Víctor y otras. Simulación de venta", noviembre de 1993, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires - República Argentina).

*"La simulación concurre a la creación de una apariencia, vale decir de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta"*

(Causa Ac. 55.355, "Paiva Zaracho, Juan R. contra Torres Martínez, Benita (sucesión y otros). Simulación acto jurídico", 6 de agosto de 1996, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires-República Argentina).

*"La simulación absoluta tiene como efecto que el acto sea inválido y se admite su convalidación o confirmación. La simulación relativa es un acto anulable que puede ser confirmado"*

*(Cas. N° 743-2000 Puno. Publicada el  
02/01/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 31.  
Abril 2001. Pág. 21!?)*

*"Que existe simulación absoluta cuando no hay voluntad de celebrar un acto jurídico y solo en apariencia se celebra. Que en este caso el recurrente y su cónyuge no tenían la voluntad de reconocer a su nieta, sino en apariencia y por razones de índole personal. Que es un hecho probado no susceptible de modificación en vía casatoria que la menor Jessica Díaz La Rosa no es hija biológica del recurrente y su cónyuge sino nieta de éstos, lo que ratifica la simulación absoluta contenida en el acto jurídico de reconocimiento".*

*(Cas. N° 1230-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001.  
Pág. 240)*

*"Que el artículo 195 del Código Civil define la simulación absoluta como aparentar celebrar un acto jurídico cuando no exista realmente voluntad para celebrarlo. Que, por ello los procesos en lo que se invoca la simulación absoluta son de carácter personal, porque hay que definir la voluntad de las partes y no real, porque no se trata de verificar los requisitos de una compraventa o determinar un derecho de propiedad".*

*(Cas. N° 2406-99. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001.  
Pág. 240)*

## **SIMULACIÓN RELATIVA**

*Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.*

CONCORDANCIAS:

c.c. art. 192,  
1362

*Comentario*

*Rómulo Morales Hervías*

### **1. Simulación relativa**

En la simulación relativa las partes aparentan celebrar un negocio jurídico distinto del verdaderamente constituido. El negocio simulado es el negocio aparente y el negocio disimulado es el negocio oculto a los terceros. La causa en la simulación relativa es ocultar un negocio jurídico disimulado distinto del negocio simulado. Entonces, en la simulación relativa existen dos negocios jurídicos:

a) Negocio simulado como aparente y fingido b)

Negocio disimulado como oculto y real.

En la simulación relativa no se limita a crear la apariencia, como en la absoluta, sino que produce ésta para encubrir un negocio verdadero. Para ello será necesario

/ considerar la unidad de la declaración de voluntad de las partes de sustituir la regla aparente por una diversa, uniendo así la declaración de voluntad de simular y la declaración de voluntad de establecer un reglamento de intereses distinto de aquél contenido en la declaración ostensible.

### **2. Efectos del negocio jurídico disimulado entre las partes**

Este negocio disimulado tendrá efectos entre las partes, siempre que concurran los requisitos de validez y no perjudique el derecho del tercero. Así, el negocio jurídico disimulado (oculto y real) vincula efectivamente a las partes siempre y cuando concurran sus requisitos de validez. Además, el negocio jurídico disimulado no debe afectar el derecho del tercero. Aquí se tutela el interés de los terceros en hacer prevalecer la realidad (negocio disimulado) sobre la apariencia (negocio simulado). Es irrelevante si el negocio simulado (aparente y fingido) no reúne los requisitos de validez.

Existen dos tendencias en los proyectos y códigos civiles en materia de simulación relativa:

La primera tendencia lo establecen el Esbozo de Augusto Texeira de Freitas de 1858 [artículos 522: habrá simulación en los actos entre vivos; 2) cuando las partes lo hubieran disfrazado con la intención de realizar otro acto de diversa naturaleza. Habrá en tal caso una simulación relativa, 523: no habrá simulación en los actos jurídicos, para el efecto de viciarlos, sin que en cualquiera de los casos de los dos artículos anteriores haya habido intención de perjudicar a terceros o de violar las disposiciones de la ley; y 525: si fuere relativa y tampoco hubiere intención de perjudicar a terceros o de violar disposiciones de la ley, los actos no tendrán valor con el carácter apparente que tuvieran sino con el carácter verdadero] y el Código Civil del Brasil de 1916 (artículo 103: no habrá simulación en los actos jurídicos, para el efecto de viciarlos, sin que en cualquiera de los casos del artículo anterior haya habido intención de perjudicar a terceros o de violar las disposiciones de la ley). La "intención" de realizar un acto distinto para perjudicar a terceros y para violar normas legales determina la simulación relativa.

La segunda tendencia se encuentra en los códigos civiles de Argentina de 1871 (artículo 956: la simulación es (...) relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter, y artículo 958: cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero), Alemania de 1900 (parágrafo 117: si un negocio jurídico es ocultado por un negocio simulado, se aplican las disposiciones aplicables al negocio simulado), Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal de 1928 (artículo 2181: es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter; y artículo 2182: descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare); y el Proyecto argentino de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 (artículo 329: si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz con tal y que no sea ilícito ni perjudique a un tercero). Ellos configuran a la simulación relativa como una apariencia de un negocio verdadero que no sea ilícito y no perjudique a terceros. El Código Civil de Italia de 1942 (artículo 1414: si las partes han querido concluir un contrato diverso de aquél apparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre y cuando subsistan los requisitos de sustancia y de forma) establece los requisitos de validez para la existencia del negocio disimulado. Este código es influenciado por el Proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1927 (segundo párrafo del artículo 49: si sobre la forma de un determinado contrato las partes han ocultado otro, vale el contrato ocultado siempre que existan todas las condiciones de sustancia requeridas para su validez). Pero el Código Civil de Bolivia de 1976 (artículo 543: en la relativa, el verdadero contrato, oculto bajo otro apparente, es eficaz entre los contratantes si reúne los requisitos de sustancia y forma, no infringe la ley ni intenta perjudicar a terceros) precisa mejor todas las condiciones que debe tener un negocio disimulado.

Las dos tendencias descritas sobre la simulación relativa son los antecedentes de

nuestro artículo bajo comentario porque considera la voluntariedad (intencionalidad) de concluir un acto distinto del aparente y los requisitos de validez del negocio disimulado sin infringir norma legal y sin perjudicar a terceros. Esta norma se apartó totalmente del sentido del artículo 1095 del Código Civil peruano de 1936 (los que hubieren simulado un acto con el fin de violar la ley, o de perjudicar a un tercero, no podrán ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirían del acto practicado si fuere real y permitido).

## ~ DOCTRINA

BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile*, 11 *contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento, Volume 111. Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., Milano, 1998, BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*, Reimpresión de la primera edición. Tomo 1, Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; CARESSI, Franco, 11 *contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Diretto da Cicu e Messineo, Continuato da Mengoni, Volume XXI, Tomo 1. Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., Milano, 1987, CARNEVALI, Ugo, *Accordo simulatorio e contratto dissimulato: Prova e data cerca, (Nota a Cass. sez. .. 14 gennaio 1999, n. 351)*, en *I contratti, Rivista di dottrina e giurisprudenza*, Anno VII, Agosto-settembre, W 8-9, 1999, pp. 761-766. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, reedición de la segunda reimpresión de la edición original de 1971, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1985. MIRABELLI, Giuseppe, *Delle Obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, tomo secondo (titolo 11), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, UTET, 1980. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrina generali del Diritto civile*, Ristampa della nona~, Casa Editoriale Dott. Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1997. SEGRE, *In materia di simulazione nei negozi giuridici*, en *Scritti giuridici*, 1, Cortona, 1930. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico: Propuestas de enmienda*, en *Los diez años del Código Civil peruano, Balance y perspectivas*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, primera edición. Tomo 1. w.G. Editor E.I.R.L. Miraflores, 1995. pp. 279-300.

## . JURISPRUDENCIA

"Es criterio sustentado por la doctrina que la simulación relativa se constituye de dos negocios: el primero, manifiesto y fingido (compraventa); el segundo, oculto, real y serio, disimulado a través del primero (donación), no se limita a crear la apariencia (como en la absoluta) sino que produce ésta para encubrir un acto verdadero, agregando que entre los ejemplos más usuales de esta clase de simulación, se encuentran el ocultamiento de una compraventa bajo forma de donación o viceversa y la venta a precio vil que encubre una donación".

(Causa Ac. 76.373, "Urbanas, Carlos Víctor contra Urbanas, José. Colación y simulación", 30 de agosto de 2000, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires-Republca Argentina).

*"La dirección con que se encauza el referido ataque recursivo deja sin réplica las sólidas argumentaciones y fundamentos del fallo del tribunal a qua en orden a la simulación fraudulenta consumada a través de los acuerdos celebrados, en los que se declaró extinguido el vínculo laboral por voluntad 'concurrente' de las partes pero cuyo auténtico origen estuvo dado por la decisión previa y unilateral de la empleadora, propuesta a la que el trabajador prestó su adhesión. En tal sentido, es doctrina de esta Corte que se configura simulación fraudulenta cuando concurre una maniobra por la cual, con el concurso de la voluntad del trabajador, se quiere transformar el despido (acto oculto) en una renuncia o mutuo disenso (acto ostensible), en cuyo caso, por aplicación de las reglas del fraude, este último cae para ser sustituido por el despido"*

*(Causa L. 69.199, "Silvero, Ramón de Jesús contra Telefónica de Argentina S.A. Cobro de pesos", 01 de noviembre de 2000, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires-República Argentina)*

*"Para que se configure la simulación relativa deben existir dos actos en los que intervenga la voluntad de las partes: el acto oculto, que es el que contiene la voluntad real y el acto aparente, que es el que en definitiva se celebra"*

*(Exp. N° 123D-96-Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 28/05/98, p. 1191)*

*"La simulación absoluta tiene como efecto que el acto sea inválido y se admite su convalidación o confirmación. La simulación relativa es un acto anulable que puede ser confirmado"*

*(Cas. N° 743-2000 Puna. Publicada el 02/01/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 31. Abril 2001. Pág. 280)*

*"Que el artículo 221 inciso tercero del Código Civil (...), se refiere al acto jurídico anulable por simulación relativa que, como establece su concordancia el artículo 191 del mismo Código, se da cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, que importa una acción distinta a la nulidad por simulación absoluta y en el que la probanza debe referirse al acto jurídico 'disimulado', como lo llama el doctor Juan Guillermo Lohmann (ver Negocio Jurídico, segunda edición, 1994, página 572), es decir el acto real que se oculta y que además perjudica a un tercero"*

*(Cas. N° 505-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 241)*

## **SIMULACIÓN PARCIAL**

*La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.*

CONCORDANCIA:

*C.C. arts. 191,221 inc. 3*

*Comentario*

*Rómulo Morales Hervías*

### **1. Simulación relativa mediante datos inexactos**

Esta modalidad se da en la incorporación de datos falsos en una declaración negocial. Por ejemplo, constituye un supuesto de simulación relativa cuando el contrato en el que figura el precio falso de diez ha de considerarse como contrato simulado, que disimula otro, aquel en el que se estableció el precio verdadero de mil (DE CASTRO Y BRAVO). Este supuesto tiene dos antecedentes en el Esbozo de Augusto Texeira de Freitas de 1858 [(artículo 521: habrá simulación en los actos jurídicos en general; 2) cuando contuvieren cualquiera declaración, confesión o condición o cláusula que no fuere verdadera; y artículo 522: 3) cuando la fecha de los instrumentos particulares no fuere verdadera], el Código Civil de Argentina de 1871 (artículo 955: la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten), y el Código Civil del Brasil de 1916 (artículo 102: habrá simulación en los actos jurídicos en general: cuando contuvieren cualquiera declaración, confesión o condición o cláusula que no fuere verdadera. Cuando la fecha de los instrumentos particulares no fuere verdadera).

### **2. Simulación relativa mediante interposición ficticia**

Este supuesto se da cuando en un negocio jurídico simulado aparece como parte un sujeto (interpuesto) que es una persona distinta de la verdadera parte (interponente). El interpuesto aparece como parte en el negocio pero no realiza ninguna actividad, no adquiere en la realidad ningún derecho, sirve solo de intermediaria-entre los interesados (interponente y contraparte). Para llegar a este negocio es necesario un concreto acuerdo de simulación (contradeclaración) entre las partes del negocio jurídico simulado y el tercero interponente. El negocio simulado es realizado por una persona (interpuesto) que interviene para ocultar quién hace una enajenación, o quién será el verdadero o definitivo titular de la situación jurídica subjetiva que se transmite.

Hay un acuerdo entre todos los partícipes del negocio disimulado (contradeclaración). El titular (interponente) de las situaciones jurídicas subjetivas, el intermediario (interpuesto) y la contraparte. Se disimulará que el negocio jurídico se celebra entre el intermediario y la contraparte, pero en realidad el negocio se efectuará entre el titular de las situaciones jurídicas subjetivas con el tercero. El intermediario finge intervenir como parte del negocio jurídico simulado.

El inciso primero del artículo 911 del Código Civil francés de 1804 es el antecedente de la simulación relativa por interposición ficticia. Esta norma se refiere a aquellas disposiciones hechas en provecho de algún incapaz, disimuladas bajo la forma de un contrato oneroso o hechas bajo el nombre de personas interpuestas, las cuales son consideradas nulas. Otro antecedente es el Esbozo de Augusto Texeira de Freitas de 1858 [artículo 521: habrá simulación en los actos jurídicos en general: 1) cuando se constituyeran o transmitieran derechos a personas interpuestas que no fueran aquellas para las que realmente se constituyen o transmiten]. Siguen estos antecedentes los códigos civiles de Argentina de 1871 (artículo 955: la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten); España de 1889 (artículo 628: las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato por persona interpuesta, y artículo 755: será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfraze bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta) y Brasil de 1916 (artículo 102: habrá simulación en los actos jurídicos en general: cuando aparentan conferir o transmitir derechos a personas interpuestas que no fueran aquellas para las que realmente se constituyen o transmiten).

## DOCTRINA

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, 11 contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento. Volume 111. Dott. A. Giuffre Editore, S.pA Milano, 1998; CARESSI, Franco. *11 contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Diretto da Cicu e Messineo. Continuato da Mengoni. Volume XXI. Tomo 1. Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., Milano, 1987; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reedición de la segunda reimpresión de la edición original de 1971. Editorial Civitas. S.A. Madrid, 1985; GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la primera edición italiana. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992; MIRABELLI, Giuseppe. *Delle Obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), en *Commentario del Codice Civile*. Libro IV. tomo secondo (titolo 11), terza edizione interamente riveduta e aggiornata. UTET, 1980; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrine generali del Diritto civile*, Ristampa della nona edizione, Casa Editoriale Dott. Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1997. SEGRE, *In materia di simulazione nei negozi giuridici*, en *Scritti giuridici*, 1, Cortona, 1930.

## .. JURISPRUDENCIA

"rOdo ello los lleva a presumir que la concubina de Radeljak estal:!a 'prestando' su nombre para aparentar, en momento oportuno, que transfería el valor de los certificados a un tercero mediante un acto escriturario carente de veracidad en su contenido intrínseco. Abona lo concluido la declaración como testigo dfJ la señorita Pilonzzi, al admitir que los fondos aplicados, a la constitución de las mentados certificados, no le pertenecen, pues eran del señor Radeljak y de la señora Aquino. Asimismo, aunque con menor incidencia: a) ninguno de los demandados acreditó el carácter de comerciante inscripto que invocara; b) la relación concubinaria entre el señor Radeljak y la señora Aquino y la dependencia de la señorita Pilonzzi con aquél; c) la contemporaneidad entre la celebración de la cesión de derechos, los depósitos a plazo fijo y el frustrado embargo que intentara el actor; d) la discordancia entre la respuesta de la adquirente del campo señora Aquino y lo manifestado por el escribano de la operación; e) que las imposiciones estaban próximas a vencer. Si los emplazados realmente son comerciantes -añade la sentencia- nada les impedía acreditar la legitimidad de las operaciones o el origen del dinero inherente a la cesión mediante la exhibición de sus libros o la producción de pericia

comentario

(Causa Ac. 57.462, "Ceballos, Zenón A.J. contra Radeljak, Juan Carlos y otros. Simulación"~ 20 de noviembre de 1996, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires - República Argentina).

"Que si bien algún sector de la doctrina diferencia entre las modalidades de interposición real e interposición ficticia esta última supone la intervención en el acto simulado del interponente y el tercero, limitándose la intervención del intermediario a prestar una cooperación puramente material"

(Cas. N° 1178-96. Diálogo con la Jurisprudencia NIJ 38. Enero 2001. Pág. 241)

rán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero), argentino de 1871 (artículo 960: si hubiere sobre la simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere ilícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, 9'contra los derechos de un tercero. Solo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación), colombiano de 1883 (artículo 1766: las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero), uruguayo de 1868 (artículo 1580: los contradocumentos surten efecto entre los contrayentes y sus herederos; pero no pueden perjudicar a sus sucesores por título singular, los cuales se consideran como terceros) y boliviano de 1976 (artículo 545: la prueba de la simulación demandada por terceros puede hacerse por todos los medios, incluyendo el de testigos. Entre las partes solo puede hacerse mediante contradocumento u otra prueba escrita que no atente contra la ley o el derecho de terceros).

Por tanto, los "terceros perjudicados" pueden ejercer su pretensión procesal para anular un negocio simulado. Esta legitimidad está regulada en el Código Civil del Brasil de 1916 (artículo 105: pueden demandar la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o los representantes del poder público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda), Código

Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en

)

materia federal de 1928 (artículo 2183: pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley en perjuicio de la Hacienda Pública), Código Civil de Bolivia de 1976 (artículo 544: los terceros perjudicados con la simulación pueden demandar la nulidad) y el Proyecto argentino de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 (artículo 329: la simulación ilícita o que perjudica a un tercero, provoca la invalidez del acto jurídico ostensible y artículo 331: los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado, pueden demandar su invalidez. Pueden acreditar la simulación por cualquier medio de prueba).

## ~ DOCTRINA

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, 11 contratto*. Nuova ristampa con aggiornamento. Volume 111. Dott. A. Giuffre Editore, S.pA Milano, 1998; CARESSI, Franco. *1/ contratto*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Diretto da Cicu e Messineo. CO(Itinuato da Mengoni. Volume XXI. Tomo 1. Dott. A. Giuffre Editore, S.pA Milano, 1987; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reedición de la segundma reimpresión de la edición original de 1971,

Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1985; GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa de la primera edición italiana. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992; MIRABELLI, Giuseppe~*Delle Obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469). en *Commentario del Codice Civile*. Libro IV. tomo secondo (titolo 11). terza edizione interamente riveduta e aggiornata. UTET. 1980; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrine generali del Diritto civile*. Ristampa della nona edizione. Casa Editoriale Dott, Eugenio Jovene S.N.C. Napoli, 1997; VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Editorial Themis S.A. Bogotá, 1984.

## JURISPRUDENCIA

*"La Cámara concluyó que el acuerdo simulatorio respondió a una finalidad ilícita, cual fue la frustración de los derechos de los acreedores. Expresó que la condición de los actores de acreedores y terceros perjudicados del acto simulado surge de las dos sentencias firmes, no correspondiendo asignarle ninguna eficacia jurídica al acuerdo anterior al dictado de las mismas, que no se hizo valer oportuna e idóneamente en los juicios en la forma que dispone el artículo 838 del Código Civil, a efectos de que se obtuviera su homologación. Asimismo señaló que los demandados no demostraron cuál fue la causa lícita verdadera que permaneció oculta"*

*(Causa Ac. 53.409, "Peters, Alberto Héctor contra Peters, Héctor Delfor y otro. Nulidad por simulación" 30 de noviembre de 1993, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires-República Argentina)*

*"a) En el caso, mediante la donación del inmueble que efectuara el codemandado Fabián Santomil a su hermano Roberto, se ha configurado una simulación absoluta con objeto fraudulento y mediato de lesionar terceros disminuyendo el patrimonio, prenda común de los acreedores, simulación ilícita que repreba la ley. b) Ha quedado plenamente demostrada la causa simulandi del acto jurídico (donación) realizado por los hermanos Santomil, mediante la escritura obrante"*

*(Causa Ac. 56.965, "Maita, Irma Cristina contra Santomil, Fabián Alejandro y otro. Simulación", 2 de setiembre de 1997, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires - República Argentina)*

*"El actor sostiene que en la compra del inmueble materia de la acción ha existido simulación y demanda rescisión de contrato por dicha causal; que la ley no concede esa acción en función de la situación jurídica descrita, por lo que ella resulta improcedente"*

*(Exp. Nº 592-89-Loreto, SPIJ)*

*"El artículo 193 del Código Civil establece que la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado"*

*(Exp. Nº 735-96-Ayacucho, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 2/05/98, p. 852)*

*"La acción de nulidad por simulación no puede ser alegada si no por aquellos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley, de lo cual se infiere que solo puede pedirla quien ha sido parte en el contrato impugnado y no un extraño a la vinculación contractual. El fundamento de este derecho que la ley civil concede, radica en la necesidad de protegerlos de los riesgos derivados de la inexperiencia de los manejos dolosos desplegados para inclinar su voluntad en determinado sentido".*

*(Exp. N° 06-86-Cusco, Normas Legales N° 171, p. 239)*

*"Tercero perjudicado es aquella persona que sin haber intervenido en la celebración del negocio como parte de él, se ve perjudicado por sus efectos. El perjuicio causado al tercero, no se presume sino que debe ser probado judicialmente por quien reclama la nulidad".*

*(Caso N° 735-96-Ayacucho, Normas Legales N° 270, p. A-8)*

*"El hecho de la sucesión, con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuanto por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque, en este caso, los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal".*

*(Díez-Picazo, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Volumen 1, p. 170)*

*"Que el artículo 193 del Código Civil establece que la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado. Que el recurrente ha precisado en su escrito de demanda que no ha sido parte de los contratos cuya nulidad solicita, sino los demandados, en consecuencia que el interés que alega es el de tercero perjudicado. Que debe entenderse como tercero perjudicado a aquella persona que sin haber intervenido en la celebración del negocio como parte de él, sin embargo se ve perjudicado por sus efectos. Que el perjuicio causado no se presume, sino que debe ser probado judicialmente por quien reclama la nulidad".*

*(Caso N° 735-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 241)*

## INOPONIBILIDAD DE LA SIMULACIÓN

*La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe ya título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.*

### CONCORDANCIA:

*C.C. arts. 2014;  
662 inc. 2*

*Comentario*

*Rómulo Morales Hervías*

#### 1. Efectos del negocio jurídico simulado entre las partes

Si una de las partes formula pretensiones sobre la base del negocio jurídico simulado, la otra parte puede pedir jurisdiccionalmente la ineffectuación de dicho negocio. Por eso, se dice que el negocio jurídico simulado es totalmente ineffectuado entre las partes. De allí que se exprese que la simulación constituye un supuesto de nulidad. Así, el código civil lo regula como un supuesto de ineffectuación estructural (inciso 5 del artículo 219). Doctrinariamente se indica que es más apropiado hablar de ineffectuación porque la falta de efectuación depende sobre todo de la voluntad de las partes: son las partes en efecto quienes establecen que el contrato no debe tener efectos o debe tener efectos diversos de aquellos aparentes. Se explica por tanto cómo el contrato simulado puede eventualmente adquirir efectuación mediante la revocación del acuerdo simulatorio (BIANCA). En efecto, el negocio simulado no está viciado de nulidad por cuanto en la realidad no se está en presencia de un vicio en uno de sus elementos y además porque no es posible que un acuerdo sea nulo entre quienes lo celebraron y produzca al mismo tiempo efectos respecto de los terceros de buena fe que no se vieron perjudicados por la simulación (GAZZONI).

Los antecedentes de los efectos del negocio simulado entre las partes se encuentran en el Código Civil de Argentina de 1871 (artículo 959: los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación), Proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1927 (segundo párrafo del artículo 50: las contradeclaraciones que no sean declaradas nulas por la ley, tienen efecto entre los contratantes y sus sucesores a título universal. Ellas no pueden ser opuestas a quienes son extraños, pero ellos pueden invocarlas a su favor) y Proyecto de reforma del Código Civil argentino de 1998 (artículo 330: los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros, no

pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la simulación. La simulación alegada por las partes debe probarse mediante el respectivo contradocumento. Puede prescindirse de él, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado, y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación).

## 2. Tutela de los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso

El artículo bajo comentario consagra la tutela de la confianza de los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso. Los "terceros de buena fe" son tutelados mediante la inoponibilidad de las pretensiones procesales formuladas por las partes o por los "terceros perjudicados". Se tutela el interés de los "terceros de buena fe" haciendo prevalecer la apariencia (negocio jurídico simulado) sobre la realidad cuando hayan adquirido situaciones jurídicas subjetivas del titular apparente (tercer párrafo del artículo 49 del Proyecto franco-italiano del código de las obligaciones y de los contratos de 1927: los acreedores de los contratantes y los terceros de buena fe pueden invocar a su favor el contrato apparente). El negocio simulado es eficaz respecto de los "terceros de buena fe". Aquí se tutela la confianza basada en la apariencia y el titular apparente es considerado titular efectivo. La *ratio iuris*, común a toda especie de simulación, que justifica la tutela de estos terceros, reside en la apariencia del derecho y en la correlativa buena fe y consiguiente expectativa, puesta en relación con la exigencia de garantizar la seguridad de las contrataciones y traspasos patrimoniales (BETTI). Detrás de la tutela de la confianza está el principio de la apariencia en el sentido de que quien crea una situación negocial apparente no puede hacer valer la situación real para dañar a los terceros de buena fe (BIANCA).

La buena fe del tercero es objetiva. La existencia de la buena fe subjetiva es discutible actualmente en doctrina y jurisprudencia europeas. Buena fe subjetiva (buena fe creencia) es definida como la ignorancia de lesionar el derecho ajeno, o la convicción positiva de estarse comportando *jure*, provocada por un error. Esta definición es inaplicable en sistemas jurídicos que consagran los principios de la confianza y de la apariencia. Un ejemplo claro es el artículo 2014 del Código Civil que consagra el principio de la fe pública registrable. Más aún, ahora se dice que la buena fe en realidad constituye un juicio de censura de una cierta conducta cuando configure abuso del derecho. Un caso jurisprudencial italiano es paradigmático al respecto: "el voto debe ser ejercitado según la buena fe; el voto expreso para realizar un interés extrasocial, con daño a la minoría, integra los extremos del abuso del derecho" (Sentencia de Casación de 26 de octubre de 1995, NQ 11151). Entonces, la buena fe del tercero deberá entenderse como la lealtad del comportamiento (ejercicio regular de comportamiento) en las etapas de las tratativas, de la celebración y de la ejecución del negocio.

Los antecedentes del artículo bajo comentario se ubican en los códigos civiles para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal de 1928 (artículo 2184: luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los

hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe), italiano de 1942 (artículo 1415: la simulación no puede ser opuesta contra terceros por los contratantes, ni por los que tienen proceso o por los acreedores del simulado enajenante, a los terceros que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente, salvo los efectos de la inscripción de la demanda de simulación. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes cuando ella perjudica sus derechos) y boliviano de 1976 (artículo 544: la simulación no puede ser opuesta contra terceros por los contratantes. Los terceros perjudicados con la simulación pueden demandar la nulidad o hacerla valer frente a las partes; pero ello no afecta a los contratos a título oneroso concluidos con personas de buena fe por el favorecido con la simulación). La excepción a la tutela del "tercero de buena fe" se concreta en la inscripción de la demanda de simulación según el Código Civil italiano. De igual manera el Código Civil de Venezuela de 1982 no tutela al "tercero de buena fe" si la adquisición se produjo con posterioridad a la inscripción de la demanda de simulación (artículo 1281: los acreedores pueden también pedir la declaratoria de simulación de los actos ejecutados por el deudor. Esta acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto simulado. La simulación, una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación. Si los terceros han procedido de mala fe quedan no solo sujetos a la acción de simulación sino también a la de daños y perjuicios).

Adicionalmente, existen otros supuestos de hecho distintos a la tutela de los "terceros de buena fe" que nuestro artículo bajo comentario no regula. Tenemos así al código civil italiano de 1942 (artículo 1416: la simulación no puede ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular aparente que de buena fe han realizado actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado. Los acreedores del simulado aparente pueden hacer valer la simulación que perjudica sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del simulado adquirente, son preferidos a éstos, si el crédito es anterior al acto simulado) y al Proyecto argentino de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 (artículo 332: la simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hubiesen ejecutado los bienes comprendidos en el acto. Los acreedores del enajenante simulado prevalecen sobre los acreedores quirografarios del adquirente, si sus créditos son de causa anterior al acto).

## DOCTRINA

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancias con el Derecho Español por A. Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.l. BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile, 11 contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento, Volume 111. Dott. A. Giuffre Editore, S.pA, Milano, 1998, BIGLIAZZI GERI, Una; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil, Hechos y actos jurídicos*. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto*

*Civile*, editada por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Tomo 1, Volumen 2. Bogotá, 1995; CARESSI, Franco, *11 contratto*, en *Trattato di Oiritto Civile e Commerciale*, Diretto da Cicu e Messineo, Continuato da Mengoni. Volume XXI, Tomo 1. Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., Milano, 1987; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, reedición de la segunda reimpresión de la edición original de 1971, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1985. DISTASO, Nicola, *Simulazione dei negozi giuridici*, en Novissimo Digesto Italiano, Vol. XVII, UTET, Torino, 1957. FRANZONI, Massimo, *Buona fede ed equita tra le fonti di integrazione del contratto* en *Contratto e impresa*, Dialoghi con la giurisprudenza civile e cofl'1merciale diretti da Francesco Galgano, quindicesimo anno, volume 1, CEDAM, Padova, /1999, pp. 83-97). GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la primera edición italiana, Tirant lo Blanch. Valencia, 1992. GAZZONI, Francesco, *Manuale di Oiritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Milano, 1998. MIRABELLI, Giuseppe, *Oelle Obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 13211469), en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, tomo secondo (titolo 11), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, UTET, 1980. PASSARELLI, Francesco, *Octrine generali del Oiritto civile*, Ristampa della nona edizione, Casa Editoriale Dott, Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1997. RICCIO, Angelo, *La clausola generale di buona fede €J, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, en *Contratto e impresa*, Dialoghi con la giurisprudenza civilee commerciale diretti da Francesco Galgano, quindicesimo anno, volume 1, CEDAM, Padova, 1999, p.p. 21-29. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico: Propuestas de enmienda*, en *Los diez años del Código Civil peruano, Balance y perspectivas*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al16 de setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, primera edición, W.G. Editor El.R.L., Miraflores, 1995, Tomo 1, pp. 279-300. "

## JURISPRUDENCIA

"*Los contra documentos privados no pueden tampoco producir efectos contra los acreedores de la} partes otorgantes, lo cual se explica y justifica plenamente; los acreedores, en efecto, han contratado con ellas teniendo en cuenta la situación aparente, la situación creada por el acto ostensible, la responsabilidad pecuniaria que de él surgía, y, por consiguiente no sería justo hacer prevalecer a su respecto la situación real u oculta (Salvat, Raymundo M., 'Tratado de Derecho Civil Argentino', parte general 11, p. 707/708, Ed. Tea, 1964). También Llambías en su obra 'Tratado de Derecho Civil', parte general, tomo 11, Ed. Perrot, 1978, adopta esta posición, agregando dos condiciones más: que el tercero sea de buena fe y que su crédito sea de fecha posterior a la aparente adquisición por parte de su deudor"*

(Causa Ac. 46.119, "Lelli, Humberto contra Pazos, Roberto Martín y otro. Tercería de dominio en autos caratulados: Pazos R. M. contra Del Valle C. y otro. Cobro ejecutivo de alquileres", 25 de agosto de 1992, Poder Judicial de la Provincia de Sueños Aires-Re-pública Argentina)

## **REQUISITOS DE LA ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA**

*El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.*

*Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:*

**1.- Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que**

*el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.*

**2.- Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.**

*Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al terce*

*ro la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito, (\*)*

CONCORDANCIAS:

c.c. arts. 676, 2001 inc. 4)  
C.P.C. artº 196

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

### 1. Nociones generales

La versión actual del artículo no es la original sino la modificada por el Decreto Legislativo N° 768. La norma disciplina la impugnación tradicionalmente conocida como acción pauliana, que tiene por objeto una especial declaración de ineficacia (que equivale a inoponibilidad para un singular acreedor) de ciertos actos dispositivos del deudor que perjudican el acreedor.

La tutela de derechos de los acreedores puede ejercerse ~ diversas maneras, que varían en función de las situaciones, de los derechos a~ados y de la naturaleza de la prestación. En el derecho de crédito, sin embargo, son dos las medidas fundamentales que asisten al acreedor: a) la acción pauliana, que pretende la impugnación de ciertos actos del deudor; y, b) la acción oblicua o subrogatoria, por la cual el acreedor ejerce los derechos correspondientes al deudor y en su nombre. La primera de estas medidas intenta evitar la insolvencia o la reducción de la solvencia conocida del deudor, impidiendo que se desprenda en favor de otros del patrimonio que de / modo global garantiza el crédito; la segunda medida va dirigida no a mantener la solvencia, sino a crearla o incrementarla.

En propiedad, no hay fraude *de* los actos jurídicos, como es denominado el Título del Código al pertenece el artículo comentado, sino más bien fraude a los acreedores por medio de actos jurídicos. De todos modos, este Título regula también otros casos que no son fraudulentos *sensu stricto*, o sea, derivados de conducta dolosa.

El negocio en fraude de acreedores se distingue de los negocios en fraude a ley porque éstos son celebrados con la intención de que por medio de sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se logre u obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocio~. Es decir,

(\*) Texto del artículo según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 010-93-JUS de 23-04-93.

revistiendo la intención práctica de una especie negocial permitida, o no prohibida por la legislación, se logra clandestinamente un resultado censurado, burlando así la ley originaria.

En *sentido estricto* el fraude de acreedores es un comportamiento impropio o imperfecto del deudor. Comportamiento traducido en un acto jurídico estructural y formalmente perfecto, de contenido patrimonial, mediante el cual el deudor, a sabiendas o no midiendo las posibles consecuencias de su conducta, crea las condiciones para frustrar la posibilidad de que su acreedor pueda satisfacer su crédito mediante la ejecución de sus bienes conocidos, que quedarían total o parcialmente fuera del alcance del acreedor.

En resumen, este artículo regula la facultad que la ley otorga al acreedor para pedir la declaración de inoponibilidad o ineficacia respecto de él, de ciertos actos dolosos o negligentes mediante los cuales el deudor dispone de su patrimonio o lo grava, y que causen perjuicio a sus derechos, hasta el límite de ellos.

El acto que se reputa fraudulento no nace inválido ni ineficaz: la ley dice que *puede* declararse ineficaz y es efecto de una pretensión judicial. La ineficacia sobreviene cuando se la declara y retroactivamente a la fecha del perjuicio, hasta la cuantía del mismo, no cuando se celebra el acto.

No basta, pues, que el acto del deudor ocasione un perjuicio, sino que además se requiere la subsistencia del mismo, de donde se infiere que la ineficacia no deriva del acto propiamente dicho, sino de un conjunto de circunstancias adicionales al mismo. La ineficacia no proviene del acto, sino de las consecuencias que ocasiona y sobre todo de una línea de conducta que se refleja hasta la fecha de la sentencia en **la ausencia de un patrimonio conocido**, y luego la falta de cobertura del perjuicio por el deudor, el adquirente o un tercero garante.

El acto perjudicial no se produce por sí solo, sino que responde a comportamientos. El deudor no solo debe cumplir sino comportarse con diligencia, lo que equivale a conservar los medios para afrontar la responsabilidad por el incumplimiento y daño (lo que obliga a los terceros a no impedir a sabiendas la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del deudor). De aquí que, en principio, la acción pauliana sea irrenunciable de antemano.

Característica de la acción pauliana es su función conservativa o cautelar, y no ejecutiva o de cobro. El éxito de la pretensión permite afectar bienes que respondan por el pago, pero no los expropia ni del deudor ni del adquirente, aunque otorga título paré! poder hacerlo. Por lo mismo, se trata de una acción personal que no persigue un bien sustrayéndolo de la posesión del primer o ulteriores adquirentes, sino que se pretende remediar las consecuencias objetivas de una conducta ilícita, acto personal del deudor y adquirentes que perjudica el derecho de crédito.

La sola disposición patrimonial del deudor no es título suficiente para instar la inoponibilidad invocando el fraude: la enajenación ha de ser cualitativa o cuantitativa suficiente para hacer temer un posible perjuicio.

Por lo mismo, no habrá interés para obrar si el deudor tiene patrimonio conocido

## ART. 195

con el cual el acreedor pueda cobrar sin necesidad de intentar la pauliana. El perjuicio se produce al disminuir (o, por cierto, desaparecer) el patrimonio conocido del deudor, invirtiendo la carga de la prueba, de modo que debe ser éste (el deudor) quien demuestre tener aún patrimonio suficiente para atender su obligación y por tanto impedir la ineffectuacía del negocio impugnado.

Siendo la pauliana un remedio para evitar el daño presente o potencial (por existencia de condición o de plazo), el remedio no puede ir más allá que reconstruir el

patrimonio original porque faltaría interés justo del acreedor. No puede el acreedor

pretender la ineffectuacía de actos dispositivos por cuantía que excede el crédito principal y accesorio y las costas del proceso. Este principio tiene una singular consecuencia: el adquirente de buena o de mala fe tiene derecho a reparar el daño o perjuicio alegado, lo que queda claro cuando el bien cuyo reintegro al patrimonio original se reclama tiene un valor que excede el crédito que respaldaba.

La acción pauliana procede igualmente contra los actos de disposición del alternativo o solidariamente obligado. Parece claro que ello comprende al fiador solidario, pero no se incluye al no solidario o que no hubiera renunciado a la excusión. Por otro lado, tampoco desaparece el *eventus damni* por el hecho de que la obligación sea solidaria, aunque los obligados solidarios posean plena solvencia, si el deudor pretende hacer desaparecer sus bienes.

La acción pauliana no produce ni pretende el deber de resarcir los daños causados al acreedor si, aunque demostrara el daño, los bienes no pudieran ser restituidos. Efecto de la ineffectuacía no es indemnizar un daño, sino obtener una declaración por la cual el acto atacado no debe surtir sus efectos prácticos y jurídicos normales y, de haberse ya producido, se consideran como si no hubieran tenido lugar para el acreedor demandante. En el caso de la pretensión pauliana, el acreedor reclama del juez una declaración de voluntad (sentencia) por cuyo imperio, y solo ante el acreedor y por la cuantía de sus créditos, se considera como si la enajenación del bien no hubiera tenido lugar.

/ La declaración judicial de ineffectuacía, por lo tanto, crea un derecho preferente para poner al alcance del acreedor los bienes transferidos. El ulterior embargo de los bienes y el cobro del crédito ya son asuntos independientes y en pretensión autónoma materia de otro proceso, porque los sujetos y los títulos son diferentes. La acción de cobro la tiene el acreedor contra el deudor: la pauliana, en cambio, la tiene el acreedor contra el deudor y contra el adquirente y subadquirente. La sentencia, por supuesto, favorece solo al acreedor demandante y no a otros acreedores; tampoco al deudor. Respecto de otros acreedores, el bien se reputa, para todos los efectos, legítimamente salido del patrimonio del deudor y entrado en el del tercer adquirente; por consiguiente queda sustraído a la acción ejecutiva de ellos el cobro y en ejecución de sentencia el embargo y remate de los bienes que están en poder del tercer adquirente.

Conforme al texto de la norma, la declaración de ineffectuacía pueden solicitarla todos los acreedores "aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo". El crédito no requiere ser líquido. La posición adoptada por este precepto guarda también una

estrecha coherencia con lo dispuesto en el artículo 173, es decir, actos conservatorios que en este caso, por el mérito de la pauliana, buscan conservar la garantía con la que el acreedor contaba.

Entre los acreedores a quienes la ley faculta solicitar la ineficacia no produce hacer distinción sobre si son quirografarios o privilegiados legalmente o por título real. La ley no apunta distinción alguna y, además, es justo que los acreedores privilegiados puedan intentar la inoponibilidad si su privilegio no es suficiente.

Las partes del proceso impugnatorio son el acreedor o sus herederos o causahabientes, el deudor, el adquirente y eventualmente los posibles subadquirentes. Si la pretensión del acreedor es obtener que, ante él, se considere como si el bien enajenado todavía formara parte del patrimonio del deudor, ha de citar en la controversia a todos aquellos que han participado en las maniobras fraudulentas o simplemente negligentes. Quedan involucrados, en suma, todos aquellos que hayan procedido en connivencia contra el acreedor y de quien de ellos recibe título.

El artículo 195 alude a actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor cause perjuicios a los derechos del acreedor. Son, pues, actos de disposición todos aquellos por los cuales se declara la voluntad de no ejercer el dominio, total o parcial, sobre un bien que integra el patrimonio, produciéndose una salida del mismo o no ingreso. Lo cual equivale a decir que, sobre bienes libres, se ha ejercido un acto de derecho subjetivo, en principio válido, que modifica el derecho preexistente, transmitiéndolo, reduciéndolo o extinguiéndolo. No es imprescindible, en consecuencia, una salida física del bien del activo del deudor, sino reducción de la garantía patrimonial conocida que respaldaba la responsabilidad. Esta reducción opera de muy diversas maneras: venta en todas sus modalidades, permuta con precios irreales, donación, dación en pago, aportes, transacciones, pago de obligaciones naturales o no exigibles. Debe citarse también la constitución de garantías, pero eso lo veremos al comentar el artículo respectivo. Algunos autores señalan también que la concesión de derechos de goce sobre bienes justifica el ejercicio de la pauliana. Se cita el caso del usufructo y de los arrendamientos a precio vil, e inclusive a largo término, que dificultan la venta del bien para el pago de obligaciones del deudor.

En cualquier caso, el acto de disposición debe ser efectivo, aunque no necesariamente ejecutado, de contenido patrimonial, y no una mera expectativa. En la medida en que los contratos preparatorios establecen anteladamente una obligación para el deudor, cuyo cumplimiento puede reducir la posibilidad de cobro, debe ser viable la acción pauliana.

~uede igualmente actuarse fraudulentamente con actos de renuncia, sean a título oneroso o gratuito. El comportamiento activo que no conlleva empobrecimiento, sino renuncia al (derecho de) enriquecimiento puede impugnarse si no afecta derechos personalísimos y con ello se mantiene o incrementa al perjuicio y efectivamente se actúa la voluntad ejerciendo un derecho subjetivo sobre derechos adquiridos (véase artículo 676, sobre renuncia a la herencia).

El mero acto de disposición no es suficiente para invocar la pauliana, sino que debe originar perjuicio ya acaecido, o incluso futuro o potencial. Por ello se justifica

que la acción pueda ejercerse antes del incumplimiento y quede incluso al alcance de los acreedores a término o de aquellos bajo condición. El perjuicio, pues, consiste en poner en peligro la posibilidad de cumplimiento siempre que razonablemente permita prever que, por el empobrecimiento que se determinará en el patrimonio del deudor, aunque éste no llegue a ser insolvente, en el momento del vencimiento de la obligación el acreedor no encontrará en los restantes bienes conocidos materia suficiente para satisfacer íntegramente los propios derechos. El perjuicio, pues, no es sinónimo de daño actual en sentido de objetivo empobrecimiento del acreedor.

Tiene que haber relación de causalidad entre el acto dispositivo y el perjuicio existente al solicitar la ineficacia. Si para cuando se quiere demandar el deudor ya ha

reconstruido su patrimonio conocido a límites aceptables, que hacen suponer que el crédito queda respaldado, la pretensión de ineficacia debe ser desestimada.

## 2. Requisitos. Actos onerosos

a) Tratándose de acto de disposición *posterior* al crédito, el artículo 195 dispone en su parte final que corresponde al deudor la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio. No exige que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe (en suma, intención de dañar) mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor. No se requiere que el

acto se haga *ex profeso* para perjudicar. Inclusive, pudiendo haber procedido el deudor de buena fe, no obstante lo cual el acto es impugnable, si fuera gratuito, o de ser oneroso, si el adquirente actúa de mala fe (porque conociendo el perjuicio no lo ha impedido sino que ha colaborado con ello). Acaso no hay intención de dañar, pero el deudor debe saber que tal vez puede dañar.

A diferencia del deudor, a quien se impone un deber de conocimiento por su especial relación con el acreedor y porque tal deudor debe conocer mejor que nadie su propia situación económica, solo son impugnables los actos a título oneroso cuando el tercero tiene efectivamente conocimiento del perjuicio al derecho del acreedor o haya estado en razonable situación de conocer y no ignorarlo. Tampoco en este supuesto es necesario perjuicio causado es decir, ya producido.

b) Tratándose de acto de disposición *anterior* al nacimiento del crédito, sí se requiere que haya sido celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del futuro acreedor, presumiéndose la intencionalidad cuando el deudor ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Cuando se trate de otros bienes o no exista evidencia de información escrita, será preciso que el acreedor pruebe la intencionalidad.

En este supuesto no es suficiente el simple deber de conocimiento que el deudor ha omitido; es menester la consciente y premeditada reflexión. Pero la ley la presume cuando el deudor informó de sus bienes al acreedor, de tal manera que, en virtud de dicha información, obtuvo el crédito.

Asimismo, es menester que el tercero tenga que haber participado en la maquinación dolosa que se ha pergeñado en detrimento del futuro acreedor, pero el ordenamiento lo presume "cuando [el tercero] conocía o estaba en aptitud de conocer el

futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados". Es decir, en la presunción se reclama una conjunción de requisitos: conocibilidad y carencia de otros bienes registrados.

### 3. Actos gratuitos

La regla general respecto de los actos a título gratuito es que todos son ineficaces aunque no haya propósito doloso en el deudor y también prescindiendo de si el adquirente actúa de buena o mala fe. Basta, y tal debe ser la conclusión de la lectura del artículo, la disminución del patrimonio conocido y el perjuicio que causa la disposición gratuita.

Por argumento a *contrario* del artículo 196, se consideran gratuitas las garantías que se otorgan por deudas ajenas o propias cuando su constitución no sea simultánea al crédito que garantizan.

Sobre los donatarios que disponen del bien donado e imposibilitan el cobro del acreedor pesa una carga de indemnización que, sin embargo, tiene un fundamento autónomo del pauliano.

### 4. Prescripción

De conformidad con el inciso 4 del artículo 2001 del Código, la acción revocatoria (debió decir de ineficacia, por cuestión de coherencia) de un acto fraudulento prescribe a los dos años. Según el numeral 1993, el plazo prescriptorio empieza a contarse desde el día en que puede ejercerse la acción.

Con el sistema del Código de 1936 (artículo 1168), la situación era más clara y segura: los dos años se computaban desde la celebración del acto fraudulento, pese a que tal solución resultaba perjudicial si el acto se había mantenido oculto. Al disponer el nuevo ordenamiento que el plazo corre desde que puede ejercerse la acción, hemos de entender que es desde que el acreedor toma conocimiento de la disposición fraudulenta de bienes del deudor, quedando claro, por cierto, que se presume conocida si la transferencia ha sido objeto de inscripción registral!

#### .a. DOCTRINA

- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ,  
Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo.  
*El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960. LEAL DÁ VILA, Orlando. *Tres estudios sobre la simulación*. Temis, Bogotá 1993. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

"El artículo 195 del Código Civil establece cuáles son los requisitos para declarar la ineeficacia de los actos jurídicos gratuitos u onerosos que realice el deudor con el fin de que disminuya su patrimonio conocido y perjudique el cobro del crédito; que en el presente caso tratándose de un título oneroso debe tenerse presente si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocerlo de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos; y si el acto cuya ineeficacia se solicita fuere anterior al surgimiento del crédito que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor, que en cualquiera de los casos antes mencionados corresponde al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y la concurrencia de los requisitos antes citados"

(Exp. N° 623-95 La Libertad, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, "Jurisprudencia Civil", tomo 111, p. 15).

"El Código Civil de 1984 s~ aparta del criterio establecido por el de 1936, que consideró a la acción revocatoria como una acción de nulidad, dándole el carácter de una acción declarativa de ineeficacia, por lo que con la acción pauliana se persigue que se declare la ineeficacia del acto practicado por el deudor en la medida en que perjudique los derechos del acreedor, y que la revocación sea el único medio como éste puede hacer efectivo su derecho. Los requisitos de esta acción son: a) el eventus damni, es decir el perjuicio al acreedor; b) el consilium fraudis, que consiste en la intención del deudor de causar perjuicio a su acreedor; y, c) concius fraudes, es decir, el conocimiento que tiene el tercero que contrata con el fraudator del perjuicio que se irroga al acreedor de este último"

(Exp. N° 4030-97, Resolución del 24/04/98, Tercera Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima)

"Son condiciones para ejercitar la pretensión revocatoria (o pauliana): a) el perjuicio al acreedor; b) tener conciencia del perjuicio que cause; y c) que el tercero contratante tenga conocimiento del perjuicio que se irroga al acreedor"

(Cas. N° 2280-97-La Libertad. Normas Legales N° 270, p. A-S).

"La suscripción de las minutas de compraventa como abogado no demuestra que conocía del perjuicio que causaba, pues es lógico que en su condición de letrado e interesado, persiga que el negocio jurídico se celebre con las formalidades de

(...). Son requisitos para condicionar el ejercicio de la acción revocatoria: a) *el eventus damni* elemento objetivo que consiste en el perjuicio al acreedor; b) *el consilium fraudis* elemento subjetivo que consiste en la intención, por parte del deudor, de causar perjuicio a su acreedor, o al menos tener conciencia del perjuicio que le causa; y c) *conscius fraudis* es decir, el conocimiento que tiene el tercero que contrata con el/fraudator en cuanto al perjuicio que se irroga al acreedor de este último".

(Exp. N° 4030-97. Diálogo con la Jurisprudencia N°38. Enero 2001. Pág. 242)

"Que, estando a la redacción el artículo 195 del Código Civil, ya no es necesario que el acreedor pruebe el perjuicio (*eventus damni*), sino que éste se presume al disminuir el patrimonio conocido del deudor, de tal manera que se invierte la carga de la prueba y el acreedor no necesita probar la insolvencia del deudor, y como dice Lohmann, el empeoramiento se produce al haber quedado reducida la garantía patrimonial conocida que respaldaba la responsabilidad (El Negocio Jurídico, Grijley, segunda edición, mil novecientos noventa y cuatro, página cuatrocientos veintitrés y cuatrocien-

tos veinticinco). Que, el otro requisito (*consilium fraudis*) se cumple cuando el tercero ha tenido conocimiento del perjuicio al acreedor o que según las circunstancias haya estado en razonable situación de conocerlo o de no ignorarlo, deberes de conocimiento que señala Lohmann 'viene a explicarse como carga de previsión, y no se exige que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor; no se requiere que se haga ex profeso para perjudicar, inclusive puede haber procedido de buena fe, no obstante lo cual el acto es impugnable, si fuera gratuito, o de ser oneroso, si el adquiriente actúa de mala fe' (Obra citada, página cuatrocientos veintinueve)"

(Cas. N° 2150-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 242)

I "Que el demandante mediante la presente acción pauliana o revocatoria ha demostrado la preexistencia del crédito al acto de disposición patrimonial que le ha causado perjuicio. (...) Que, si bien es cierto que el inmueble transferido no era propiedad de la demandada al momento del otorgamiento del crédito no es menos cierto que el mismo pasó a su dominio en el año de 1.995 y por tanto a conformar su acervo patrimonial, por ende, conocido, por lo cual el acreedor tenía preferencia en el cobro de la deuda impaga y lo único que ha buscado la recurrente es agravar su insolvencia en perjuicio del reclamante de la obligación"

(Cas. N° 2250-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 243)

"Que, el artículo décimo de la Ley de Títulos Valores NQ 16587 establece que tratándose de letras de cambio, pagarés, vales a la orden y cheques, los que giren, acepten o avalen estos documentos quedan obligados solidariamente frente al tenedor y que éste puede accionar contra dichas personas individual o con

*juntamente, sin tener que observar el orden en que se hubieren obligado. (...). Que, por ello el artículo 195 del Código Civil, no solo está referido exclusivamente al deudor principal, sino también en este caso al avalista por ser responsable solidario"*

*(Cas. NS! 3290-98. Diálogo con la Jurisprudencia NS! 38. Enero 2001. Pág. 243)*

*"Que, la acción revocatoria o pauliana tiene por objeto proteger el crédito de un determinado acreedor declarando la ineeficacia del acto por el cual su deudor disponga de su patrimonio, de manera que lo disminuya, o no acepte que ingresen en él bienes o derechos que lo incrementen, buscando perjudicar el cobro eventual que con ellos se pudiera hacer aquél"*

*(Cas. NS! 156-99. Diálogo con la Jurisprudencia NS!38. Enero 2001. Pág. 243)*

## PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD DE LAS GARANTÍAS

*Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado.*

CONCORDANCIA:  
*C.C. art. 195*

Comentario

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Pese a que el artículo no distingue, la conclusión razonable es que se trata de garantías reales. Por tanto, quedan fuera del supuesto legal las garantías personales y así debe ser porque la ley no ha prohibido asumir nuevas deudas, menos aún las potenciales como son las que derivan del aval o de la fianza.

Lo de las garantías reales ya es obvio: constituyen actos de disposición, pues si los bienes garantizados son ejecutados por el otro acreedor en cuyo favor fueron garantizados, quedarán excluidos del patrimonio general del deudor o quedarán con un valor restringido. En todo caso, el deudor que garantiza debe pensar en su primer acreedor antes que en otras personas.

Las garantías son onerosas "si son anteriores o simultáneas al crédito garantizado". Se entiende, por cierto, que se refiere al momento de constitución u otorgamiento.

"La simultaneidad equivale a coincidencia temporal en el nacimiento del crédito y la garantía que lo respalda. No parece imprescindible que el otorgamiento de la garantía deba ser estar en el mismo documento en el que conste el crédito que garantice.

Si la garantía real se otorga después y para respaldar un crédito preexistente, se presume gratuita y por tanto siempre procede la ineficacia.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ,

Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960. LEAL DÁVILA, Orlando. *Tres estudios sobre la simulación*. Temis, Bogotá 1993. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*

*co.* Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## EFECTOS DE LA REVOCACIÓN FRENTE AL SUBADQUIRENTE

*La declaración de ineeficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de ~ na fe.*

CONCORDANCIA:  
*C.C. art.2014*

Comentario

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Aunque la primera transferencia fraudulenta pueda considerarse inoperante (como si sólo se hubiera producido) ante el acreedor accionante, el artículo 197 dispone que a la segunda onerosa y de buena fe no le alcanza la declaración de ineeficacia. Corolario de ello es que el bien en poder del subadquirente no se reputa reintegrado al patrimonio del deudor y el acreedor no podrá cobrarse con ese bien.

Lo de los derechos adquiridos significa que se requiere del tercero una titularidad firme, y no una expectativa de adquisición por sólida y documentada que fuera. La precisión del concepto de derecho adquirido en sede pauliana, ha de investigarse de modo derivado y una vez calificado si efectivamente ha habido o no un acto de disposición.

No son derechos adquiridos a estos fines aquellos que no otorgan titularidad directa sobre un bien. No es suficiente, en suma, haber adquirido un derecho a tener un derecho real. Por el contrario, se requiere un efectivo traslado patrimonial, esto es, que se haya consumado la adquisición del bien en la forma y con los requisitos que, dependiendo de la naturaleza de cada bien y especie negocial, resulten necesarios.

Es polémico si puede el acreedor instar una pretensión pauliana contra un subadquirente que hubiera procedido de mala fe y en complicidad con el deudor, aunque hubiera adquirido sus derechos de un primer adquirente de buena fe. En mi opinión, la buena fe del tercer adquirente y el carácter oneroso de su adquisición no benefician al subadquirente si hubiera tenido conocimiento del perjuicio al acreedor.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta\_Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *E/*

*negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960. LEAL DÁ VILA, Orlando. *Tres estudios sobre la simulación*. Temis, Bogotá 1993. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tlrant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

### ARTÍCULO 198

*No procede la declaración de ineeficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

La justificación de este artículo salta a la vista. La naturaleza de la acción pauliana no puede contener en sí misma el germen que permita negar a un acreedor la satisfacción de su crédito ya vencido, prefiriéndolo a otro vencido con posterioridad o, si venció antes, menos diligente en el cobro. Además, el acreedor condicional o cuyo crédito todavía no ha vencido puede tener todavía la esperanza de que el deudor reconstruya su patrimonio antes de que su crédito fuera exigible, y si el deudor deviniera antes insolvente, puede el acreedor ejecutarlo de inmediato al amparo del artículo 181, porque el deudor ha perdido el beneficio del plazo.

La acción pauliana no está hecha para impedir que el deudor cumpla sus obligaciones ya vencidas. Puede preferirse a un acreedor respecto de otro; el uno es beneficiado y el otro no, pero aunque a éste se le causa un perjuicio no es un perjuicio ilícito. Con el cumplimiento de estas deudas ya vencidas, el deudor no hace sino ejercer un deber y a la vez un derecho legítimo, que le faculta el pago, incluso por consignación, si el acreedor se negara al cobro.

La norma no cubre el caso de que el deudor pague por un tercero sin estar jurídicamente obligado a hacerlo, porque no es su deuda. Por lo tanto, cualquiera que sea la modalidad de pago, si consiste en un acto de disposición es impugnable.

El cumplimiento al que el artículo alude puede ser de variada especie. Es válida cualquier modalidad de pago legalmente prevista, siempre que su valor no exceda el monto del crédito ya vencido.

El artículo, con toda razón, puntualiza que la deuda vencida y pagada debe ser de fecha cierta. Esto es lógico, a fin de evitar que se simule una obligación anterior y se conceda preferencia a un falso acreedor ante un acreedor auténtico, pero cuyo crédito no era todavía exigible. El artículo 245 del Código Procesal Civil señala los casos en los que un documento es considerado con fecha cierta.

Las obligaciones naturales, también llamadas morales o imperfectas, no son exigibles jurídicamente. El pago o cumplimiento de este tipo de obligaciones es impugnable y se admite el uso de la acción pauliana. No están protegidas por el artículo 198.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ,

Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960. LEAL DÁ VILA, Orlando. *Tres estudios sobre la simulación*. Temis, Bogotá 1993. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. i:>ORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## **ACCIONES DEL ACREDITADO FRENTE A TERCEROS ADQUIENTES**

*El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto de la ineficacia.*

*El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho.*

CONCORDANCIA:

C.C. artº 2001 inc. 4)

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

Tal como he señalado, no es efecto de la declaración de ineficacia hacer retornar los bienes enajenados al patrimonio del deudor, sino declarar como si todavía pertenecieran a éste únicamente a los efectos de que no se deteriore la responsabilidad patrimonial que constituye la garantía que respalda el crédito del accionante. En este orden de ideas, la declaración de ineficacia otorga al acreedor un título de cobro sobre el bien enajenado aunque no específicamente por el bien en sí, sino en cuanto que idealmente todavía integra, por efecto de la declaración judicial de ineficacia y solamente ante el acreedor preocupado, el patrimonio de su deudor.

La sentencia, desde luego, no tiene efectos reales retrotranslativos del bien desde el patrimonio del tercer adquirente al del deudor enajenante. Pueden quedar de hecho y de derecho en poder del primero, pero a efectos de su relación con el acreedor se entiende que continúan en poder del deudor. No existe, pues, ningún efecto devolutivo del bien; por el contrario, llegado el momento puede ejecutarse el crédito con el bien ya de propiedad del adquirente, sus frutos, mejoras y accesorios como si todavía fueran del deudor. Aún más, la acción pauliana no tiene efectos rescisорios devolutivos cuando el adquirente cubre el perjuicio causado o garantiza el crédito con bienes diferentes de los gratuita o fraudulentamente incorporados a su acervo patrimonial. Lo cual equivale a decir que la ineficacia de que se ha hablado, en sede de actos fraudulentos no es verdaderamente tal en el sentido que comúnmente se le atribuye. Es decir, supuesta en sede pauliana la ineficacia traslativa de un bien mueble, no sería necesario que éste, físicamente, volviera por tradición a poder del deudor que la enajenó. Simplemente, como consecuencia de la declaración de ineficacia.

cia, el acreedor puede ejecutarlo en manos del adquirente, porque a efectos de la satisfacción del crédito (ejecución o conservación de la garantía) se reputa que respecto del acreedor accionante no ha habido enajenación.

Al hilo del principio, el primer párrafo del artículo 199 autoriza al acreedor para hacerse cobro de su crédito con el bien que fue materia del acto declarado ineficaz. Esta ejecución procede en acción distinta de la pauliana, pero precisamente la pauliana es necesario antecedente, porque sin ella el acreedor no tendría derecho a ingresar en la esfera jurídica del tercero adquirente o subadquirente, porque está dicho que inicialmente el acreedor quirografario no tiene garantía real específica. La garantía del acreedor no es sobre bienes, sino a bienes. Esta garantía sobre un bien determinado se la otorga la declaración de ineficacia. De esta manera, y por imperio de este artículo 199, los bienes no necesariamente deben regresar a nombre o a la posesión del deudor. La acción de embargo y la ejecutiva pueden hacerse contra el actual titular del bien, porque salvo ante un determinado acreedor su adquisición es jurídicamente válida *erga omnes*.

Ante el acreedor, el tercero adquirente asume una especial posición jurídica en la que se ha visto envuelto por su conducta ilícita o por su buena fe al recibir el bien de modo gratuito, sin compensación. Por esta singular posición jurídica, y porque el acreedor no tiene derecho real sobre el bien, siempre puede el tercero hacer frente a las obligaciones del deudor, lo que asume importancia cuando el valor del bien es superior al crédito. Hay que considerarlo así, porque la ineficacia solo opera como reparadora de la garantía, que no tiene por qué ser menor que el crédito. Así, pues, reparado el acreedor con el pago del tercero, cesa la singular ineficacia del acto.

El segundo párrafo de este numeral 199 no requiere mayor explicación. El acreedor tiene preferencia sobre el adquirente que a su vez tenga un crédito contra el deudor. Esta solución ha sido objeto de variada discusión en la doctrina antes de su reconocimiento en los ordenamientos positivos respecto del tercero cómplice. Se argumentaba que siendo este tercero conocedor del perjuicio que al acreedor se causa con el acto dispositivo, debe asumir las consecuencias perjudiciales que puede sufrir por su conducta ilícita, de su complicidad. Mas no debe ser éste el único punto de vista, aunque sea válido. Su fuerza dialéctica se desvanece cuando se piensa que de negársele al tercero adquirente el ejercicio de sus derechos frente al deudor, éste se vería beneficiado en detrimento del tercero, y se trataría por ende de un enriquecimiento injusto.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960. LEAL DÁ VI LA, Orlando. *Tres estudios sobre la simulación*. Temis, Bogotá 1993. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*

co. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## PROCEDIMIENTO PARA INEFICACIA DE ACTOS GRATUITOS Y ONEROSOS

*La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.*

*Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra. (\*)*

CONCORDANCIAS:  
c.p.c. arts. 475, 546, 608 artº 1 y ss.  
LEY 27809

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

La razón de las vías procedimentales salta a la vista. No todas las situaciones civiles son susceptibles de disciplinarse procesalmente en el *corpus* respectivo y por tanto el legislador creyó conveniente regular en este lugar la manera de tramitar los distintos casos de acciones paulianas.

Respecto de los actos gratuitos el proceso sumarísimo es suficiente para acreditar la naturaleza del acto, la falta de patrimonio conocido y la posibilidad del perjuicio, teniendo presente que, respecto de esto último, la carga de la prueba corresponde al deudor.

En lo que atañe a actos onerosos la situación puede ser más difícil. De aquí que el proceso de conocimiento se preste mejor para discutir la controversia.

Lo de las medidas cautelares es evidente y provechoso.

La razón del último párrafo del artículo es sencilla. La ineficacia como consecuencia de quiebra del deudor obedece a otras razones. En general no la insta en acreedor en su propio beneficio, sino que resulta en beneficio de todos los acreedores. Por otro lado, debe señalarse que en el derecho concursal existen otros principios que sin duda justifican un diverso tratamiento legislativo. Entre tales principios merecen citarse: a) la regla de universalidad patrimonial; b) la existencia de una colectividad de acreedores; c) el concepto de igualdad de derechos para todos ellos (con la salvedad de los privilegiados) que justifica la llamada *parconditio creditorum*; d) la posible actuación de oficio de órganos judiciales y administrativos; y, por cierto, e) la administración, gestión, liquidación por terceros, de los bienes del quebrado.

(\*) Texto del artículo según modificatoria introducida por el Código Procesal Civil (D.Leg. 768), cuyo Texto Único Ordenado fue autorizado por R.M. N° 010-93-JUS de 23-04-93.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960. LEAL DÁ VI LA, Qrlando. *Tres estudios sobre la simulación*. Temis, Bogotá 1993. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *Etnegocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## TÍTULO VIII

### VICIOS DE LA VOLUNTAD

#### REQUISITOS DEL ERROR

*El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 207, 218, 221 (inc. 2), 2001 (inc. 4)

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

El artículo se refiere al error vicio o en la formación de la voluntad, que es distinto del error obstativo, que ocurre en la declaración de voluntad.

El error vicio es, en definitiva, un problema psicológico de conocimiento defectuoso, por insuficiencia de información o porque el sujeto no razonó adecuadamente la información que contaba. A la postre, estamos ante situaciones de ignorancia o de equivocación.

Esta y las normas que siguen se ocupan de señalar cómo y cuándo el error tiene trascendencia para el Derecho, a la luz de su tratamiento legal. Trascendencia jurídica que viene dada porque al producirse el error la regulación jurídica o fáctica del negocio no permite lograr los fines, aspiraciones, necesidades o intereses para los que el declarante celebra el negocio.

El error, en realidad, solo interesa al ámbito del Derecho por sus efectos y consecuencias, pero el origen del problema es ajeno al Derecho, porque concierne al entendimiento, definiendo a éste como parte del proceso mental del razonamiento que concluye con una elección y decisión. En este orden de ideas, todavía fuera de la esfera jurídica, se conceptúa como error *todo juicio o valoración* que sea diferente del

criterio que se acepta como válido en el campo del conocimiento sobre el que se ha expresado la elección o decisión. Obsérvese que aludo a *criterio aceptado como válido*, lo que es distinto de criterio verdadero. Con esto quiero poner énfasis y recalcar que lo contrario del error no siempre es la verdad. En ocasiones puede llegar a tener la certeza de la existencia de un error en la esfera de la volición o de la expresión, pero sin llegar a saberse a ciencia cierta qué era, en definitiva, lo verdaderamente querido, o determinarse que lo realmente querido a su vez no es verdadero, pero sí "la verdad" para el sujeto errante.

A la postre, el error constituye un desencuentro entre lo que es el objeto materia de conocimiento y de juicio, y el conocimiento que se adquiere de él. Todo error constituye una negación de lo que es, o afirmación de lo que no es. Falta una adecuación perfecta y completa entre la inteligencia y el ser (o lo que se toma como tal). El error no solo proviene de un defecto o insuficiencia de conocimiento, sino de un razonamiento o juicio equivocado, que cree como cierto aquello que no es tal. Y esto puede deberse a cuatro posibles causas: falta de pruebas sobre el conocimiento; falta de habilidad para emplearlas; falta de voluntad para usarlas; o falsas medidas de posibilidad. Cualquiera de ellas conduce a un juicio erróneo, tomando una apariencia de correcto, lo que no coincide con lo válido (es decir, la verdad o la que se acepta como tal).

Esto nos conduce, en el campo jurídico, a concluir que la existencia del error tiene que ser determinada por el razonamiento o entendimiento de otra persona, que es el juez. Quiero decir, que el error, aunque tenga su origen en un individuo, solo puede ser determinado en su influencia jurídica, por otro sujeto que "mide" el razonamiento y entendimiento del errante. El enfoque del error cambia entonces de ángulo, trasladándose del sujeto afectado por error al del entendimiento de un tercero (el juez) que debe verificar la efectiva discordancia entre la verdad (o criterio de ella) y lo defectuosamente tomado como verdad, la naturaleza del error, la influencia del mismo en el entendimiento del sujeto errante y el contexto de la relación jurídica respectiva.

/ El error solo surge cuando hay confrontación entre él y la verdad; por lo tanto, solamente podemos hablar de error cuando la proposición niega lo descubierto como válido o verdadero.

Trasladando lo expuesto al ámbito jurídico resulta patente que el juez no puede determinar la existencia del error mientras no le sean aportados los criterios de lo que resulta correcto o verdadero, salvo que lo correcto y verdadero sean notorios y salte a la vista el error. Lo que hace el juez, entonces, no es determinar en primer término la existencia de un error, sino determinar lo que se le presenta como verdadero o correcto, para confrontarlo con lo que se alega errado. O sea, antes de determinar la existencia de un error cometido, el juez tiene que definir como premisa cuál es, según su entendimiento y comprensión de los medios de prueba aportados al proceso, lo que era verdadero, válido o correcto en la esfera de conocimiento sobre la que se aduce un vicio. Dicho de otra manera: en materia de prueba de error no se trata de convencer al juez de la existencia de un error, sino de demostrarle primero qué es lo verdadero, válido o correcto, y solo a continuación demostrar el error, esto es la falta de concordancia entre lo declarado y lo verdadero.

La ignorancia es distinta del error, pero jurídicamente se asimila a éste, porque en uno y otro caso el agente celebra un negocio que no concluirá como cierto, o que celebraría en condiciones distintas. La ignorancia o falta de información conduce a conocimiento defectuoso y por tanto a formarse un criterio de las cosas distinto del correcto. Conviene, pues, insistir en que no interesa tanto saber qué es el error, como entender cuándo estima la ley que hay error, coincide o no la solución legal con la vulgar opinión. Es imprescindible partir de esta premisa y adoptar esta postura para una fructífera explicación de las normas, porque es tal vez en este campo del error donde en sede del negocio jurídico más se advierte la intención del legislador de dar mayor o menor preponderancia a ciertas actitudes o comportamientos, desdeñando o relegando a segundo plano otros, que acaso tengan singular trascendencia en otros sistemas jurídicos.

El legislador le ha dado al error un cierto tinte de bilateralidad. Esto no significa que el error tenga que ser compartido; no, sino que siendo el error, por propia naturaleza, un estado que afecta a una de las partes, su virtualidad jurídica ha quedado anudada a una actitud de la otra parte (de los actos bilaterales), porque la declaración de voluntad está destinada a ser conocida y, por ello, en esta otra parte descansa la factibilidad de anulación del negocio. Así es, esta parte receptora de la declaración debe haber tenido la posibilidad de reconocer el error con arreglo a los criterios que impone el artículo 201 concordado con el 203.

Corolario del principio enunciado es que al hacer radicar la relevancia del error en su posibilidad de ser conocido por la otra parte, de modo que de alguna manera ya resulta ajeno al errante, el ordenamiento impone al declarante: (a) una carga de cuidado y seriedad tanto en su raciocinio como en la expresión, y (b) un beneficio, otorgado por la posibilidad de ver rectificado su error por su conocimiento por la otra parte. Se ha impuesto así un contrapeso a la teoría voluntarista, que afincaba solo en la voluntad, y no en la declaración, la posibilidad de anulación.

Nuestro Código no se afilia a la corriente de excusabilidad (disculpabilidad) del errante tomándolo a él mismo como medida, sino que apoya la relevancia del error en el otro polo de la relación jurídica, cuando el negocio es bilateral. Es decir, si el error es conocible o no es asunto a ser examinado con patrones de normal diligencia, y no simplemente falta de negligencia grave. Si el error es conocible por la otra parte es un error disculpable porque la parte receptora de la declaración incurre en falta al no revelarlo. Sobre todo en negocios bilaterales o unilaterales receptivos, el error se entronca con el equilibrio de intereses, de donde se colige que también hay que proteger a la otra u otras partes con el elemento de la confianza. Y precisamente por esto, aunque pudiera calificarse de indisculpable un determinado error juzgando el caso' desde una perspectiva unilateral de ausencia de culpa del errante, sí será disculpable y, por tanto, admisible, si la otra parte también pecó de negligente al no advertir el error.

El error vicio de que trata este artículo 201 opera en la determinación o formación de la voluntad. Actúa en el plano interno, en cuanto formación de un propósito. Consecuencia de ello es que puede haber pura y perfecta coincidencia entre lo querido y lo declarado, pero lo querido se ha querido por error. La voluntad se ha determinado

fundándose en un falso juicio sobre la concreta situación. La diferencia con el error obstativo es manifiesta. En éste se declara mallo bien querido; en el error vicio, en cambio, se declara bien lo mal querido.

Sobre los caracteres de esencialidad y conocibilidad que requiere este artículo 201, me remito a los comentarios de los numerales 202 y 203.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999.  
VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002.  
LOHMAN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994.  
LOHMAN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho NQs 7 y 8, Lima 1987.  
RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991.  
ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985.  
PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971.  
CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978.  
STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959.  
ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958.  
BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943.  
GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992.  
DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982.  
OSPINAS FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980.  
CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

"Que, hay error en el consentimiento cuando la voluntad de las partes no coincida con la causa final y, obviamente, ésta es causa de anulabilidad del acto jurídico por impulso exclusivamente de las partes contractuales, quienes son los únicos habilitados para discernir sobre la existencia de este vicio de la voluntad".

(Exp. N° 1 770-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 138. Enero 2001. Pág. 243)

## ERROR ESENCIAL

*El error es esencial:*

- 1.- *Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.*
- 2.- *Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.*
- 3.- *Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.*

CONCORDANCIA:

C.C. art. 277 inc. 5); 809; 810

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

El primer problema que se presenta consiste en saber si la enumeración es *numerus clausus*, es decir, taxativa, o simplemente enunciativa, admitiendo otras variedades de error.

'La redacción de las normas es severa y a simple vista parecería que la respuesta a la pregunta debe ser negativa; no deben admitirse otros errores.'

En opinión de Manuel DE LA PUENTE Y Susana ZUSMAN, la enumeración del artículo está cerrada y agregan que otros supuestos de error no deben considerarse relevantes para establecer el vicio de voluntad.

A mi entender, es preferible no ceñirse a la enumeración taxativa y permitir así que una jurisprudencia cauta y prudente analice si el error sometido a decisión judicial puede o no considerarse esencial en la medida de su relevancia. Tales serían los casos, en materia de objeto, del error sobre el valor del algo (distinto de error de cantidad), el que recae sobre la existencia del objeto o sobre la identidad del mismo, y el que recae sobre el nombre o denominación de algo (distintos, por cierto, del error en la declaración).

En lo que respecta al error que se vincula a la persona, se advierte la ausencia del error de juicio en el nombre de la misma (que es asunto distinto al de la identidad a que alude el artículo 208). Igualmente se echa de menos el error sobre-cualidades de una persona distinta a la persona de la otra parte y el error sobre la existencia de la persona (o su inexistencia), que es precisamente el supuesto contemplado en el

artículo 1634 del Código. Este supuesto de existencia (por ejemplo, de la persona que se creía muerta) es un caso típico de anulabilidad, pese a lo cual en la hipótesis del numeral 1634 la donación es considerada inválida (y por ende, nula) de pleno derecho.

Pero hay más. Según entiendo las cosas, también debe admitirse la anulabilidad del negocio por error cuando, a pesar de no ser esencial, ni conocible, ni versar sobre la cantidad o el motivo, la anulación no perjudica el interés de otra parte (la no errante). Voy a explicarme: la disciplina del error gira alrededor de la idea de permitir al errante apartarse del negocio cuando, debido precisamente a la existencia de un error, el negocio no satisface los intereses que se prometía obtener al celebrarlo. La anulabilidad reposa, por tanto, no solo en la existencia de un vicio, sino en el hecho de que el negocio no sirve para aquello que se esperaba. La pretensión judicial de anulación persigue, pues, la supresión de los efectos jurídicos y económicos del negocio cuando directamente las partes no han podido resolver el negocio; es decir, cuando la parte no errante no accede al pedido del errante y se niega a dejarlo sin efecto.

Ahora bien, esta negativa tiene que estar justificada y responder a una razón, que no debe ser otra que la del interés de la parte no errante en mantener el vínculo creado con el negocio, porque dicha parte confía obtener algo de tal negocio; o sea, le conviene o interesa que se cumpla. Siendo ésta la situación, conceptúo no respaldable en Derecho la negativa a la anulación si como consecuencia de dicha anulación la parte no errante no sufre perjuicio alguno. No importa en este caso la naturaleza del error, si es esencial o no, etc. Lo cierto es que el pedido y consiguiente declaración de anulación en nada perjudicaría a la parte no errante, porque el incumplimiento de la parte errante como consecuencia de la anulación no se traduce en daño para la no errante. Y si no hay perjuicio con la anulación, negarse injustificadamente a la misma importa una conducta no solo contraria a la buena fe y a la solidaridad, sino que evidencia un supuesto de abuso de derecho condenado por el artículo 11 del Título Preliminar del Código.

Antes de analizar los incisos del artículo, interesa profundizar en una cuestión que es denominador común a los tres incisos del artículo 202 y que por eso conviene tratar por separado no solo para evitar inútiles repeticiones, sino porque su importancia lo justifica sobradamente. Los dos primeros apartados del numeral precisan que el error es esencial cuando pueda considerarse que ciertos elementos, que estudiaremos al ocuparnos de cada inciso, hayan sido razón determinante de la voluntad; el último inciso alude a "razón única o determinante del acto".

Razón determinante debe entenderse de manera restrictiva y cuidadosa, no de manera ancha y laxa. Razón determinante es que haya existido un motivo conducente y definitivo, a falta del cual no se hubiera adoptado esta voluntad. Es decir, el error ha sido sobre algo -que la ley identifica (esencia o calidad del objeto, cualidades personales, etc.)- que ha influido decisivamente en la voluntad. Como el error actúa en el plano intelectual de formación de la voluntad, actúa como uno de los motivos de la voluntad.

La diferencia existente entre motivo y razón determinante, radica en que el prime

ro es enteramente subjetivo y solamente a veces justifica la anulación del negocio; la razón determinante, en cambio, equivale a presupuesto para la realización del negocio, a razón necesaria e imprescindible, y se juzga objetivamente (incluso objetivando circunstancias personales). Lo determinante es aquello sin lo cual no se hubiera celebrado el negocio; es la fuerza concluyente que mueve la voluntad. Esto no quiere decir que cualquier razón haya desempeñado un papel decisivo en la resolución, sino que es preciso, además, que esté incluida en el numeral 202 y recaiga sobre un objeto, una persona, o sobre el Derecho (no un derecho). Las que, por el contrario, puedan existir fuera, quedan reducidas a la categoría de simples motivos, que se nos presentan así como razones exclusivamente personales, no en el sentido de que sean las únicas que varían según las personas, pero sí en cuanto no penetraron en ningún momento en la atmósfera del contrato.

Al invocarse el error vicio como causal de anulación, habrá que demostrar que si no hubiera sido por ignorancia o por falsa representación de la realidad que han conducido a error, no se hubiera celebrado el negocio. Es decir, ha existido una razón determinante que indujo al sujeto a realizar tal negocio jurídico. Entonces, debemos preguntarnos: ¿cómo hay que valorar la influencia en el agente de esta razón determinante? Dicho de otro modo, ¿cuáles son los criterios o consideraciones que el juzgador deberá tener presente para apreciar si tal error, posible y tal vez demostrado, deriva o está vinculado a algo determinante en el objeto del acto, la persona de la otra parte, o en las normas jurídicas vinculadas al negocio (error de Derecho)?

Hay dos posibilidades. Por la primera, la eficacia determinante de un error en el caso concreto de un declarante en particular debe juzgarse sobre el propio individuo y, por ende, el examen debe dirigirse a la comprobación de un hecho, es decir, si existe un impulso psicológico determinante que el error haya producido en el sujeto y,

por tanto, debe tener en cuenta todas las circunstancias y cualidades subjetivas de quien ha incurrido en el error y que pretende la anulación del negocio.

Otra posibilidad es hacer una valoración objetiva de la razón determinante que se arguye, lo que significa precisar si tal error, según ciertas convicciones generales, fue en efecto necesario para llegar a ésa y no otra conclusión de voluntad.

A mi juicio, la razón determinante que el ordenamiento exige asume distintas valoraciones según sobre lo que recaiga el error.y la valoración de la razón determinante y su influencia es diversa en cada uno de los casos.

*Inciso 1.-* El error es esencial (...) cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.

Antes de saber en qué consiste la esencia o cualidad, parece razonable precisar esencia o cualidad de qué. Aquí el objeto se refiere a aquel punto de conocimiento sobre el que se afina una relación jurídica, pero que no se encuentra incluido en otro de los incisos del artículo. Por lo tanto, comprende el asunto, tema o materia a que el negocio se refiere, o la cosa que es materia de la prestación. En este sentido, a las cosas deben asimilarse los bienes materiales y los incorporales, incluyendo los inte

lectuales, artísticos y propiedad industrial. También pueden asimilarse a bienes los derechos sobre los mismos.

El gran logro de nuestro Código ha sido, desde luego, haber dejado de lado un término tan conflictivo y tan cargado de opiniones de todo signo, como es la palabra sustancia. Ha sido sustituida por "esencia o calidad", locuciones que, a su vez, poseen distinto significado. La *esencia* es lo necesario e indispensable de una cosa para poder conceptuarla como tal y que es inmanente, inseparable, ~manente e invariable en ella, diferenciándola de otra. La *cualidad* viene a ser circunstancial, aunque también distintiva. Las cualidades, normalmente, determinan objetiva o subjetivamente el destino, posibilidades, facultades, capacidades orgánicas o mensurables, o las funciones de la cosa. La esencia puede frecuentemente ser de utilidad para designar a la cosa como bien material. La calidad, en cambio, puede constituir mejor criterio que la esencia para diferenciar ciertas obras de arte o intelectuales, o de la propiedad industrial; fundamentalmente bienes inmateriales.

El inciso 1 del artículo 202, en consecuencia, recoge dos posibles atributos de los objetos del negocio. Por eso el precepto está formulado en sentido alternativo: el juicio errado puede versar sobre la esencia o sobre la calidad. La primera siempre será objetiva; la segunda admite múltiples matices de subjetividad, en el sentido de que ciertas características no importantes para un sujeto sí pueden haber sido determinantes para otro.

Concebidas la esencia y la calidad de esta manera, la norma no alude solamente al error sobre la composición material del objeto, sino también el error sobre las cualidades que hacen asignar, según el concepto corriente en la práctica, el objeto a una categoría más bien que a otra; se trata de los atributos físicos o económicos que hacen el objeto intrínsecamente idóneo para cualquier uso particular, o bien para un destino particular que el declarante, o el destinatario de la declaración, se promete darle.

El inciso persigue precisar cuándo el error sobre la esencia o una cierta calidad del objeto permite anular el negocio. Una detenida y suspicaz lectura del precepto obliga a presentar dos distintas maneras de entenderlo, que resultan de un análisis gramatical del inciso:

**Primera.-** Que el error sobre la esencia **siempre** (criterio de conocibilidad aparte) es causa de anulación. Y esto por tres consideraciones: (a) porque la esencia de una cosa es inmutable y hace que tal cosa (en cuanto materia de conocimiento) sea lo que es y no otra distinta. Sobre ello, en principio, basta una determinación judicial, eventualmente auxiliada de pericia. De modo que si hay un error sobre la esencia ese error siempre es causal de anulación, porque es un error grueso y se considera que la esencia de las cosas siempre es determinante de la decisión, con prescindencia de todo otro criterio; (b) Porque el inciso precisa la esencia calificándola *co[T]o propia*. Esto pudiera parecer ocioso, porque es obvio que no puede ser esencia *ajena* al objeto. Pero es que al decirse *propia* ha querido recalcarse, me parece, aquello indispensable que hace que la cosa sea tal y, por lo tanto, no susceptible de apreciación subjetiva; (c) porque al aludir a lo que es determinante de la voluntad, al final del

inciso la norma dice *debe*, y no dice *deben*. Se expresa, pues, en singular. Si lo hubiera hecho en plural comprendería la esencia y la cualidad. Pero estando en singular, lo razonable es que de las circunstancias o la apreciación general se refieran a que cierta y específica cualidad, como una de las propiedades o características del objeto, constituyó razón determinante de la voluntad.

Segunda.- Que la consideración -quiero decir, la ponderación intelectual o importancia- tanto de la esencia como de una cualidad singular haya sido razón determinante en la decisión del sujeto errante, según la apreciación general o las circunstancias del caso.

Según esta lectura, el singular *debe* se ha empleado para postularlo sobre la importancia que la esencia o la cualidad tuvieron en el caso sometido a análisis. Es decir, pudo efectivamente haber una falsa creencia o juicio sobre la esencia o sobre cualidad, pero lo que el precepto exige es que dicha esencia o cualidad hayan sido determinantes de la voluntad.

A mi entender, la primera interpretación es la correcta. Vale decir, el error sobre la esencia siempre es esencial, sin que interese lo que resulte de las circunstancias del caso o del pensar de las gentes (apreciación general). Y lo que ocurre con la cualidad es que en una determinada situación un sujeto determinado conceptúa que una de las calificaciones o características del objeto es de esencia del mismo, o la eleva a ese rango. La ley reputa, entonces, que solamente en algunos casos esa especial cualidad debe considerarse tan determinante que puede equiparse a la esencia, lo que equivale a sostener que dadas las circunstancias o la apreciación general aplicada al caso, para el declarante esa cualidad se convierte en esencial, aunque científica o intelectualmente solo sea una cualidad más entre otras, o aunque subjetivamente para el resto de los sujetos esa cualidad no necesariamente sea importante, pero puede serio en el caso concreto.

Por lo tanto, creo que el inciso debe leerse de la siguiente manera: "*Cuando recae sobre la esencia del objeto del acto, o cuando recae sobre una cualidad de tal objeto siempre que, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias, esa cualidad deba considerarse como determinante de la voluntad*". Dicho de otra manera, las circunstancias o la apreciación son elementos de análisis que exclusivamente son de aplicación cuando el error que se alega es sobre la cualidad. No sobre la esencia.

Definido lo anterior, o sea, que la apreciación general o las circunstancias solo pueden postularse sobre la influencia determinante de la cualidad en la decisión del errante, examinemos los dos criterios de análisis que el precepto señala: la apreciación general o las circunstancias concurrentes. A mi juicio, la ley ha incorporado un criterio mixto. Por apreciación general debe entender un dato objetivo. Esto es, lo que el uso, el entendimiento aceptado o personas normales y corrientes de las calidades del errante hubieran pensado como cualidad determinante. Las circunstancias, en cambio, son de orden particular y subjetivo; es decir, se juzga individualmente a la persona del errante y el conjunto de situaciones en que se encuentra, de suerte que ellas determinan su influencia sobre lo que él (el errante) podía ponderar.

como cualidad determinante en un caso particular. Estos dos criterios tienen una doble finalidad.

Efectivamente, doble finalidad porque llevado el texto legal al problema concreto sometido a decisión judicial, exige averiguar la alegada cualidad del objeto y su respectiva influencia en la voluntad. Por tanto, en un primer momento el correcto análisis del problema deberá obligar a poner de relieve cuál es la cualidad que supuestamente se esperaba del objeto del acto. Aquí cumplen los dos criterios la primera de sus funciones: ¿cuáles son, según general apreciación, las posibles cualidades de la cosa?; en el supuesto concreto, ¿hubo circunstancia que pusiera de relieve cualidades no accesibles para la común apreciación? Este primer análisis es decisivo, pues se trata de sacar a la luz todas las características del bien, intrínsecas o extrínsecas, objetivas o subjetivas, que pudieran influir en los agentes.

Concluida esta que llamaremos primera etapa, corresponde averiguar cuál de tales cualidades ha sido creída o falsamente representada o ignorada en el proceso intelectual formativo de la voluntad del errante y precisar, utilizando los criterios que la norma indica, si este error (es decir, la creencia, la falsa representación o la ignorancia) sobre la cualidad debe considerarse determinante de la voluntad; o sea, de la decisión. Con tal finalidad deberán investigarse los intereses en juego, para qué se quería el bien, de qué información disponía el errante, sus circunstancias personales, etc.

Dado que la norma emplea la expresión alternativa °, en principio pareciera que la parte interesada puede actuar el medio probatorio que más eficiente le resulte al punto en controversia: las circunstancias del caso o la apreciación general. Eso es lo que resulta de la regla legal, pero es errado. Lo razonable es que la apreciación general también tenga en cuenta las circunstancias específicas.

*Inciso 2.-* El error es esencial (000) cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

/ Hay dos advertencias fundamentales que hacer antes de entrar al estudio de este inciso. La primera de ellas es que no obstante que de su redacción puede entenderse que solamente alude a la otra parte de negocios bilaterales o plurilaterales, la regla también es aplicable a negocios unilaterales, receptivos o no. En los negocios unilaterales no hay otra parte en sentido lato, pero no cabe duda que el inciso los abarca. Si no fuera así, el error sobre las cualidades de quien no es la otra parte tendríamos que incluirlo como error en las cualidades del objeto. La segunda es que por cualidades personales no solo debemos entender las de personas naturales, sino también las de las personas jurídicas, cuya experiencia, antigüedad en el ramo, solvencia económica, especialidad, seriedad de los administradores, etc., pueden constituir impulsos determinantes de la decisión de la otra parte.

El inciso 2 mejora sensiblemente la regla contenida en el artículo 1081 del Código de 1936, que se refería no a las cualidades de la persona, sino a la consideración del errante hacia ella. Consideración es un término exclusivamente subjetivo, vago e

impreciso que cobija demasiado y en esta materia del error el legislador nacional ha querido ser restrictivo. De este modo, bien podrá anularse el negocio de donación si faltaran las virtudes que impulsaron a donar, sin desmedro de la consideración y aprecio que por otras razones merezca el beneficiario.

Tradicionalmente se ha explicado esta causa de error remitiéndola al socorrodo *intuito personae*. Esto es cierto, pero no es suficiente, porque tal concepto alude tanto a la persona en sí como a sus cualidades. En cambio el inciso que ahora analizamos se refiere solamente a las cualidades, ya que el error sobre la identidad está tratado en otra disposición.

El inciso no precisa cuáles cualidades personales. Por lo tanto, y no señalando que deban ser cualidades relevantes, es válido admitir que cualidades son sinónimo de modo de ser, de actuar o comportarse, el aspecto de la persona y sus atributos en general, sean físicos, intelectuales, morales y hasta jurídicos.

Así como creo firmemente que el inciso 1 de este artículo 202, al hablar de la esencia y cualidades del objeto se refiere a las existentes al momento de error, y no a futuras o posibles, es difícil pronunciarse de una manera definitiva respecto de las cualidades personales. El tema es especialmente relevante en todos aquellos negocios de ejecución diferida. Sin negamos a admitir la posibilidad de que se considere esencial un error sobre las cualidades futuras, me inclino por la negativa. Dicho de otro modo, que para el declarante la otra persona tiene algo que influye en su voluntad y que la ha llevado a error. Cualidades no existentes no pueden ser causa de un efecto, como sería una falsa representación o ignorancia de haber lo que no había. Cosa diferente es la expectativa o esperanza de ciertas cualidades futuras, que no se llegan a cristalizar, pero es más bien un error en la valoración de cualidades o aptitudes ya existentes. Es, por tanto, un error en el motivo, que es materia de disciplina en otro artículo. En resumen, salvo que las cualidades futuras sean motivo determinante declarado, la esperanza de que existan no justificaría la anulación por error.

En lugar de cualidades es preferible hablar de ciertas notas que distinguen a la persona, sea a juicio del declarante o del común de las gentes. Esto incluye no solamente las cualidades inherentes a la personalidad (o sea, al modo *sui generis* en que cada quien desarrolla sus potencias propias de ser persona), con todo lo que ello tiene de apreciación subjetiva; también debemos admitir como cualidad la especial circunstancia, aunque sea transitoria y eventual, en que se encuentra un sujeto determinado.

Conviene ahora precisar cuándo y cómo se estima que la cualidad ha sido determinante para el agente y que debido a un error sobre la misma puede considerarse esencial y, por tanto, anulable el negocio si el error es reconocible. Dos criterios se han barajado. Algunos sostienen que debe primar valoración subjetiva o la trascendencia que el agente haya dado a una especial cualidad o conjunto de cualidades... o ausencia de ellas. Al otro extremo se ubican quienes estiman que no ha de ser decisivo el parecer del errante, sino un elemento objetivo, o más bien objetiva, como es la apreciación general.

## ART.202

A mi juicio, el Código opta por una postura ecléctica. Así es, no deja de llamar la atención que mientras en el inciso 1 se señala que la cualidad debe considerarse determinante según "la apreciación general y en relación a las circunstancias", en este inciso 2 se dice que las cualidades de la persona "hayan sido determinantes". Lo lógico es pensar que ambos criterios han de tenerse en cuenta.

Con arreglo a lo dicho, no interesa tanto determinar si la cualidad es objetivamente relevante en la persona, ni si una persona normalmente diligente hubiera estimado esencial dicha cualidad, sino sobre todo comprobar si en tal caso concreto la misma ha sido condición *sine qua non* de la voluntad errada.

*Inciso 3.-* El error es esencial (no) cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

Se llama error de Derecho al consistente en el falso conocimiento o ignorancia de una norma jurídica de derecho positivo. Norma jurídica, a esos efectos, es aquella legislativa o derivada de la costumbre. En un sentido más amplio, el error de Derecho es la equivocada interpretación, ex1ensión o inexacta aplicación de la norma al caso concreto.

Hay que reparar, sin embargo, en la acertada puntualización de que el error de Derecho no puede alegarse para eludir el cumplimiento de la ley.

El error de Derecho puede reflejar las siguientes modalidades: a) error en la naturaleza jurídica del negocio realizado; b) error en los requisitos legales del negocio; c) error en la situación jurídica concreta; d) error en los efectos jurídicos del negocio; e) error en los motivos.

En cada una de estas hipótesis, dependiendo del caso concreto, habrá que examinar si el error es o no esencial.

Sobre la influencia del error en la formación de la voluntad, la ley impone que haya sido razón única o determinante del acto. La redacción es curiosa, sobre todo si se la compara con la de los incisos precedentes, en los que se exigía razón determinante. En este inciso 3, ex1rañamente, se alude a razón única o determinante. Y es del caso señalar que puede haber sido razón única, pero no determinante.

A modo de conclusión de este apartado sobre el error vicio esencial, digamos que, en síntesis, la esencialidad se valora investigando el caso concreto de influencia del error en la voluntad final, recurriendo a principios tales como tipo de negocio, intereses en juego y cualidades (incluso secundarias) que en concreto hayan sido determinantes.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho NQs 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA,

Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

"Cuando la cosa objeto de un contrato no tiene alguna de las condiciones que se le atribuyeron y la de que carece fue la que principalmente motivó su celebración, el consentimiento prestado ha de reputarse nulo, ya que lo fue en atención al equivocado supuesto de que concurrían en el objeto sobre el que se pactaron otras características, cuya importancia, así como si la convicción de su existencia, era la motivadora de la convención"

(Díez-Picaza, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Volumen 1*, p. 133).

"Que, habiéndose establecido que fue materia determinante para la celebración del contrato el haberse atribuido a la demandada una cualidad que no tenía, este error se encuadra dentro de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 202 del Código Civil (error esencial). Que, asimismo, al haberse determinado que la suma entregada en el contrato (...) no fue en calidad de arras, se debe concluir que se dio el error a que se refiere el artículo 208 del Código Civil (error en la declaración)".

(Caso Nº 1793-98. Diálogo con la Jurisprudencia Nº 38. Enero 2001. Pág. 243)

## ERROR CONOCIBLE

*El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.*

CONCORDANCIA:

C.c. arts.906, 1504

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

El carácter esencial del error no es suficiente para declarar la anulación del negocio. Es menester que además el error como tal sea conocible por la otra parte (cuando la hay, se entiende). Y según dispone el numeral 203, se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiera podido advertirlo.

La cuestión suscitó interesantes debates en el seno de la Comisión Reformadora. El Dr. LEÓN BARANDIARÁN, autor de una de las ponencias, sostuvo que la conocibilidad permite "confundir las consideraciones del problema con el dolo". Su preocupación fue compartida por el Dr. FERNÁNDEZ SESSAREGO. En opinión de ellos, si el receptor de la declaración conoce el error y no lo dice, no incurre en mala fe, sino en dolo, porque si el error es inadecuación entre la representación mental y la cosa o las cualidades de otra persona, es una cuestión unipersonal. Mas cuando a otra persona se la hace intervenir, se mezclan dos conductas: la del equivocado o ignorante con la de la otra parte.

En sentido contrario se expresaron los Ores. VEGA GARCÍA y ARIAS-SCHREIBER. Este último señaló que "la fórmula del Código italiano es una conquista de la legislación actual desde el punto de vista práctico, ya que tiende a la seguridad jurídica. La seguridad del acto jurídico es un aspecto característico de nuestros días. Una sociedad en la medida de lo posible debe buscar la estabilidad del acto jurídico y es ésa la razón que ha tenido el legislador italiano cuando exige que el acto sea conocible por el otro agente. Con esto, lo que se está buscando es limitar el área de acción del error, de permitir que el acto jurídico en la medida de lo posible se mantenga válido y que solo se declare nulo cuando el error ha sido congnoscible-por el otro agente. Por eso, el problema se debe centrar en establecer; ¿qué es lo que le conviene a la sociedad actual? Lo conveniente es buscar la seguridad jurídica que además se concilia con el supremo valor de la justicia; por eso se afilia a la tesis del Código italiano y por ende a la ponencia de Lqr. Vega García". Finalmente, fue esta ponencia la que prosperó y así ha quedado recogida en los artículos 201 y 203 del Código.

La justificación del precepto es que si por una parte sería injusto admitir que un error oculto pudiera perturbar las expectativas del destinatario fundadas en la declaración, tampoco es justo sacrificar al declarante caído en error que el destinatario hubiera podido denunciar. Tanto por la conveniencia de establecer las necesarias diferencias con el dolo, la reconocibilidad requiere de un análisis y una justificación más exhaustivas.

El dolo será estudiado con detenimiento más adelante. Por ahora podemos adelantar que se habla de dolos positivo y negativo. El primero consiste en la actividad de una parte para hacer que la otra parte incurra en error. El dolo negativo u omisivo consiste en callar maliciosamente, así que roza con el problema de la reconocibilidad del error. La diferencia entre una y otra figuras se encuentra en el énfasis que se atribuya a uno u otro comportamientos. Mientras que el error es un producto más o menos espontáneo de la mente del declarante, que para ser relevante o causal de anulación debe ser esencial y conocible, el dolo requiere una cooperación deliberada y maliciosa del otro contratante; hay engaño; es un error no espontáneo sino *inducido*. El error vicio o el error obstáculo solo pueden anular el negocio cuando es esencial (el obstáculo siempre lo es), y el acento del ordenamiento es sobre el errante y el tipo de error cometido. El error derivado de dolo, en cambio, puede ser de otro orden distinto de los previstos en los artículos dedicados al error en la voluntad y en la declaración, porque la ley acentúa con el dolo el comportamiento malicioso de una de las partes que con su actividad o su silencio pretende determinar (crear o impulsar) la voluntad del declarante. Esto es distinto del genuino y espontáneo error, porque en el dolo existe la finalidad, la ilícita intención de engaño por acción u omisión. No es tal el caso del error que habiendo sido conocido no es hecho notar.

A pesar de estas aclaraciones, no es difícil imaginarse supuestos en abundancia de posible concurrencia de error en una parte y dolo en la otra. En estas hipótesis habrá que juzgar la naturaleza del error: si no lo es, según su tipología legal pero la otra parte lo reconoció y maliciosamente evitó que fuera advertido por el declarante, tendremos dolo. Habrá que juzgar la conducta de las partes.

Hemos dicho que para tipificar un error como causal de anulación en el esquema de este Título, no es necesario indagar en la buena fe del receptor de la declaración. El sentido y la correcta aplicación del artículo 203 deben incluir también el caso del error que habiendo sido conocido no es hecho notar.

Efectivamente, este numeral 203 señala que el error será causa de anulación si fuere conocible por la otra parte. Un primer análisis revela que el error, como defecto de la voluntad o de la declaración, no se ha desplazado de su auténtico lugar: sigue siendo un error del declarante. En él está la equivocación o la ignorancia, y no en la otra parte receptora de la declaración. Lo que ocurre, y en esto se encuentra la innovación del articulado, es que la relevancia anulatoria del error ha menester dos requisitos: esencial y conocible. Con lo primero se han querido señalar ciertos límites; esto es, no cualquier error, por la materia o contenido, puede ser invocado; tiene que ser significativo e importante y el texto legal señala cuándo lo es. Con lo segundo, es decir, la conocibilidad, se pretende, particularmente para los negocios bilaterales o

plurilaterales y en las declaraciones receptivas, establecer un margen de protección a las partes. De esta manera el principio de excusabilidad se equilibra, por decirlo de alguna manera. Anteriormente la excusabilidad recaía solo en el comportamiento del declarante y tal era el criterio del Código de 1936.

La excusabilidad, como criterio enraizado en su origen en la preponderancia de la voluntad del declarante, ha sido moderada por la doctrina en el transcurso del tiempo. Así, primero se exigió la responsabilidad del agente. Ahora la seguridad jurídica impone que no quede a criterio de quien declara juzgar su propia responsabilidad por el error y si éste debe o no ser excusable en la situación concreta. Esto es tanto como dejar a su decisión la anulación del negocio. De aquí que la excusabilidad, que todavía prima en muchos ordenamientos civiles, incluso en algunos recientes, sea admitida apreciando la naturaleza del error, las circunstancias y la propia conducta del errante. Y para apreciar la falta debe recurrirse a comparaciones, pero como resultado de ellas el objetivo del sistema de la excusabilidad va dirigido a la exclusiva protección del interesado, vale decir, del agente declarante.

A evitar esta tendencia de exclusiva protección del declarante se ha inclinado la moderna doctrina, principalmente alemana e italiana, si bien con algunas diferencias de matiz. El caso concreto de la italiana se encuentra en la necesidad de tutelar al receptor de la declaración y a tal fin se introduce la necesidad de conocibilidad. Partiendo de la premisa de que el negocio jurídico es una figura destinada a regular intereses jurídicamente relevantes, establece relaciones jurídicas vinculantes. Por eso, aunque el error tiene su origen en una de las partes, se tutela a la otra porque requiere una protección ante la falta en la voluntad o en la declaración que recibe y sobre la cual debe normar su conducta. Se parte del supuesto de que un instrumento de autonomía privada como es el negocio, descansa en voluntades libres y sanamente fundadas y declaradas. De esto se deriva la inconveniencia de enfocar la tutela jurídica solamente en favor de uno solo de los polos de la relación. Aunque el error provenga de una de las partes, afecta en un amplio sentido a todo el entramado negocial y, por ende, a la otra parte. Una vez emitida la declaración de voluntad deja de ser exclusiva del agente y pasa a tener una vida propia sobre la cual se apoyarán otras declaraciones de voluntad. A tutelar estas otras declaraciones de voluntad que se asientan en el error de otra, ya proteger con criterios objetivos moderados al caso concreto a quien las emiten y las reciben, van dirigidas las nuevas normas sobre reconocimiento del error.

Una de estas normas utiliza dos términos: "sea conocible". Dice eso, y no otra cosa; no debe leerse "haya sido conocido". La diferencia es sustancial, pues el texto de la norma está en potencial, lo cual significa que el error puede ser conocido. Y puede ser conocido por la otra parte no tanto por el error en sí, sino también por una serie de circunstancias concurrentes. Es cierto, qué duda cabe, el error es individual (aunque puede haber error bilateral, pero ahora hablamos del primero), pero como la declaración de voluntad está destinada a ser conocida, no solo ha de serio en su aspecto externo, mas también en su significado. Si de este conocimiento se colige que puede haber habido error y que éste es esencial, el negocio puede ser anulado.

Se requiere que el error pueda razonablemente ser conocido, no que lo haya sido efectivamente. ¿Por qué? No porque el que yerra haya tenido razones suficientes para equivocarse o ignorar, que es un lado del problema, sino porque es necesario tutelar la confianza de quien recibe la declaración.

Expliquemos un poco más esto de la confianza, que de paso nos permitirá introducirnos en la comprensión del artículo 203. A nuestro entender, en esta sede de error la confianza puede explicarse como el estado del destinatario de la declaración que resulta de las circunstancias del caso. Lo que equivale a decir que dados ciertos supuestos el destinatario de la declaración podía haber descubierto el error y: a) no haberse comprometido; b) haber desvelado el error, o; c) si se comprometió habiéndolo conocido o podido conocer, debe aceptar las consecuencias de la anulación.

Ahora bien, lo que se acaba de decir evidencia dos facetas del tema. La primera, tratada en el artículo 201, es la tutela de la confianza del destinatario de la declaración: el negocio no será anulable si el tal destinatario ni conoció ni pudo conocer el error; su conducta sería protegida por el ordenamiento. La otra faceta viene anunciada en el artículo 203: cómo se debe proteger la confianza. La diferencia es importante, porque mientras el artículo 201 quiere amparar la confianza puesta en una declaración concreta con el contexto de una situación también concreta, el artículo 203 indica el modo de ejercer dicho amparo. Entremos a ello.

La norma 203 dice que el error se considera conocible cuando en relación al contenido o circunstancias del negocio o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo. Esta forma de enunciar la conocibilidad ilustra la manera de valorar la aptitud de conocibilidad del destinatario de la declaración. Es decir, si dicho destinatario tenía o no razón en conceder confianza al contenido de la declaración pues no hubiera podido descubrir el error. Adviértase entonces que ya no se trata de juzgar si el declarante fue o no negligente, o si no incurrió en culpa (ambas nociones calificadas para el caso concreto según el comportamiento del hombre medianamente diligente o del buen padre de familia, que es labor propia de la teoría de la excusabilidad). No, ya no se valora así el error. La concepción que el artículo recoge prescinde de la culpa o negligencia del declarante; lo que se pretende es saber, con los criterios que el numeral 203 establece, si en el caso concreto hubo o no motivos para despertar confianza en la declaración. De lo cual se extraen dos consecuencias.

**Primera.-** Aunque el declarante hubiere incurrido en grave negligencia, el negocio será anulable si el error pudo o debió conocerse.

**Segunda.-** Aunque el declarante (si bien es remota la hipótesis) hubiere procedido con negligencia y responsabilidad, no podrá ser anulado el negocio si el error no fue conocido por el destinatario ni pudo serio sobre la base de los elementos del artículo 203. No por error jurídicamente relevante al menos.

Como colofón de este examen sobre el reconocimiento puede preocupar, lógicamente, saber qué ocurre si el error no reconocible ha sido efectivamente reconocido. Es decir, si no siéndolo para una persona de diligencia normal, ha sido advertido por razones fortuitas o porque el destinatario de la declaración es perspicaz o ha actuado

con diligencia superior a la normal. En este supuesto está claro que dicho destinatario no podrá invocar el texto literal del artículo 203 a fin de preservar incólume el negocio. Efectivamente, aunque deba tutelarse la confianza tampoco puede desampararse la buena fe, el deber de cooperación leal en la seriedad del negocio. Por decirlo de alguna manera: el destinatario, conscientemente, ha asumido el error. Obviamente, si el error es causa de anulación cuando puede ser conocido, con mayor razón si efectivamente lo ha sido, aunque lo fuera por motivos distintos de los apuntados en el artículo 203. En síntesis, los elementos de análisis del conocimiento que vienen anunciados en el numeral citado, que son criterios abstractos y objetivos como pautas de comparación para juzgar situaciones concretas, sirven al mismo tiempo para delimitar un margen de conducta seria y correcta, pero como tal margen precisa los mínimos de aceptabilidad del reconocimiento.

### ~ DOCTRINA

- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho N2S 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## ERROR DE CÁLCULO Y ERROR EN LA CANTIDAD

*El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.*

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

El artículo no está bien redactado y por eso resulta confuso. De cualquier manera, es insuficiente. En efecto, según el precepto, el error de *cálculo* no es vicio de entidad significativa, de manera que solo se permite su rectificación. Hasta aquí es claro. Pero sigue: salvo que [el error de cálculo] consista en un error sobre la cantidad que haya sido determinante de la voluntad. La pregunta surge de inmediato: ¿en qué consiste un error de cantidad?

Precisemos, pues. El error de cálculo es aquel que recae sobre números, entidades abstractas a partir de la unidad; el cálculo es el conjunto de operaciones aritméticas abstractas. La cantidad, en cambio, es cosa bien distinta. Porque la cantidad a que el artículo alude es el conjunto de ciertas partes, independientes y más o menos homogéneas. Mientras que el cálculo es un procedimiento, la cantidad es una suma de ciertas unidades, o sea, la cuantía que resulta.

Es claro, por lo tanto, que el error de cálculo no tiene, conceptualmente hablando, nada que ver con el error que versa sobre la cantidad de algo. Es imposible que el error de cálculo sea al mismo tiempo un error sobre cantidad. Lo que ocurre es que un error de cálculo puede conducir a otro sobre la cantidad. Al menos ésta debe ser la correcta interpretación del artículo 204, aunque no la única.

Veamos, pues, cada una de estas tres variantes.

Según la norma, el simple error de cálculo no es suficiente para instar la anulación. Dos razones abonan para esta solución. La primera es que el error no es esencial en el sentido que señala el artículo 202, porque no recae la equivocación sobre cosas o personas, tal como señala el precepto. La segunda es que el error aritmético en que se ha incurrido (si no hace modificar la voluntad de convenir sobre una cierta cantidad *sine qua non*), puede rectificarse y corregirse, sin que por ello quede alterada la representación mental que una o las dos partes se han hecho de la prestación.

La razón de la norma es, pues, perfectamente explicable, porque el error de cálculo no ha incidido en el proceso formativo de la voluntad. Es sencillamente una equivocación al hacer las cuentas.

El error de cantidad basado en error de cálculo es diferente. Pongamos, por ejemplo, que debido a un error de cálculo, el individuo que creía estar comprando en cien mila cosecha de trigo de cien kilos por hectárea, de un fundo determinado, debe en realidad el mismo precio por una cantidad menor. El error de cálculo, en este caso, ha motivado que se conciba el negocio por una cantidad distinta de la querida. En esta hipótesis, si el negocio no se hubiera llevado a cabo de haberse percatado del error aritmético y, por ende, que la cantidad a recibir no satisfacía el interés de la parte, el negocio es anulable.

Se considera, a los fines de este artículo, que la cantidad creída y que coincide con la real y verdadera, tiene que haber motivado el negocio; haber sido determinante de la voluntad. Tal es el caso cuando el cálculo (errado) haya sido objeto de las negociaciones decisivas para la conclusión del contrato. Si el cálculo forma parte de la declaración, un error sobre el mismo es un error sobre el contenido de la declaración y, por lo tanto, justifica la impugnación.

Error en la cantidad es el caso típico del contenido de envases o similares. Puede darse como ejemplo el de quien compra cien sacos de cemento creyendo que cada uno de ellos contiene diez kilos, cuando en realidad contienen nueve. Aquí no hay error de cálculo, porque el precio por saco es igual tenga nueve o diez kilos, pero para el adquirente es imprescindible un total de mil kilos de cemento, y no tan solo novecientos.

Aunque la ley no haga alusión expresa, un error de esta naturaleza es causal de anulabilidad en la medida en que la cantidad errada haya sido determinante para contratar.

Dos aspectos finales, para concluir este artículo. El primero de ellos para advertir que el error de cálculo o de cantidad, no debe confundirse con la lesión, que es objetiva, mientras que el error es subjetivo. El segundo para hacer notar que el texto de la norma no reclama conocibilidad, pero no es necesario que lo diga, porque lo exige el artículo 201 *in fine*.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho NQs 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad* UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tlrant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel-. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos*

*cos O negocios jurídicos.* Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades.* Astrea, Buenos Aires 1986.

## .. JURISPRUDENCIA

*"El error de cuenta, no consiste en un error de cálculo u operación aritmética, sino en la inexactitud de los factores, lo que da lugar a un error de concepto, siendo absolutamente inexcusable"*

*(Díez-Picazo, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Volumen 1, p. 131).*

## **ERROR EN EL MOTIVO**

*El error en el motivo solo vicia el acta cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.*

CONCORDANCIA:

*C.C. arts. 809, 810*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Esta disposición viene a sustituir la contenida en el artículo 1084 del Código de 1936, que impropriamente hablaba de falsa causa. La mejora es digna de ser aplaudida, porque la falsa causa es distinta del motivo determinante.

Ya habíamos dicho que el Derecho considera sin relevancia jurídica el error en los motivos y en las valoraciones particulares, porque en la dogmática del negocio el declarante tiene una carga de responsabilidad en manifestar la razón de sus actos cuando quiera atar los efectos a las razones especiales que le impulsan y mueven su voluntad. Por eso, cuando se expresan y son aceptadas tales razones pero hay error sobre las mismas, se admite la anulabilidad.

Hay error en los motivos cuando recae sobre las razones subjetivas. En este caso, el error no se encuentra en el objeto del negocio, entendido tanto como materia de prestación, o como conjunto de intereses a satisfacer, ni estriba tampoco en la persona de la otra parte. No, el error ha sido sobre un hecho o circunstancia ajenos al negocio.

Ejemplo clásico del error en los motivos es el del heredero que confiando en la herencia que habrá de beneficiarle, realiza ciertas adquisiciones a precio aplazado y luego descubre que sus expectativas han estado equivocadas porque aparece un pariente con mejor derecho.

El precepto no diferencia si el motivo consiste en la falta de previsión o en la ignorancia de ciertos supuestos ajenos al negocio (de lo primero es notorio quien compra un inmueble creyendo haber ganado la lotería; de lo segundo, por ejemplo, quien dona creyendo muerto a un hijo desaparecido), o si los motivos han de recaer sobre un elemento del negocio. A falta de precisión, creemos que pueden admitirse ambas hipótesis.

El artículo bajo análisis puntualiza que no cualquier móvil tiene trascendencia a los efectos del error, pues impone tres requisitos que han de concurrir de consuno: a) que se haya manifestado como razón determinante; b) que así se haya hecho

constar expresamente; y c) que sea aceptado por el destinatario de la declaración con este carácter de motivo determinante, o sea, esencial para celebrar el negocio.

Razón determinante es a estos fines equivalente o sinónimo de que si no hubiere existido este motivo no se hubiera celebrado el negocio, o se hubiera celebrado en otros términos diferentes.

Apunta también el precepto que el motivo, con tal carácter de determinante, debe hacerse constar expresamente, lo que significa de manera explícita, clara o unívoca. Es decir, siempre y cuando pueda apreciarse que ese y no otro motivo ha constituido la razón determinante para la celebración del negocio. No hay que olvidar que la identificación del error es, con frecuencia, tarea de interpretación de la declaración. Si de esta investigación se concluye que hubo motivo determinante evidente de alguna manera, aunque no declarado taxativamente como presupuesto *sine qua non* del negocio, entendemos que se cumple el requisito que el artículo señala.

Concluye el artículo diciendo que el motivo determinante tiene que haber sido aceptado por la otra parte. En este extremo ya no se hace distingo alguno sobre la forma, expresa o tácita, de la aceptación. Puede hacerse de cualquier modo, siempre que pueda concluirse que, efectivamente, se ha producido tal aceptación. De paso digamos que como no se reclama forma declarativa (no formalidad) especial para evidenciar la aceptación, no vemos razón poderosa para invocar la obligación a una parte de hacerlo de modo expreso y liberar a la otra. A nuestro juicio, los criterios para cerciorarse de la declaración del motivo y de la declaración de aceptación no tienen por qué ser diferentes. El juez podrá ser rígido, debe serio en estos casos, para convencerse de que dada la conducta de las partes, las circunstancias concurrentes, etc., existía un motivo determinante aceptado (si ha sido aceptado no hace falta que se pruebe que se había manifestado de uno u otro modo), pero no creemos que pueda imponer una declaración expresa, tal como la entiende el artículo 141.

## ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermó. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho N°S 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985.

. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## **IMPROCEDENCIA DE ANULABILIDAD POR ERROR RECTIFICADO**

*La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

No ofrece singular dificultad el entendimiento de este artículo. Su inclusión obedece a la razón de tutelar la confianza, de la que ya se ha hablado. Aunque el error sea esencial y conocible, quien erró no podrá solicitar la anulación si la otra parte ofrece introducir las modificaciones necesarias, es decir, cumplirlo de modo satisfactorio para el errante.

En adición a esto, hay que recordar que el error vicio está plasmado como un defecto en la voluntad de una de las partes que puede o no, según ciertos criterios legalmente estudiados, ser reconocido por la otra. De acuerdo a este planteamiento, surgen dos hipótesis:

Primera.- Que el destinatario de la declaración pudo reconocer o efectivamente reconoció el error, esencial o no, pero el negocio fue celebrado. En este supuesto, si el destinatario ofrece subsanar su falta de diligencia y seriedad y acomodar sus intereses a los del errante, éste no puede negarse y pretender impugnar el contrato. Y si lo hace, la anulabilidad debe ser rechazada, porque si el negocio se puede rectificar para adecuarlo a lo efectivamente querido (típico, por ejemplo, error de cantidad), el errante cuyo interés ha sido satisfecho queda privado de interés tutelable respecto de la pretensión anulatoria.

Y no puede negarse, porque si bien es cierto que hubo falta en el receptor de la declaración, el error está en el declarante y una vez subsanado y surgir a la luz la verdad a la que corresponde correcta voluntad, debe sujetarse a ella. Lo contrario sería admitir que no contrató con seriedad y lealtad, y permitir en tal caso la impugnación sería tanto como permitir que se simule un error para, por ejemplo, obtener información de la otra parte y luego intentar la anulación. Este incorrecto modo de proceder puede ocasionar a la parte no errante sensibles perjuicios.

Segunda.- El error puede ser oculto y ni siquiera esencial. Obviamente, con mayor razón, no podrá el errante pretender separarse de sus compromisos, si la parte receptora de su declaración se aviene a rectificar el negocio.

El artículo no deja bien en claro quién es el sujeto pasivo de los perjuicios: si la parte errante o la otra. Sin embargo, la atenta lectura permite entrever que se refiere al primero y, además, a ello obedece la justificación del precepto. El propósito del artículo es como sigue: se supone que si una parte erró y se compromete en lo que de haber sabido la verdad no hubiera querido, el cumplimiento del compromiso puede causarle perjuicios. Pues bien, en tal tesis no se le permite al errante instar la anulación si la otra parte se aviene a adecuar su voluntad al contenido y modalidades que el errante quería. El mandamiento es justo, pues si la ley permitiera la anulación la parte que no se equivocó podría experimentar perjuicios más graves que los que se derivan de la rectificación.

Todo lo anterior se ensambla y resume en un problema de buena fe contractual, con sus colaterales de confianza y leal colaboración. El ordenamiento pone aquí en la balanza los legítimos intereses de dos partes tratando de minimizar los perjuicios que ambas partes puedan sufrir. El juez, llegado el caso, deberá calibrarlos, examinar los intereses en juego compensando los posibles desequilibrios y resolver, en consecuencia, si procede o no la anulación según la rectificación ofrecida, el error padecido y su posible conocimiento, así como los posibles perjuicios de una u otra solución.

Como es natural, la rectificación también procede si se ofrece una reparación de los perjuicios.

La propuesta de rectificación puede nacer de una cualquiera de las partes. El problema se suscita si habiendo surgido del errante la propuesta de rectificación, no recibe respuesta del otro. Creemos que aquí procede una solución similar a la adoptada respecto de la ratificación del negocio celebrado sin poder o con poder insuficiente. Con arreglo a esto, si el errante se percata de su vicio, puede pedir a la otra parte que se pronuncie sobre la rectificación en los términos que le proponga, señalando a tal propósito un plazo adecuado para recibir respuesta. Vencido este plazo, o no aceptada la rectificación en la manera propuesta, podrá solicitarse la anulación si el error es esencial y conocible, y podrá evidenciarse un principio de voluntad reacia a la rectificación.

En razón de la misma idea, no puede pedirse la anulación del negocio, o mejor dicho, no debe prosperar, si el errante no responde a la intención debida a la iniciativa de la otra parte para corregir el negocio.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho NQs 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM,

Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN

*La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Como se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios pues si el negocio se ha anulado se debe a que el error era esencial y conocible. Si es así, el precepto legal da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración o hecho notar al declarante el error en que se encontraba. Hubo entonces una falta de la parte receptora. Por la comisión de esta falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios.

No ha de ser ésta, empero, la única interpretación válida; también ha de verse de otro lado. Es decir, que quien yerra no puede reclamar del destinatario de la declaración daños y perjuicios por no haberle hecho notar el vicio que era reconocible. La indemnización se excluye entre las partes, pero no entre las partes y terceros que hubieran confiado en el negocio.

Atendiendo a la dificultad de establecer claras diferencias entre dolo y la concepción del error, este artículo viene a esclarecer, pues mientras se niega la indemnización en el error, nada obstante que se reclame si hubo dolo. La diferencia, como ya se ha apuntado, radica en la malicia, en la mala intención o en la culpa, según los casos. Si no se aprecia la inducción a errar con negligencia o mala fe, o que la otra parte, conociendo o debiendo conocer el error ocurrido no lo hace notar al declarante, no pueden reclamarse daños y perjuicios.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Actojurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho NQs 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI,

Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tlrant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## ERROR EN LA DECLARACIÓN

*Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.*

### CONCORDANCIA:

*C.C. arts. 211; 277 (n.c. 5); 809; 1267yss.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Según se ha explicado, es necesario distinguir el error vicio, que es aquel que incide por ignorancia o equivocación en formación de la voluntad, del otro error llamado obstativo u obstáculo, impediente o impropio que incide en la declaración de la voluntad. Constituye un error en la declaración o en la transmisión. El error obstativo, entonces, no es un vicio de la voluntad y por tanto su ubicación en este lugar es inadecuada.

Se le denomina error impropio porque, en realidad, no está perturbada la formación de la voluntad del agente declarante. El proceso mental, el razonamiento que invita al declarante a tomar una decisión, no ha experimentado malformación alguna. En este orden de ideas, el error obstativo afecta a la voluntad de realizar un acto adecuado a la voluntad negocial, siendo esta última la que ha elaborado el propósito o intención de ciertos efectos o resultados. El error obstativo revela que se ha producido una disconformidad entre lo querido y lo declarado; es decir, la declaración ha venido a obstaculizar, por error, la voluntad sanamente querida. La manifestación ha sido infiel a lo verdaderamente querido. La disconformidad señalada es involuntaria, claro está.

El error obstativo puede conducir al disenso. Aparte del disenso (que en verdad debe conducir a nulidad, no a anulabilidad), puede el error obstativo revestir otras modalidades: equivocación del declarante, verbal o escrita; equivocación en la transmisión de la declaración por un tercero; error sobre el significado de lo declarado.

El artículo 208 indica que las disposiciones de los artículos precedentes que ya hemos analizado son aplicables "en cuanto sean pertinentes". Digamos, primero, que es correcta la diferenciación que remarca este precepto, porque el error de que

habla el artículo 208 se circumscribe al que se materializa por inadecuada expresión de la volición, pero quedando entendido en principio (salvo ciertas excepciones, como distracción, olvido, desconocimiento) que la volición es correcta y que ha sido efectivamente querida. La declaración de voluntad es un todo, como ya hemos visto e insistido en otro lugar, pero puede ser vista desde su lado interno (error vicio) o externo o funcional (obstativo), pues cumple la función de comunicar la intención.

Pero aparte de lo anterior, es francamente discutible eso de la pertinencia de aplicar los artículos anteriores. Veamos el asunto con orden.

Lo primero que se impone señalar es que el Código ha decidido que el error en la declaración sea causa de anulabilidad y no de nulidad. Lo lógico debió ser esto último, porque en propiedad la declaración se ha desviado del querer y en el caso de los negocios bilaterales se ha producido un acuerdo basado en una declaración que no se corresponde con lo querido. Por eso es que este error en la declaración es un verdadero obstáculo. No hay negocio. No obstante, nuestro legislador ha hecho pertinente una hipótesis -anulabilidad- que, en rigor, es impertinente.

En segundo lugar, el error en la declaración es siempre esencial, ya que la esencialidad en el artículo 202 no está referida a la significación del error en el proceso volitivo, sino a aquello sobre lo que recae y que está previsto en una concreta disposición legal. El error vicio puede ser trascendental para el declarante, pero si no está considerado como esencial (o asimilable), no lo es. Por lo tanto, debe prescindirse de toda cuestión de esencialidad al hablar del error en la declaración. Una cosa es el error sobre el modo de ser del Derecho, de la persona, o de un objeto y otra cosa la identidad del negocio, un objeto o la persona. En este último caso de identidad, la esencialidad se considera solamente cuando ha sido criterio de identificación una cierta característica. La relevancia de este tipo de error obstáculo está en que así lo señala el artículo 208, y solo en los supuestos que contempla, porque hay un diafragma que impide que la intención correctamente representada en la mente se materialice en la declaración. Es un problema que ataña a la correcta transmisión de la no errada intención negocial.

Este error en la declaración es un caso de divergencia entre declaración y voluntad, porque la declaración ha sido infiel a la voluntad.

Ya hemos expresado que, a nuestro entender, el error en la declaración de que trata el numeral 208 no es esencial en el sentido que a este vocablo le atribuyen los artículos 201 y 202. No puede serio porque la nota de esencialidad (con la salvedad de error de derecho), la vincula la ley a las cualidades de la persona o del objeto sobre el que recae el error (artículo 202) y no a la importancia del mismo en el sujeto declarante. Tan expreso concepto de esencial no puede extenderse a otros supuestos diferentes. De aquí que el artículo 208 diga que las normas que lo preceden se aplicarán "en cuanto sean pertinentes". Y la esencialidad, es decir, el concepto legal de ella, no es pertinente en este supuesto de error.

Cosa diversa es, desde luego, que el error en la declaración recaiga sobre una cualidad esencial. Así por ejemplo, si queriendo comprar un lote de anillos de oro, por un error en la declaración se expresa de plata. Lo querido es correcto, y la intención

también, pues se desea adquirir alhajas de oro y que efectivamente es oro, pero se ha expresado mala voluntad; ha habido un error en la declaración sobre una cualidad esencial. Por lo tanto, el negocio es anulable.

Visto, entonces, que el concepto de esencialidad contenido en el artículo 202 no es pertinente, examinemos el artículo 203. Éste sí es pertinente. A este respecto no admite discusión ni requiere mayor explicación la reconocibilidad del error. En el error obstativo también se reclama que sea conocible por la otra parte. Cuanto dijimos al comentar el artículo 203 es de perfecta aplicación: el error debe ser reconocible para una persona de norma diligencia.

El artículo 204, al igual que el 202, tampoco tiene pertinencia alguna. Estas normas aluden a aquello que es materia de error, es decir, sobre lo que se produce la falta de coincidencia entre la verdad y lo declarado como querido (que no se hubiera querido de haberse sabido la verdad). Si el numeral 208 circscribe el error a otros supuestos, es obvio que no hay pertinencia posible, porque la materia del artículo 202 no está repetida en el 208. En lo que atañe al error de cálculo o al de cálculo que conduce a error de cantidad, resulta patente que son errores intelectuales y, por tanto, ajenos a toda posibilidad de error declarativo. En lo que respecta al error de cantidad, la única interpretación posible para compatibilizar el artículo 208 con la pertinencia del artículo 204 es que el legislador haya previsto la posibilidad de que, al declarar, el declarante se equivoque en la cantidad, manifestando una distinta de la efectivamente querida si no hubiera habido error. En tal caso tendríamos que asimilar este error en la declaración de cantidad al error sobre el objeto principal de la declaración; es decir, que el objeto principal consista en una cantidad de bienes, cosas, etc., y sobre ello se ha expresado una cifra errada que no coincide con la voluntad real. Pero si esto es lo que pretende el artículo, francamente está muy mal explicado.

En lo que toca al artículo 205 no creo que quepa pertinencia alguna. El error en el motivo es per se un error intelectivo que solo se acepta cuando se declara como tal motivo determinante de la voluntad y es aceptado por la otra parte. Concepto remota la posibilidad de que haya un error en la declaración del motivo.

Los artículos 206 y 207 sí son pertinentes.

Sabemos ya en qué consiste el error en la declaración y cómo le son de aplicación las reglas que norman el error vicio. Conviene ahora que veamos las distintas formas de presentación del obstáculo: a) equivocación material del declarante; b) equivocación incurrida por un tercero; c) error en el significado del medio de individualización expresado en la declaración.

Las apuntadas son las maneras en las que el error en la declaración se manifiesta, cuando en él incurre una sola de las partes. Es decir, la transmisión por el agente o un tercero no refleja la correcta intención. Pero hay otra especie asimilable al error que el artículo no menciona y que merece ser tratada en este lugar: es el disenso.

Se llama disenso el inadvertido desacuerdo entre las partes respecto del sentido en que cada una de ellas entiende el contenido del negocio. Hay una aparente o

creída congruencia exterior de las respectivas declaraciones, que en realidad son divergentes; no hay coincidencia intrínseca, aunque sí extrínseca entre ellas.

Disenso deriva de disentir. O sea, sentir de una manera diversa, o pensar de una manera distinta de como piensa otra persona. En suma, que por existencia de pareceres contrarios sobre lo mismo, hay disentimiento en lugar de asentimiento; discordancia en vez de concordancia. Disenso, pues, es antónimo de acuerdo. De este modo la sola palabra *disenso* evoca posiciones contrarias y ello nos sitúa forzosamente en el ámbito de negocios que se forman sobre la base de acuerdo de voluntades; negocios bilaterales.

Resumidamente podemos calificar el disenso (o disentimiento, como prefieren llamarlo algunos) como un falso acuerdo o una falsa coincidencia. Las partes incurren en un desacuerdo que no advierten; creen que hay coincidencia cuando de veras no la hay. Se produce, digámoslo así, una defectuosa intelección sobre la declaración de voluntad o el contenido de la misma.

Ha hecho bien el legislador en no situar el disenso al tratar la disciplina legal del error, porque cuando se produce disenso no hay que proceder a la anulación del negocio, sino que en propiedad se descubre que el negocio no se ha formado porque las partes no están conformes (aunque aparentemente lo estuvieran). Es decir, cuando hay disenso no hay genuino consentimiento, sino soñó un consentimiento aparente.

Es indudable que el disenso tiene características propias que lo distinguen del error obstáutivo u obstáculo porque en el error la divergencia está entre la voluntad y la declaración tal como en realidad se hizo, y en el disenso la divergencia entre voluntad y declaración está en que la declaración ha sido percibida erradamente por el receptor de la misma, o porque éste (el receptor) incurre a su vez en error obstáutivo al aceptar la declaración recibida. Ahora bien, a pesar de la existencia de error, los efectos entre el error obstáculo y el disenso deben ser distintos porque en un caso vicia la declaración y por la pertinencia que establece el artículo 208 es aplicable el artículo 201 y por tanto el negocio se considera anulable. Pero en el disenso verdaderamente no se ha formado el negocio, de suerte que debe ser de aplicación la nulidad.

El error consiste en un defecto de voluntad o de declaración propia; en el disenso hay error (vicio u obstáculo) del receptor de la declaración ajena, que hace aparecer una no existente concordancia entre las declaraciones de las partes. La existencia de un error en la declaración debe determinarse antes de comprobar la existencia de un error vicio.

Hemos examinado hasta ahora cómo se manifiesta esta especie de error en la declaración. Es decir el lado exterior de la anomalía. Veamos ahora los supuestos que el artículo 208 considera como el contenido del error o, más exactamente, aquello sobre lo que recae el error en la declaración.

Antes de entrar a ello, es menester enumerar una hipótesis que el artículo no menciona pero que, sin duda, subyace en él y puede abarcar los cuatro casos que la regla sí menciona. Nos referimos al caso de firmar por error un documento en lugar

de otro. Como es natural, una equivocación de esta magnitud indudablemente es tenida en consideración.

Examinemos las cuatro variantes que el dispositivo contempla.

Existe error obstáculo en la naturaleza del negocio cuando el declarante se equivoca en la declaración del negocio que quiere celebrar. En un error respecto de la designación del tipo o especie negocial abstracta. Por naturaleza, en consecuencia, puede entenderse aquello que hace que un negocio jurídico sea distinto de otro en su estructura, composición y efectos esenciales. Al haberse producido la equivocación se ha dado a la voluntad- una identidad negocial diferente. Piénsese por ejemplo en quien no conoce la diferencia entre préstamo de uso (comodato) y de consumo (mutuo) y que procede a la entrega de cierto número de antiguas botellas de licor, creyendo que su amigo las va a exhibir, pero se las entrega diciendo que son en mutuo. Obviamente ha incurrido en un error en la naturaleza jurídica del negocio y podrá solicitar la anulación. Algunos autores estiman que el error en la naturaleza del negocio es un error sobre la causa, pero nos parece inexacta esta apreciación. En el mejor de los casos podría decirse que el declarante ha errado sobre identidad de la función del negocio que pretende, pero no sobre la función en sí, que más puede ser un error en el motivo (error vicio) que le ha llevado a celebrar el negocio (de lo que ya hemos tratado al estudiar el artículo 205).

Bajo el epígrafe de error en negocio deben comprenderse también otras variables diferentes de la naturaleza propiamente dicha, pero que inciden sobre ella al modificar la normal intelección del negocio. Tal sucede, por ejemplo, cuando el error recae sobre modalidades del negocio, condición, verbigracia, o ciertos requisitos o elementos. El error sobre una modalidad es error obstativo cuando impide al autor de la declaración la realización de su intención; excluye la conciencia del significado del acto.

En síntesis, puede afirmarse que el error en la naturaleza del negocio es aquel que, ampliamente, hace que no coincida el orden de intereses señalado y sus efectos jurídicos, con la declaración efectuada. Obsérvese, desde luego, que esta especie de error sobre el negocio -inadecuación entre lo declarado y los intereses previstos y sus efectos- no tiene nada que ver con el error que recae directamente sobre los efectos jurídicos que no diferencian al negocio, y que no tiene relevancia anulatoria.

Debe cuidarse de no confundir el error en la naturaleza jurídica del negocio con el error en Derecho de que habla en el artículo 202. En efecto, el segundo es el que recae sobre normas de Derecho (su existencia, vigencia, interpretación, aplicación), de sUERTE que su alcance es mayor que el error sobre la naturaleza del negocio. Este tipo de error puede ser, por tanto, de hecho o de Derecho. Será de hecho cuando, sabiendo la diferencia entre comprar y arrendar, digo una en vez de otra; será de Derecho cuando, queriendo solamente afianzar (sin carácter solidario) las obligaciones de un amigo, digo avalar porque creo que la fianza y el aval son jurídicamente sinónimos y por tanto estampo la firma en títulos valores aceptados por el amigo.

Con la designación de error en el objeto principal de la declaración, se incita a posibles confusiones que es necesario desvanecer. En efecto, este apartado incluye,

(mejor dicho, debe incluir porque no se alude a ellos de modo discriminado en otro lugar): a) error sobre la materia del negocio. Dicho de otra manera, sobre los intereses objeto de regulación o sobre el propósito económico social que se persigue; b) error respecto del contenido. O sea, el objeto vendría a ser equivalente (\ prestación y desde luego hay que admitir que puede producirse un error al declarar sobre si se dará, hará o no hará algo; c) error sobre el bien materia de la prestación. Así por ejemplo, si quiero comprar la oficina 3 del segundo piso y declaro equivocadamente que se trata de la 2 del tercer piso; d) error al declarar una cualidad o cantidad esencial de un bien o bienes.

En el error sobre la identidad de la persona hay que distinguir varias hipótesis, pues ya no se habla de persona "de la otra parte" como hace el artículo 202. Cabe, por consecuencia, que el error recaiga: a) sobre la identidad de la persona de la otra parte. Así, verbigracia, se desea contratar con Teodoro, a quien efectivamente el declarante conoce, pero a quien identifica como Doroteo; o desea hacer una donación a su sobrino Mario, y al declarar dice equivocadamente María, pensando que a ella también piensa hacerle un obsequio; b) puede también haber error sobre la identidad de la persona, pero considerándola como contenido del negocio. Por ejemplo, se hace un contrato con un agente de espectáculos, sobre la actuación de un determinado artista. Debido a una equivocación digo el artista Marco, cuando estoy pensando en el artista Lucio.

El error en la declaración puede obedecer también a las cualidades de la persona. Así, cuando un empresario de circo quiere contratar al payaso de pantalón azul a rayas y al efectuar la designación yerra y se refiere al de,carn!.sa a rayas.

La inexacta transmisión de la d.eclaración por quien estuviera encargado de hacerlo también es causa de error. Indudablemente, se requiere que el error cometido sea esencial y reconocible.

Tan solo una cosa por agregar, que tomamos del artículo 250.2 del Código portugués. Este dispositivo apunta, remitiéndose a otro, que aunque el error no sea esencial, ni reconocible, siempre es anulable si la inexactitud en la transmisión fue debida a la conducta dolosa del transmitente.

Para concluir con el artículo, una observación. Nótese que a diferencia del error en la declaración que versa sobre la identidad del objeto o sobre la naturaleza del negocio, al aludir a la identidad de la persona se reclama que la "consideración a ella hubiese sido el motivo [mejor debió decirse razón] determinante". Esto es preocupante no por lo que se refiere a este error, sino porque deja de referirse a los otros dos. ¿Significa esto, acaso, que cuando se yerra en la declaración sobre el objeto o el negocio no ha de ser razón determinante el objeto o negocio verdaderamente queridos?

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994; LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en*

*los testamentos.* Themis, Revista de Derecho N2S 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana.* Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico.* Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico.* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad.* UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico.* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico.* Bosch, Barcelona 1958. BETFL, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico.* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico.* Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico.* Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos.* Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades.* Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

"*El error en la transmisión de la declaración, también conocido como error obstante o impediente, no solo vicia sino destruye el consentimiento, pues impide el acuerdo de voluntades y lleva consigo la nulidad absoluta del contrato*"

(Exp. ~2774-87 Huánuco, Ejecutoria Suprema de, 30/12/88, Retamozo, Alberto y Ponce, Ana María, "Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema", p. 224).

"*Que, habiéndose establecido que fue materia determinante para la celebración del contrato el haberse atribuido a la demandada una calidad que no tenía, este error se encuadra dentro de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 202 del Código Civil (error esencial). Que, asimismo, al haberse determinado que la suma entregada en el contrato (...) no fue en calidad de arras, se debe concluir que se dio el error a que se refiere el artículo 208 del Código Civil (error en la declaración )".*

Caso Nº 1793-98. Diálogo con la Jurisprudencia Nº 38. Enero 2001.  
(Pág. 243)

## ERROR INDIFERENTE

*El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Este artículo es la traducción legal de la máxima *falsa demonstratio non nocet*.

Indudablemente la recta interpretación de este artículo reclama que la otra parte haya entendido correctamente la voluntad verdadera.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. LOHMANN, Juan Guillermo. *Ensayo sobre el error en los testamentos*. Themis, Revista de Derecho NQs 7 y 8, Lima 1987. RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1991. ZUSMAN, Susana. *El error en el acto jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 1985. PIETROBÓN, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1971. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

*"Conforme lo prescrito en el artículo 209 del Código Sustitutivo, de establecer en el contrato error en la declaración identificante de persona respecto a quien aparece como propietario del inmueble dado en arrendamiento, tal error no vicia el acto*

*desde que, por las circunstancias que se aprecian en los documentos, se puede identificar a la persona"*

*(Exp. N° 798-95, Quinta Sala Civil de la Corte Superior, HInostroza Minguez, Alberto, "Jurisprudencia Civil", tomo "p. 196).*

*"El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado"*

*(R. NII 002-97-ORLCITR, Jurisprudencia Registral Vol. ,V, Año II, p. 18).*

*"Tal como lo establece el artículo 209 del Código Civil, el error en la declaración sobre la denominación del objeto no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar al objeto designado; norma que ha sido recogida por la R. NQ 002-97-ORLCITR, estableciendo para este caso, la no procedencia de la solicitud de aclaración, máxime si se ha indicado expresamente en la escritura pública la partida registral donde corre inscrito el inmueble"*

*(R. NII214-97-ORLCITR, Jurisprudencia Registral Vol. IV, Año II, p. 74).*

..

## DOLO CAUSANTE

*El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.*

*Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.*

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 218; 221 inc. 2); 809

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

El error puede ser espontáneo o provocado. Al error espontáneo (en la voluntad o en la declaración) se le conoce simplemente como error. Cuando es provocado se llama dolo, que en sede de vicios de voluntad es sinónimo de engaño. Engaño consiste en la acción u omisión por la cual una persona hace creer a otra algo que no se ajusta a la verdad.

El dolo incide en la creación de la voluntad porque provoca un error. No debe ser confundido con el dolo antijurídico, como categoría general y con connotaciones subjetivas de voluntad y conciencia de causar un daño. Este *animus* dañoso puede aparecer en el dolo como causante de vicio de voluntad, pero no se requiere como elemento indispensable. El dolo de que ahora nos ocuparemos es una especie del ilícito civil, con un significado más restringido. Aunque parezca poco frecuente que ocurra la hipótesis, la redacción de las normas que regulan el dolo permite demandar la anulación del negocio y hasta reclamar indemnización aunque la parte autora del engaño haya actuado con fines lícitos, elogiables o nobles. Así, por ejemplo, quien deseando compartir sus futuras confiadas ganancias con un amigo, le induce con engaño a que le compre unas acciones que cree que experimentarán fuerte alza en la bolsa. Le miente a su amigo asegurándole que fuentes bien informadas le garantizan seguras ganancias que a la poste no solo no se producen, sino que además hay pérdidas.

Se han preguntado los tratadistas sobre la utilidad de la figura del dolo, visto que se resume en un error que vicia la voluntad. La observación es ciertamente válida cuando se refiere a aquellos ordenamientos que tratan vagamente del error. No lo es, en cambio, cuando la relevancia del error, como es el caso de nuestro Código, ha quedado restringida a las menguadas hipótesis que la ley señala (y las que hemos asimilado a ellas). Para estos ordenamientos el dolo no solo es Una figura de impor

tancia, sino que, además, sus alcances han de ser ampliados para posibilitar la anulación en caso de negocios celebrados con error que la ley no considera como tal en sentido estricto. Nosotros creemos que esto es lo que ocurre con el nuevo ordenamiento: el dolo de que tratan los artículos 210 a 213 debe ser entendido y, por tanto, aplicado, con generosidad de criterio. Por esta razón, errores que los artículos 202 y siguientes dejarían sin relevancia pueden ocasionalmente permitir la anulación si derivan del dolo.

Tiene que ser así para dar cabida a hipótesis que si bien tradicionalmente no pertenecen al ámbito del dolo, hoy no pueden ser ubicados en las secciones del error, intimidación o violencia.

El dolo puede ser definido como la conducta de alguien ajeno al declarante que causa un error en éste mediante artificios, astacias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante. No necesariamente tiene que haber propósito de causar perjuicio, ni conciencia de causarlo, que de existir podrían tipificar además dolo penal.

El primer párrafo del artículo alberga dos conceptos: que haya habido engaño y que el error causado haya sido determinante para la celebración del negocio. Ahora bien, una lectura más acuciosa revela vacíos y suscita preguntas que es necesario resolver.

El artículo 210 que ahora examinamos alude implícitamente a una conducta del engañador. Conducta que asume relevancia jurídica en especiales circunstancias. Empero, la norma silencia un aspecto de vital importancia cual es el enjuiciamiento de la conducta. Habla del engaño, como consecuencia objetiva, y de su influencia en la celebración del negocio, o sea, la imposición valorativa de su conducta. En suma, cuál ha de ser el criterio para juzgar el elemento subjetivo del agente activo: ¿tiene que haber intencionalidad, o basta la culpa?

Ante el vacío del precepto, la investigación arroja resultados sorprendentes: la mayoría de las legislaciones hablan de intencionalidad o soslayan el punto. Por su parte, la doctrina sigue el mismo camino. Todo parece sugerir, pues, que el engañante debe tener una voluntad conscientemente preordenada a producir o permitir un error injusto, desviando la voluntad del declarante o impidiendo que se acerque a la verdad. Esta tesis que reclama la intencionalidad nos parecía francamente imposible de suscribir a la vista de nuestro nuevo ordenamiento.

Habiendo quedado limitadas las causales de error vicio y error en la declaración y estando el error dotado de un tinte de esencialidad y conocimiento, el ámbito de actuación de la anulación por ese vicio ha sido circunscrito. En consecuencia, o se amplía el margen de la represión del error motivado o permitido por un tercero o la otra parte, o quedaría un vacío: una zona de nadie entre el error legalmente esencial y espontáneo y el error intencionadamente provocado. Quedaría indemne el error no esencial sufrido por el declarante, no reconocible por él con diligencia normal, pero que ha sido causado, propiciado o permitido por la otra parte aunque sin maliciosa

intención. Nos preocupaba, de paso, la dificultad de probar la intencionalidad, pues nunca puede presumirse. Intencionalidad juega aquí como sinónimo de mala fe.

De otro lado, si el error engaño del numeral 210 no es espontáneo, en el sentido de serie imputable de manera exclusiva al declarante; si, además, la ley no exige que recaiga sobre aspectos esenciales del objeto o de las personas, todo invita a suponer con razón que el Derecho desea permitir que el declarante engañado pueda desvincularse del negocio invocando la anulación. Y, en tal tesis, la exigencia de intencionalidad acreditada parecía ser excesiva. Por último, ¿dónde empieza la intencionalidad y termina la prudencia?

A mi entender, es válido incluir la culpa como elemento subjetivo causante del engaño. Mueven a esta conclusión varias razones:

**Primera.-** Ésta ha de buscarse en las actas de la Comisión Reformadora, pues el artículo queprobó ha salido airoso de la revisión. El debate se centró en el segundo párrafo y concretamente en si el engaño del tercero bastaba que fuera efectivamente conocido por el beneficiario. Podrá replicarse que eso nada significa, ya que no la incluye en el primer párrafo del artículo. Mas tampoco la excluye.

**Segunda.-** A tenor del segundo párrafo del precepto 210, si el engaño fue empleado por un tercero, puede anularse el acto si fue conocido por la parte que del engaño se beneficia. Pues bien, si cuando otro comete el ilícito se exige conocimiento, ¿no es lógico que cuando el engaño se causa directamente se imponga un deber de conocer o de saber que sí se puede estar engañando? Es decir, procede distinguir entre voluntariedad para engañar y conciencia del engaño. Lo primero es doloso. Lo segundo, la falta de conciencia de que se está engañando, puede tener su origen en una culpa indisculpable. Se puede inducir a error sabiéndolo o también inducir sin percibirlo, pero en situación en que sí existe un deber esencial o social de percibirlo. Sin embargo, esto solamente enfoca un aspecto del problema: el acto de engañar. Lo que ocurre es que hay otro paso ulterior: una relación de causalidad entre el engaño y la celebración del negocio. Con ello se quiere decir que puede tenerse perfecta conciencia o intención de engañar, pero carecer de ellas en cuanto conocerse que con tal engaño se induce a la celebración del negocio. Una cosa es tener conocimiento del error que se está provocando y otra diferente es saber las consecuencias negociales que se producen en el ánimo del declarante. Vale decir, que precisamente por el error y no por otra razón va a celebrar el negocio.

La culpa es la omisión de la conducta diligente y cuidadosa que hubiera evitado que otro cayera en el error o permaneciera en él. La intención, a estos efectos, se vincula con la mala fe. Empero, si se excluye la culpa como posible causante del error y, por ende, del vicio, tendríamos forzosamente que concluir que prevalece la negligencia del que causa el error sobre la víctima del mismo; que el engañante se ve premiado respecto del engañado, quiten sin haber podido reconocer su error no puede desligarse del negocio; que la actividad culposa de suscitar en otro una falsa representación o mantenerlo en ella es intrínsecamente lícita y protegida por el ordenamiento.

Hay otra razón que, en el conjunto del tratamiento de esta figura del dolo, hace

sufragar por la tesis de que el engaño causado por culpa inexcusable permite instar la anulación. El artículo 211 estatuye un deber de indemnización a cargo de la parte de mala fe que induzca a engaño en aspectos no fundamentales del negocio, el cual no es anulable. Pero por sentido común se infiere que si el engaño ha sido causado de buena fe no existe deber de indemnización. Se admite, en conclusión, un engaño de buena fe. Lo que ocurre, y esto es relevante, es que puede actuarse de buena fe, pero negligentemente. Si se admite lo anterior, es decir, engaños de poca entidad inducidos con buena fe (aunque culposa), ¿por qué no admitir también la culpa, como falta de diligencia debida, en el engaño de gran entidad y permitir la anulación?

Por último, ¿no puede ser el dolo omisivo (o reticencia), de que trata otro artículo, una clara situación de culpa? No merece ser tutelada la conducta de la parte que por su situación (un vendedor especializado, por ejemplo) podría y debía reconocer el error de la otra y, amparando esta conducta poco diligente, hacer que el convenio resulte no anulable.

Resuelto este aspecto de la valoración de la conducta, retomemos el análisis del artículo. Lo que implícitamente se regula en él es un comportamiento causante de un error. Se regula el influjo de la insidia o negligencia en la declaración, es decir el nexo causal entre la maquinación y el resultado, que es la celebración del negocio.

En suma: basta que se evidencie un comportamiento objetivamente incorrecto *per se*, prescindiendo del propósito, injusto o no, que anhela el engañador.

No es suficiente, sin embargo, que haya habido conducta preordenada a la provocación del error. Es necesario que el engaño efectivamente se haya producido sin que el declarante se haya percatado del vicio que se intenta sobre su voluntad. El criterio de conocibilidad que se aplica en la dogmática del error, también debe tenerse presente al juzgar el dolo.

Si el declarante advierte que lo están engañando y, aparentando ser víctima del engaño, concluye el acuerdo con la oculta intención de anular posteriormente el negocio y "fastidiar" al doloso, su acción anulatoria no debe prosperar. Ya no por la razón prevista en el artículo 213, sino porque este 210 reclama que el engaño haya sido real; que la voluntad, efectivamente, haya quedado viciada sin que el declarante lo sepa.

El engaño ha de ser grave. Esta nota puede confundirse con otra que el artículo declara expresamente, es decir, engaño determinante. Pero hay que distinguirlas entre sí y de la finalidad que inspira la actitud dolosa.

La finalidad responde a un para qué o por qué se engaña; el engaño determinante alude a la importancia de aquello sobre lo que recae el error. La gravedad, en cambio, concierne: a) a la clase de artilugios, sofismas y, en general, procedimientos utilizados para inducir al engaño. No es lo mismo, por tanto, engañar a un experimentado comerciante en piedras preciosas que a un lego en la materia; b) a las relaciones del engañador con el engañado.

Por último, el engaño debe ser de tal entidad que, de no haber incurrido en él, el engañado no hubiera celebrado el negocio. El error, por eso, ha de ser razón determinante para contratar.

No es necesario que el error cometido por dolo pueda encuadrarse en la disciplina del error que ya hemos estudiado; no hace falta que recaiga sobre bienes, personas o derecho, como lo regula el artículo 202. No es menester, en suma, que sea esencial. Basta que determine la voluntad, inclinándola a tomar una decisión que, de no haber habido error, no se hubiera adoptado.

El Código argentino (artículo 932) reclama otro requisito: "que el dolo haya ocasionado un daño importante". La jurisprudencia de ese país ha estimado que se refleja a daño económico. No coincido con este planteamiento: en ocasiones, el daño moral experimentado o la mera posibilidad de sufrir un quebranto patrimonial justifican la acción anulatoria del dolo.

El engaño puede ser causado por un tercero ajeno a las partes, pero en este supuesto el acto será anulable, dice el artículo, solo si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él. El mandamiento parece claro, pero bien merece algunos comentarios.

En primer término, conviene precisar que a pesar del uso del vocablo "partes" puede haber dolo en negocios unilaterales en los que el engañado, claro está, es el declarante. En estas especies de negocios no hay partes. De lo cual se deriva que el dolo puede provenir de cualquiera y éste siempre será un tercero, si entendemos por parte aquella que interviene en la formación del negocio. Tratándose de negocios unilaterales con declaración recepticia, podría pensarse que se ha considerado como la otra parte al destinatario de la declaración. Esto supondría una impropia utilización del vocablo "partes", pero la consecuencia será la misma: el negocio, en nuestra opinión, ha de ser anulable desde que la voluntad ha quedado viciada por impulsos de alguien ajeno al negocio, prescindiendo de si el destinatario de la declaración conoce el engaño o no. Este vacío se debe a una defectuosa adaptación del artículo 1439 d~1 Código italiano, que trata del dolo en la parte de los contratos. Al adoptar el nuestro un sistema diferente, ha colocado al negocio jurídico en una ubicación distinta y con reglas que son de aplicación a figuras no contractuales, y debió haberse hecho la correspondiente modificación.

En los negocios bilaterales se reclama que el engaño del tercero haya sido conocido por la otra parte. El precepto es enfático. Por tanto, no es suficiente que hubiera podido ser conocido por una persona de normal sagacidad y diligencia. Antes bien, se impone que real y efectivamente haya sido conocido. Si pudo y debió ser conocido, pero de hecho la otra parte no se percató, no hay motivo de dolo. Podrá invocarse error, si concurren los requisitos que ya hemos visto, o demandar al tercero por responsabilidad aquiliana, pero no tendremos dolo, tal como se reglamenta.

Cuando el negocio sea plurilateral y el engaño solo afecta a una de las partes, debe tenerse presente la regla del artículo 223. En consecuencia, el engaño permitirá que únicamente la parte errada se retire anulando su intervención del negocio, salvo que su participación se considere esencial, en cuyo caso la anulación repercute a todas las partes y, por ende, al negocio entero.

Como punto final, precisemos que el tercero queda sujeto a la indemnización por los daños y perjuicios que cause.

Concluye la norma señalando que si el engaño es empleado por el tercero, la anulación solamente prosperará si, además de haberlo conocido, la otra parte obtuvo un beneficio. Dicho está que en los actos unilaterales, conocido o no el engaño, el negocio es anulable. Partamos, pues, del supuesto de negocios con dos o más partes. La ley habla de beneficio, pero es exagerada, pues se corre el riesgo de interpretar literalmente el beneficio y tomarlo como sinónimo de utilidad, ganancia, enriquecimiento o evitación de un potencial perjuicio (caso este último de quien vende sabiendo que lo vendido será expropiado a bajo precio) o algo similar.

El fundamento de la anulación en estos casos es que una parte conoce el engaño causado por otro y faltando a un deber de buena fe, de lealtad y de moralidad, no hace advertir el error a la contraparte. Debe rectamente entenderse que el beneficio es secundario e impone al afectado la carga de una prueba dificilísima. No hay razón para ello. La cuestión del beneficio no fue discutida cuando la Comisión aprobó el artículo, pero el tema merece que se replantee. Puede en efecto haber dolo conocido por una de las partes y ausencia de beneficio para ella, con un considerable perjuicio del engañado.

Lo del beneficio, por tanto, ha de ser aceptado con serias reservas y en todo caso" '

" la aplicación jurisprudencial tendrá que ser amplia y no rígida. Si se demuestra que una de las partes conocía el dolo del tercero y no procuró desvanecerlo, ha actuado inmoralmente y no con arreglo a la buena fe. Entonces no hay motivo para ampararla en desmedro del afectado y mantener el negocio a toda costa. La prueba del conocimiento debe ser imprescindible a todas luces. Y si ilícitamente no ha revelado el engaño, sus razones tendría, sean cuales sean. Lo cierto es que se ha aprovechado, y esto es lo importante, de un error causado por otro; ha utilizado para sí un error ajeno obtenido de mala manera. El "beneficio" que eso le rinde será de variada índole, objetivo como una ganancia o evitación de un perjuicio, o subjetivo con todos sus matices, vanidad, orgullo, afán de perjudicar a la otra parte, etc.

Visto así el artículo, hubiera sido más justo mencionar conveniencia en lugar de beneficio y no hace falta que se haya obtenido antes de demandar la anulación. Basta que el solo hecho de la conclusión del negocio pueda ser conveniente para la parte dolosa.

## ~ DOCTRINA

L.EÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CARRANZA, Jorge A. *El dolo en el Derecho Civil y Comercial*. Astrea, Buenos Aires 1983. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general*

## ART.210

*de los actos jurídicos o negocios jurídicos.* Ed. Temis, Bogotá 1980. CI FUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades.* Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

*"Que, el dolo en materia civil, es la maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro, como resulta de lo dispuesto por el artículo 210 del Código Civil"*

*(Exp. N° 2566-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 244)*

## DOLO INCIDENTAL

*Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.*

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 1985; 2001 inc. 4)

Comentario

Guillermo Lohmann Luca De Tena

Como toda conducta impropia, el dolo tiene sus graduaciones. El artículo, empero, no alude a la conducta en sí, sino a la naturaleza del engaño y más específicamente a aquello sobre lo que recae el error que se provoca.

En realidad todo error causado por maquinaciones de un tercero o de la otra parte, determina la voluntad, es decir, la inclina o motiva de una manera. Es importante hacer esta anotación para la correcta comprensión del artículo. Así es, la gravedad del engaño puede hacer que el afectado decida: a) celebrar el negocio; b) celebrarlo con ciertas estipulaciones sobre las cuales su voluntad ha sido engañada, pero que no son trascendentales; c) celebrarlo con ciertas condiciones que él creía que reposaban en la verdad, pero sobre las cuales ha sido engañado. En las tres hipótesis la voluntad ha estado determinada, pero la materia del engaño reviste mayor o menor importancia según el caso.

El dolo de que trata el artículo es el llamado incidental. No afecta la voluntad de querer el negocio, sino el modo o manera que quererlo. Se parte del supuesto que, a pesar de haber habido engaño, el negocio se hubiera celebrado de todas formas. Es cuestión de prueba examinar en cada supuesto concreto la relevancia del engaño en el complejo negocial a fin de precisar si el negocio se hubiera celebrado o no. La cuestión, en suma, queda librada a la apreciación judicial.

La mala fe también debe ser objeto de prueba, porque no se presume. Respecto de los daños y perjuicios también deben probarse y no conviene limitarlos al caso que este artículo 211 señala. Aunque no haya norma expresa que autorice su reclamación, debe considerarse:

- a) Que tampoco hay una regla prohibitoria, como la incluida en el artículo 203 para el régimen del error;
- b) El dolo ha quedado admitido en el nuevo ordenamiento como una falta al principio de la buena fe que debe vertebrar todo negocio jurídico bilateral. Desde esta ópti

ca, falta a dicho deber quien induce al error, o quien conociendo o debiendo conocer el error de la otra parte no se lo advierte.

- c) Por último, parece razonable colegir que si se autoriza indemnización cuando el dolo no ha sido de entidad que determine la voluntad, con mayor razón debe proceder reclamación si la ha determinado por entero y la anulación del negocio no sea suficiente para reparar el daño.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CARRANZA, Jorge A. *El dolo en el Derecho Civil y Comercial*. Astrea, Buenos Aires 1983. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## OMISION DOLOSA

*La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.*

c.c                  artº 210

### Comentario

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Esta disposición sobre el dolo omisivo o reticencia dolosa ha sido controvertida en la doctrina y la legislación comparadas, como ha puesto de relieve León Barandiarán. En las sesiones de la Comisión Reformadora la norma fue aprobada sin discusión alguna.

La doctrina había venido insistiendo en que el dolo omisivo o reticencia se equiparaba al silencio y por lo tanto debía tener el mismo tratamiento. Es decir, que solamente se tipificaría el dolo omisión cuando se vulnerara una obligación legal de informar. El codificador, sin embargo, ha querido ir más allá, porque si bien es cierto que pueden existir obligaciones legales de no guardar silencio, también es cierto que hay obligación de no actuar de mala fe y que el ordenamiento jurídico del negocio está afincado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante. Estos principios derivados de elemental moral social, de honestidad y debida diligencia, de cuya tutela el Derecho no puede abdicar, inspiran toda la concepción del negocio y especialmente de los contratos.

Pero aparte de lo dicho, no solamente el silencio es entendido como no sacar a la parte de su error, sino también es dolo omisivo aquel silencio que tiene como intención hacer que el otro caiga en el error, por no informarle de aquellos hechos o circunstancias que la víctima no tenía manera de enterarse por sus propios medios. En este orden de ideas, debe investigarse si la conducta ha tenido como propósito provocar el error o explotarlo.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CARRANZA, Jorge A. *El dolo en el Derecho Civil y Comercial*. Astrea, Buenos Aires 1983. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia

1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## **DOLO RECÍPROCO O BILATERAL**

*Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

El precepto, inspirado en el 1085 del Código anterior, no tiene complejidad alguna.

La posición del Código difiere de la sostenida por un vasto sector de la doctrina que considera que la existencia de bilateralidad del dolo no debe impedir la anulabilidad del negocio, porque cada uno de los dolos empleados reúne los requisitos de conducta engañosa, intención y gravedad.

En suma, el acto celebrado no fue querido por ninguna de las partes.

~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999.  
VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CARRANZA, Jorge A. *El dolo en el Derecho Civil y Comercial*. Astrea, Buenos Aires 1983. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## VIOLENCIA ABSOLUTA

*La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.*

### CONCORDANCIA:

C.C. arts. 218; 221 inc. 2)

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

El negocio jurídico es inválido cuando el agente no ha estado en aptitud de adoptar una decisión y de expresarla de manera consciente y voluntaria.

La decisión de voluntad y expresión voluntaria de la misma equivalen a libertad. Libertad de intención de obtener un resultado, que se traduce en una declaración sin coacción. La formación de voluntad y su expresión se estudian desde dos ángulos diversos: uno interno, que es la conciencia donde se crean las decisiones, y otro externo, que es la libertad de expresar lo decidido, o de no expresar nada.

Voluntario es aquello espontáneo, sin nada superior que lo impela de manera extraña al propio querer. El comportamiento humano no voluntario obedece fundamentalmente a dos razones: o se actúa sin querer, sin darse cuenta, sin percatarse de lo que se hace pero por razones atribuibles al propio sujeto; o bien dándose cuenta y sabiendo lo que realiza, pero sin quererlo, luego es por razones ajenas al sujeto o, lo que es igual, que no hay libertad. La decisión ha sido extraída con violencia sobre los medios materiales de que todos hemos de valemos para realizar el negocio, o sobre nuestro ánimo.

En propiedad, cuando el agente ha expresado su voluntad forzado materialmente por violencia física causada por otro, la voluntad declarada (querida o no) ha sido arrancada empleando fuerza irresistible. No puede hablarse de declaración de voluntad en su auténtico y genuino significado: hay una apariencia de declaración, pero no hay voluntad de declarar. Habrá a lo sumo un hecho jurídico, pero no un negocio jurídico. Falta intención. Así, por ejemplo, si alguien ha sido forzado violentamente, por presión física, a firmar un documento. El declarante, que ha sido constreñido, es un simple instrumento pasivo del acto.

De todo lo dicho debería inferirse que el negocio jurídico así concluido es nulo, de conformidad con lo ordenado en el inciso 1) del artículo 219, por falta de declaración de voluntad. Ha de ser así porque la violencia, la *vis* absoluta o ablativa no vicia el querer, sino que lo excluye. No obstante esta tesis, el apartado 2 del numeral 221

menciona como anulable al negocio celebrado con violencia, aparentemente ratificando lo previsto en el artículo 214. Se seguiría de este modo el criterio ya establecido en el Código de 1936, cuestionado por la doctrina.

La pregunta es: ¿coloca el Código a la intimidación y a la violencia física en igualdad legal, a pesar de que la primera es vicio que afecta a la decisión y voluntad negocial y la segunda precisamente excluye todo querer, por lo que no hay vicio propiamente dicho? Tan drástica interpretación y conclusión son equivocadas y a todas luces injustas para quien resulta perjudicado.

Por otra parte, la disposición es lógica respecto del sujeto activo. Puede ser una de las partes o un tercero de ellas. La violencia compulsiva excluye la voluntad, y la intimidación y la *vís* impulsiva, la vician; por lo tanto, da igual quién sea el autor del mal. No hace falta que el causante de la presión física o moral se beneficie del negocio así obtenido, ni es necesario que la parte no víctima esté impuesta del vicio que afecta a la otra parte. Basta que la voluntad esté viciada para que el negocio sea anulable. Se considera que la violencia viciante y la intimidación son más graves que el error y por tal razón no se exige el requisito de conocibilidad por la otra parte.

Este artículo 214 está tomado del 1268 del Código español y la jurisprudencia de este país ha establecido que deberá estimarse la posible fuerza de coacción moral del tercero cuando se trate de intimidación.

El afectado por la violencia o la intimidación puede reclamar daños y perjuicios al tercero y a la otra parte, o al destinatario de la declaración, si es unilateral, si éste, sabiendo del defecto, tomó la declaración por válida.

En negocio es nulo y la voluntad de declarar y de lo declarado está excluida, cuando se ha ejercido sobre el agente una fuerza corporal o física por la cual celebra el negocio. No hay, en suma, declaración de voluntad (artículo 219.1). Es decir, lo que hay es una forma externa, pero carente de contenido querido. La violencia, en este caso, coexiste con la celebración o ejecución del negocio. Es la violencia llamada absoluta, ablativa o compulsiva, porque en propiedad el agente no declara su voluntad, sino que físicamente movido por una fuerza ajena empleada por otro sujeto, ha declarado lo que este otro o un tercero querían. Las manos o el lenguaje han sido meros instrumentos de la fuerza bruta que otro actúa. Se ha sustituido la voluntad sin poder resistirlo. La violencia o presión de la otra parte no se ha aplicado sobre la voluntad, sino sobre el cuerpo. No hay intención negocial, cosa que sí ocurre en la violencia impulsiva que actúa como motivo (aunque injusto) determinante de declarar.

El negocio, en cambio, es anulable cuando la violencia coacciona, impulsa o impele una voluntad, pero no la genera en su exteriorización. Así por ejemplo, si estoy impedido de libertad o de movimiento hasta no firmar, o si actúo por miedo en virtud de un daño físico ya causado, o si se está ejerciendo violencia física sobre un tercero pariente de los que el artículo 215 menciona. No hay propiamente intimidación, que es amenaza de mal futuro, pero tampoco hay violencia sobre la persona (por ejemplo, libertad) o sobre la de un familiar o persona muy querida, o la ha habido recientemente, y esta violencia impulsa la voluntad de decidir o contribuye a ella. En este supuesto sí se puede hablar con propiedad de vicio de voluntad, porque deriva de un

proceso psíquico. Es la violencia impulsiva, que torna anulable el negocio, porque teniendo todos sus elementos, uno de ellos está viciado. Se ha actuado por miedo, o temor, o simple sufrimiento ante un daño que al declarante o a un ser querido se causa o se acaba de causar. En cambio, cuando hay violencia o *vis* compulsiva, puede haber actuación sin temor, pero acaso con grave dolor físico y hay solamente una apariencia de voluntad.

Coincidimos con quienes indican la grave dificultad de determinar, en el caso concreto que se presente, si la violencia ha sido compulsiva o impulsiva. A veces se podrá probar y a veces no. Pero la dificultad procesal no puede perturbar la realidad ni, en aras de razones prácticas, impedir la nulidad absoluta cuando se haya podido probar la violencia que excluye la voluntad.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CI FUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## ELEMENTOS DE LA INTIMIDACIÓN

*Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.*

*Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.*

### CONCORDANCIA:

C.C. artº 277 (nc. 6)

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

Contiene este artículo una de las pocas definiciones expresadas en el Código.

La intimidación es una conducta antijurídica que consiste en influir sobre el fuero interno del agente causándole miedo o temor, amenazándolo con un mal futuro que debe ser inminente y grave. De esta manera, presionando la voluntad o el ánimo del agente, se logra que declare algo de una manera distinta de la querida, o al declarar que quiere, cuando nunca ha querido así ni de otra manera.

Son características de la intimidación, que la diferencian de la violencia física (compulsiva) o de la violencia moral (impulsiva), las siguientes:

a) La existencia de una amenaza que cause miedo o temor. La amenaza puede recaer sobre el honor y bajo el concepto de bienes debe englobarse toda situación económica, como la posibilidad de hacer perder a la víctima su trabajo o su situación profesional. No basta cualquier temor: debe existir una relación razonable entre el miedo y el mal posible. De aquí que se insista que el temor tenga que ser racional y fundado. Esto quiere decir, en concordancia con el artículo 216, que debe tenerse en cuenta el sujeto activo que intimida, el mal que se dice causaría y el sujeto pasivo. Hay una cierta dosis de subjetividad, pues no es igual el daño psicológico o la fuerza de carácter de toda la gente.

b) El mal en que consiste la amenaza debe ser inminente y grave (además de injusto, de lo que trata otro artículo). En otras palabras, inminente es sinónimo de futuro, pero próximo, aunque no creemos que tenga que ser inmediato. Si una persona recibe amenazas de que será secuestrado un miembro de su familia antes de que pasen treinta días, el mal será próximo, pero no inmediato, y sin embargo la intimidación es evidente. La gravedad que el precepto exige también que habrá que juzgarla caso por caso: si la amenaza versa sobre los bienes del

declarante no parece razonable medir por igual al potentado y al que carece de medios.

- c) El mal puede recaer sobre la persona o bienes de la víctima o los parientes que la norma indica, si bien, tratándose de otros parientes, se verán las circunstancias.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica," Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## JURISPRUDENCIA

"Para que la intimidación vicie el consentimiento y produzca la anulación del contrato se exigen como requisitos fundamentales, el empleo de amenaza de un daño inminente y grave capaz de disminuir la libertad de uno de los contratantes; que esa amenaza determine la declaración de voluntad o, lo que es igual, que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento, y por último, que esa amenaza revista carácter antijurídico"

(Díez-Plcazo, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Volumen 1, p. 134).

"El Código Civil no distingue entre amenaza expresa y tácita para determinar la nulidad del consentimiento prestado por miedo, cualquiera que sea el procedimiento empleado para inspirarlo, ya que la razón debe atender, para calificar la intimidación, más que a la expresión de ciertas palabras, que no siempre revelan intención ni posibilidad de hacer sufrir el mal con que amenaza, a las circunstancias que hagan temible, por la intención, y posible, por los medios al alcance del que amenaza, la inmediata realización del mal grave constitutivo de la misma"

(Díez-Plcazo, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Volumen 1, p. 136).

## CALIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

*Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona ya las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.*

### CONCORDANCIA:

C.C. artº 277 inc. 6)

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

La justificación del artículo salta a la vista y no requiere comentario. El juez debe analizar cómo se obtuvo la declaración, los medios empleados para ello y la persona afectada. Es una apreciación en función del sujeto afectado. Por tanto, subjetiva y no objetiva.

### ~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## **SUPUESTOS QUE NO CONSTITUYEN INTIMIDACIÓN**

*La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.*

CONCORDANCIA:

C.C. artº 277 inc. 6)

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

La primera parte de este artículo debe ser estrechamente concordada con el artículo 11 del Título Preliminar, sobre el abuso en el ejercicio de un derecho.

I Dice este precepto que se incurre en tal abuso cuando en el ejercicio de su derecho el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho.

La idea, en consecuencia, es que es regular o normal el ejercicio de un derecho cuando no se abuse de él en los términos indicados.

De todos modos, hay que considerar, además del abuso, la forma de proceder y el beneficio o ventaja que obtiene quien invoca el derecho. Esto significa, como dice el artículo 1438 del Código italiano, que la amenaza de hacer valer un derecho es causa de anulación cuando se enfoque a conseguir un provecho o ventaja injusta.

Por vía de exclusión debe razonarse que el mal impulsa que a la víctima es todo aquél no querido por el Derecho. No hace falta que esté legalmente sancionado con prohibición o pena. Basta con que sea nocivo y socialmente considerado como injusto.

El temor reverencial tampoco es causal de anulación. Establecer las diferencias con la intimidación en los casos concretos es difícil y debe quedar supeditado a la apreciación judicial.

~ DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍBEZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Dere

cho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. I1rant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN POR VICIOS DE LA VOLUNTAD

*Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.*

*Comentario*

*Guillermo Lohmann Luca De Tena*

El mandamiento del artículo es claro y justo. Es lógica la disposición legal de considerar nula absolutamente la renuncia anticipada a la acción de anulabilidad que el artículo concede, mientras el sujeto declarante se encuentra todavía afectado por error, dolo, intimidación o violencia impulsiva.

La renuncia a la acción de nulidad absoluta expresada por quien ha declarado por violencia compulsiva, también es nula.

### DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 1999. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima 2002. LOHMANN, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima 1994. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los vicios de la voluntad*. UNMSM, Lima 1978. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona 1958. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943. GALGANO, francesco. *El negocio jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992. DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel. *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid 1982. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos jurídicos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, Bogotá 1980. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Astrea, Buenos Aires 1986.

## CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

*El acto jurídico es nulo:*

- 1.- *Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2.- *Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.*
- 3.- *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4.- *Cuando su fin sea ilícito.*
- 5.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6.- *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7.- *Cuando la ley lo declare nulo.*
- 8.- *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.*

### CONCORDANCIAS:

|                   |                                                                                                                   |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>C.C.</i>       | <i>arts. 11,43, 140incs.2),3)y4), 141, 190,220,274,808,813,</i><br><i>814, 1286, 1287, 1308, 1309, 1310, 1358</i> |
| <i>C.deC.</i>     | <i>art 53</i>                                                                                                     |
| <i>C.T.</i>       | <i>arlo 109</i>                                                                                                   |
| <i>LEY 27287</i>  | <i>arl.21</i>                                                                                                     |
| <i>LEY 26702</i>  | <i>arlo 179</i>                                                                                                   |
| <i>D.L. 26002</i> | <i>arts. 123 a 126</i>                                                                                            |
| <i>LEY 26887</i>  | <i>arts. 33, 38, 139, 150,343,365</i>                                                                             |
| <i>LEY27444</i>   | <i>arlo 10</i>                                                                                                    |

*Freddy Escobar Rozas*

*Comentario*

La nulidad es la forma más grave de la invalidez negocial (BIANCA). La invalidez negocial presupone la existencia de un "juicio de conformidad" en virtud del cual se concluye que el negocio no cumple con las "directrices" establecidas por el ordenamiento.

miento jurídico. El fenómeno indicado ("incumplimiento de las directrices") se presenta cuando por lo menos alguno de los "elementos" (manifestación de voluntad, objeto o causa) o de los "presupuestos" (sujetos, bienes y servicios) del negocio no presenta alguna de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento jurídico.

La invalidez negocial viene a constituir una sanción que el ordenamiento jurídico impone al negocio que presenta "irregularidades". Esta sanción puede determinar (i) que dicho negocio no produzca las consecuencias jurídicas a las cuales está dirigido (lo que significa que es absolutamente ineficaz); o, (ii) que dicho negocio produzca las consecuencias a las cuales está dirigido, pero que éstas puedan ser "destruidas" (lo que significa que es precariamente eficaz) (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI).

La invalidez negocial puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el requisito no cumplido por un elemento o un presupuesto del negocio tutela intereses que no son "disponibles" por la parte o las partes, sea porque los mismos comprometen principios básicos del ordenamiento jurídico o porque comprometen necesidades de terceros o de la colectividad en general (piénsese en el requisito de la licitud o en el de la posibilidad física y jurídica). Es relativa cuando el requisito en cuestión tutela intereses "disponibles" por las partes (piénsese en el requisito de la seriedad o en el de la ausencia de vicios). La invalidez absoluta supone la nulidad del negocio; la invalidez relativa, en cambio, la anulabilidad del mismo. .

La invalidez se distingue de la inexistencia. En efecto, la invalidez supone la presencia de un acto de autonomía privada al cual puede dársele la calificación de "negocio". La inexistencia, en cambio, supone la ausencia de tal acto, de modo que resulta vano cualquier intento por otorgar la referida calificación. La legislación comparada no recoge la figura de la inexistencia y los casos en los que ésta se presenta son generalmente reconducidos a la figura de la nulidad (piénsese en la nulidad por falta de manifestación de voluntad). No obstante ello, como quiera que el Código Civil no contempla todos los casos de inexistencia como supuestos de nulidad, la categoría de la inexistencia debe mantenerse vigente. De este modo, por ejemplo, el negocio que no tenga causa no será nulo sino inexistente.

La invalidez también se distingue de la ineficacia. En efecto, la invalidez supone que el negocio es valorado negativamente por el ordenamiento, de manera que este último no le presta a aquélla "tutela" que le otorgaría de ser valorado positivamente. Como se anticipó, la ausencia de semejante tutela puede provocar la inexistencia de efectos negociales (cosa que ocurre en la nulidad) o la existencia de efectos negociales precarios, que sin embargo pueden tornarse en definitivos por el transcurso del tiempo (cosa que ocurre en la anulabilidad). La ineficacia, por su parte, únicamente supone que el negocio no es apto para desplegar las consecuencias a las que naturalmente tiende. La falta de tal "aptitud" puede obedecer a distintas circunstancias. Así, por ejemplo, puede explicarse en la invalidez absoluta del negocio, en la existencia de una condición suspensiva o en la existencia de un plazo suspensivo.

Ahora bien, por lo menos teóricamente, la nulidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:

- a) La ineficacia total y original del negocio.
- b) La imposibilidad de que el negocio sea "saneado".
- c) La naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia.
- d) La posibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio.
- e) La imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada.
- f) La posibilidad de que terceros con interés puedan accionar para que sea declarada.

El Código Civil recoge expresamente casi la totalidad de las características enumeradas. Así, en su artículo 220 establece que la nulidad no puede subsanarse por confirmación y que el juez la "declara" a pedido de quienes tengan interés o del Ministerio Público, o de oficio cuando resulte manifiesta. Evidentemente, el Código Civil no necesita prescribir expresamente que el negocio nulo no produce efectos.

Respecto de la característica de la imprescriptibilidad de la acción para que se declare la nulidad del negocio, sorprendente mente el Código Civil no la acoge, al contemplar, en el inciso 1 de su artículo 2001 , que la acción de nulidad prescribe a los diez años. Es cierto que esta postura no es desconocida en la legislación comparada (p. e. el Código Civil español también la acoge), pero es cierto también que las razones esgrimidas para su consagración positiva carecen de sustento. En efecto, no tiene sentido establecer la prescripción de la acción de nulidad a fin de tutelar el interés en conservar las "situaciones" adquiridas como consecuencia de la "ejecución" del negocio, pues semejante interés resulta protegido con creces por dos institutos especialmente contemplados al efecto: la usucapión y el decaimiento de las acciones de repetición por pago indebido o por enriquecimiento sin causa (SCOGNAMIGLIO).

Tomando en consideración que el mero transcurso del tiempo no puede, *per se*, convertir lo ilícito en lícito, lo imposible en posible, lo indeterminado en determinado, etc., resulta claro que el cumplimiento del plazo prescriptorio en ningún caso puede legitimar a las partes (o a los terceros beneficiarios) para "reclamar" el cumplimiento de lo establecido en el negocio. En realidad, el vencimiento del plazo prescriptorio únicamente impide que se revise, en sede judicial, la validez del negocio (PASQUAU). Ahora bien, si el negocio aún no se ejecutó, el transcurso del plazo prescriptorio adquiere relevancia únicamente en caso de que una de las partes pretenda el cumplimiento del mismo. En tal supuesto, la parte que, sobre la base de la nulidad, no está dispuesta a ejecutar el negocio, tendrá que esperar que la otra interponga la demanda correspondiente a fin de oponer una excepción de nulidad, la cual no está sujeta a plazo prescriptorio alguno. Si, por el contrario, el negocio ya se ejecutó, el transcurso del plazo prescriptorio adquiere relevancia únicamente en caso de que no hubiese funcionado la usucapión o no hubiese prescrito la acción de repetición por pago indebido, pues en tal supuesto dicho plazo impediría exigir, a través de una demanda, la restitución de lo ejecutado.

La nulidad de un negocio no supone la total "irrelevancia" del mismo (FLUME). Así es, si bien es cierto que todos los efectos jurídicos emanan directamente de la nor

ma, también la es'que cuándo la misma contempla la figura del negocio jurídico, los efectos que establece se "nutren" de la reglamentación de intereses fijada o acordada, respectivamente, por la parte o las partes que celebran dicho negocio. A estos efectos se les denomina "negociales". Junto a los efectos "negociales" normalmente surgen otros, denominados "no negociales", que no se "alimentan" de la referida reglamentación. Cuando el negocio es válido, en líneas generales la función de estos últimos efectos consiste, por un lado, en "corregir" las desviaciones que pueda presentar la reglamentación ya indicada; y, por el otro, en "complementar" el contenido de la misma, cuando existan determinados aspectos de la operación económica no tomados en consideración por la parte o las partes que celebran el negocio jurídico.

Ahora bien, la nulidad determina que el negocio jurídico no produzca los efectos "negociales", que son los efectos deseados por la parte o las partes que lo celebran. En ciertos casos, sin embargo, la nulidad no impide que surjan efectos "no negociales", derivados del hecho de la celebración del negocio (nulo) o de la ejecución del mismo. En tales casos, la función de los referidos efectos consiste en tutelar ciertos intereses de una de las partes. Lo descrito ocurre, por ejemplo, cuando transgrediendo las reglas de la buena fe objetiva, una de las partes induce a la otra a celebrar un negocio nulo; o cuando, ignorando la existencia de una causal de nulidad, una de las partes ejecuta en favor de la otra una de las prestaciones previstas en el negocio. En el primer caso el ordenamiento jurídico le otorga "relevancia" a la celebración del negocio nulo a fin de concederle a la parte que sufre el engaño, el derecho de exigirle a la otra el pago de una indemnización (supuesto de responsabilidad precontractual). En el segundo caso el ordenamiento jurídico le otorga "relevancia" a la ejecución del negocio nulo a fin de concederle a la parte que realizó la prestación el derecho de exigirle a la otra la restitución de la misma (sea *in natura* o por equivalente).

### a) Inciso 1

La falta de manifestación de voluntad supone, en principio, no la nulidad del negocio sino la inexistencia del mismo, pues sin aquélla resulta imposible que se forme el supuesto de hecho en el que se resuelve este último (o sea el negocio). El inciso materia de comentario, sin embargo, considera que el "negocio" es nulo cuando no I está presente el componente "volitivo".

En general y desde una perspectiva exclusivamente teórica, la ausencia de manifestación de voluntad supone la imposibilidad de referir o imputar eficazmente (y para fines negociales) dicha manifestación a su pretendido autor. Por tanto, se tiene falta de manifestación de voluntad en los siguientes casos:

- a) Cuando el sujeto al que se le imputa la declaración (en virtud de la cual se "celebra" el negocio) carece de existencia jurídica.
- b) Cuando la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se atribuye la misma. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma-del sujeto al que se le atribuye la manifestación (escrita) ha sido falsificada.
- c) Cuando la manifestación de voluntad materialmente efectuada carece de relevancia negocial. Esto sucede en tres supuestos genéricos, a saber:

En caso de que la manifestación no sea negocial, esto es, en caso de que la misma no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses.

En caso de que la manifestación no sea "seria", esto es, en caso de que la misma no demuestre la existencia de la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado. Evidentemente, tal intención debe ser objetiva y razonablemente perceptible por terceros. La falta de seriedad se presenta, por ejemplo, cuando el sujeto actúa con fines didácticos o lúdicos.

En caso de que la manifestación dirigida a concluir un contrato no "concuerde" con la de la otra parte (disenso).

d) Cuando la manifestación de voluntad ha sido "arrancada" por la presión física ejercida sobre el sujeto (*vis compulsiva*).

Sin perjuicio de lo indicado, es menester destacar que, de acuerdo con el Código Civil, no en todos los casos en los que falte manifestación de voluntad el negocio será nulo. En efecto, en algunos supuestos (piénsese en los casos en los que existe violencia física o error obstativo) y por mandato expreso de la ley, la ausencia de este elemento únicamente determina la anulabilidad del negocio.

#### b) Inciso 2

La capacidad jurídica (también denominada "capacidad de goce" o "subjetividad") es la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos, deberes o, más genéricamente, de situaciones jurídicas subjetivas. Por su parte, la capacidad de obrar (también denominada "capacidad de ejercicio") es la idoneidad de un sujeto para realizar una actividad jurídicamente relevante (consistente en "actuar" el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas), por medio de una manifestación de la propia voluntad (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI).

La incapacidad a la que se refiere la norma materia de comentario supone que el sujeto goza de capacidad jurídica mas no de capacidad de obrar plena o absoluta, de modo que el mismo no puede "actuar" válida y personalmente el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas que le corresponden (ejercer poderes o derechos, cumplir deberes, etc.).

De acuerdo con el artículo 43 del Código Civil, se tiene incapacidad de obrar absoluta cuando el sujeto tiene menos de dieciséis años de edad (salvo para aquellos actos determinados por la ley); cuando (por cualquier causa) se encuentra privado de discernimiento; o cuando, siendo sordomudo, ciegosordo o ciegomudo, no puede expresar su voluntad de manera indubitable.

Ahora bien, no todos los actos realizados por el sujeto afectado por incapacidad de obrar absoluta están viciados de nulidad. En efecto, según lo previsto por la norma bajo comentario y por el artículo 1358 del Código Civil, cuando dicho sujeto no se encuentre privado de discernimiento, los actos o negocios que celebre para satisfacer las necesidades ordinarias de su vida diaria serán perfectamente válidos. Se considera que el sujeto no se encuentra privado de discernimiento cuando tiene la

## ART.219

capacidad de percibir y declarar las diferencias existentes entre las cosas. Asimismo, se considera que las necesidades ordinarias de la vida diaria de un sujeto (incapaz) son aquellas que surgen como consecuencia del normal desarrollo de sus actividades cotidianas. Evidentemente, para determinar qué actos celebrados por un sujeto incapaz son válidos, habrá que tomar en consideración la causal específica de incapacidad que lo afecta y determinar, a la luz de la misma, si aquél cuenta con el discernimiento suficiente para celebrar el negocio concreto del que se trate; negocio que, por lo demás, deberá corresponder a las necesidades cotidianas que normalmente afectan, en abstracto, a los que padecen la misma incapacidad que la afecta el sujeto en cuestión.

### e) Inciso 3

La palabra "objeto", de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, significa, por un lado, el "intento" o "fin" al que se dirige o encamina una acción; y, por el otro, lo que sirve de "materia" al ejercicio de una de las facultades del sujeto. Evidentemente, cuando se hace referencia al "objeto" del negocio jurídico, se adopta como válido este último significado.

El objeto del negocio jurídico es el conjunto de preceptos o reglas que la parte o las partes declaran "hacer suyas" con miras a conseguir un resultado práctico aceptado por el ordenamiento jurídico. Para que el objeto del negocio "alimente" a los efectos "negociales", es necesario que cumpla con ciertos requisitos normativamente impuestos, a saber: la posibilidad (física y jurídica), la licitud y la determinabilidad. El inciso bajo comentario establece, precisamente, qué es lo que ocurre cuando el objeto del negocio no cumple con dos de esos requisitos: la posibilidad (física y jurídica) y la determinabilidad.

El objeto del negocio es físicamente imposible, en general, cuando, en el plano de la realidad física, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas. Ahora bien, la doctrina (OSTI, BETTI) ha distinguido, por un lado, entre una imposibilidad física "absoluta" y una imposibilidad física "relativa"; y, por el otro, entre una imposibilidad física "objetiva" y una imposibilidad física "subjetiva".

La imposibilidad física "absoluta" constituiría un impedimento que no puede ser vencido por la fuerza humana, en tanto que la imposibilidad física "relativa" constituiría un impedimento que solo puede ser vencido empleando un esfuerzo superior al ordinario.

Por su parte, la imposibilidad física "objetiva" constituiría un impedimento que determina que nadie pueda ejecutar la regla negocial, mientras que la imposibilidad física "subjetiva" constituiría un impedimento que determina que el deudor no pueda ejecutar la regla negocial.

Ahora bien, en realidad las imposibilidades físicas "absoluta" y "objetiva" son equiparables, motivo por el cual resulta ocioso distinguirlas. A su vez, la imposibilidad física "relativa" no presenta mayor relevancia, en tanto que el "esfuerzo superior al ordinario" no tiene como objeto de referencia la situación de la parte deudora, que es la que interesa. En realidad, la única distinción que posee valor es aquella que difiere

rencia entre una imposibilidad que afecta a todos y otra que afecta a la parte deudora, pues solamente en este último caso es pertinente la pregunta de si se cumple o no el requisito de la posibilidad física. Enfocado de esta manera el problema, se debe señalar que, de conformidad con una difundida corriente de opinión (DE RUGGIERO, MAROI, SCUTO, etc.), tributaria del Derecho romano, basta con que alguien pueda efectuar la regla negocial para que se considere que ésta es físicamente posible, sin que interese si la parte deudora se encuentra o no en condiciones de cumplirla. La razón por la cual se sostiene esto es la siguiente: si la parte deudora no está en aptitud de ejecutar la regla negocial no importa, pues si bien no se le podrá pedir la satisfacción *in natura* del interés de la parte acreedora, se le podrá exigir en cambio el *id quod interest*, esto es, una indemnización que satisfaga por "equivalente" dicho interés. Contrariando esta forma de entender el asunto, otra corriente de opinión (PACCHIONI, BARASSI, etc.), notoriamente menos seguida que la primera, considera que la regla negocial es físicamente posible solo cuando la parte deudora está en aptitud de ejecutarla. La razón por la cual se sostiene esto es bastante sencilla: tanto la imposibilidad absoluta como la relativa determinan que la conducta *in obligatione* no pueda ser verificada en los términos previstos. De las dos posiciones examinadas, ¿cuál es la correcta? La respuesta, en realidad, depende del interés que se trate de privilegiar. En efecto, si lo que se quiere es tutelar el interés que la parte acreedora tiene en que los impedimentos particulares que afectan a la parte deudora no influyan en la validez del negocio, habrá que acoger los postulados de la primera posición. Pero si por el contrario lo que se quiere es tutelar el interés que la parte deudora tiene en no ser gravada con un negocio que no está en condiciones de cumplir, habrá que acoger los postulados de la segunda posición. La alternativa planteada ha de ser, pues, resuelta única y exclusivamente sobre la base de una opción de política legislativa. Se equivocan, por eso, los defensores de la primera posición cuando intentan demostrar el valor intrínseco de la misma, afirmando para ello que la imposibilidad de la parte deudora de ejecutar la regla negocial no debe determinar la invalidez del negocio, en tanto que si bien ésta no se ejecutará *in natura*, podrá en cambio ejecutarse por "equivalente". Con este razonamiento, los autores que adoptan la posición mencionada no se percatan que si la causa de la irrelevancia de la imposibilidad "subjetiva" es que el *id quod interest* todavía va a poder ser prestado, habría que tener por intrascendente, también, a la imposibilidad "objetiva", pues igualmente el *id quod interest* va a poder ser prestado en caso de que la misma se presente.

Ahora bien, una vez aclarado que ninguna de las posturas indicadas es intrínsecamente incorrecta, cabe advertir que si la ley no establece cómo ha de entenderse el requisito de la posibilidad física (de la regla negocial), la posición que se adopte debe ser aquella que guarde coherencia con el régimen de responsabilidad que haya sido consagrado positivamente. En efecto, no puede abogarse, por ejemplo, por una posición objetiva en torno al referido requisito cuando el régimen de responsabilidad descansa en un factor subjetivo apreciable *in concreto*. Así es, si un ordenamiento jurídico consagra a la ausencia de culpa *in concreto* como eximiente de responsabilidad, la parte acreedora no podría pretender el pago de una indemnización por incumplimiento originado en imposibilidad subjetiva, pues ésta, de por sí, excluye a la culpa.

*in concreto*. Entonces, si en un contexto como éste un sujeto celebra un negocio y se obliga a efectuar determinada prestación en favor de otro y resulta que eso es subjetivamente imposible *ab origine*, tendremos que aquél necesariamente incurirá en incumplimiento. Pero como tal incumplimiento no obedecerá a culpa del obligado, éste, por aplicación del factor de exoneración de responsabilidad ya mencionado, no tendrá que prestar el *id quod interest*. Y si esto es así, es decir, si el acreedor del individuo afectado por la imposibilidad no puede pretender la ejecución de la prestación ni puede reclamar el pago de una indemnización, ¿para qué debería nacer la obligación? (O, lo que es lo mismo, ¿para qué debería considerarse válido el negocio?) La respuesta a la pregunta formulada es obvia: no hay razón alguna para que surja una relación inservible (o, lo que es lo mismo, para que se tenga por válido un negocio inútil). En estos casos (o sea, cuando exista un factor subjetivo de exoneración de responsabilidad evaluado *in concreto*), por tanto, la imposibilidad "relativa" debería bastar para considerar no cumplido al requisito estudiado.

Se puede concluir, por tanto, que cuando la ley calla, el carácter objetivo o subjetivo del régimen de responsabilidad será el que determine la naturaleza subjetiva u objetiva del requisito de la posibilidad física de la regla negocial y, por tanto, cuándo es que dicha regla no cumple el requisito en cuestión.

El objeto del negocio es jurídicamente imposible cuando, en el plano de la realidad jurídica, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado Uurídico) no previsto por el ordenamiento jurídico (piénsese en la constitución de una hipoteca sobre un bien mueble o en la enajenación de un bien que se encuentra fuera del comercio), o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por este último para la obtención del efecto deseado (piénsese en la necesidad de no tener deudas cuyo pago pueda verse perjudicado con el patrimonio familiar que se desea constituir).

Finalmente, el objeto del negocio es indeterminable cuando adolece de "vacíos" que impiden la realización de la "operación" que la parte o las partes diseñan. Tales "vacíos" dejan sin regulación determinados aspectos de la "operación" indicada (p. e. el precio que se debe pagar por el bien), los cuales, por lo demás, no encuentran respuesta alguna por parte del ordenamiento, en el sentido de que éste no les provee de una regulación supletoria que posibilite la consecución del efecto deseado.

En caso de que la parte o las partes hayan previsto los mecanismos para hallar la regulación requerida por los aspectos materia del "vacío" (p. e. nombramiento de un tercero para que determine el precio a pagarse), el objeto no será indeterminado sino "determinable". En dicho supuesto, el negocio no adolecerá de nulidad.

Como es obvio, el negocio tampoco adolecerá de nulidad en caso de que el ordenamiento jurídico establezca una regulación supletoria que "cubra" los "vacíos" dejados por la parte o las partes (piénsese en la reglamentación supletoria provista por el artículo 1547 del Código Civil para el caso de la venta de bienes comercializados habituales por el vendedor en la que no se ha pactado el precio ni la forma de determinarlo).

#### d) Inciso 4

El "fin" no es otra cosa que la causa del negocio jurídico. La causa del negocio jurídico es la función -económica- del mismo (GIORGIANI). La causa es diferente de la "intención", en tanto que ésta es la tendencia natural que la parte o las partes tienen de alcanzar el fin práctico intrínseco del negocio. Asimismo, la causa es diferente del "motivo", en tanto que éste es el impulso subjetivo que determina que la parte o las partes celebren el negocio (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI).

Todo negocio jurídico celebrado supone la existencia de "motivos" e "intención", aunque no de causa. En efecto, cuando la parte o las partes concluyen un negocio cualquiera, es evidente que lo hacen porque quieren obtener el resultado que normalmente se deriva del mismo para satisfacer sus necesidades particulares. Sin embargo, eventualmente dicho negocio puede no tener causa. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa sobre un bien que en realidad ya pertenece al comprador o cuando se celebra un contrato de seguro sobre un bien que en realidad ya ha perecido. En tales casos es evidente que a pesar de que las partes pretenden obtener los fines prácticos usualmente derivados de los contratos en cuestión (transferencia de propiedad y de riesgo, respectivamente), para responder de este modo a los diferentes motivos que las impulsan a celebrarlos, aquéllos no pueden, por razones obvias, cumplir las funciones económicas que les corresponden. Por tal razón dichos contratos carecen de causa.

Ahora bien, el Código Civil no establece la nulidad del negocio jurídico por falta de causa sino solamente por ilicitud de la misma. En tal sentido, si en el caso concreto no existe función económica, el negocio celebrado tendrá que ser considerado "inexistente".

La causa es ilícita cuando resulta contraria a las normas imperativas o a las buenas costumbres (GENTILI). Para determinar la ilicitud de la causa se debe atender a la función económica que concretamente cumpla el negocio y no a la que en abstracto le corresponde por su tipo negocial. En tal sentido, la ilicitud no solo puede afectar a la causa de los negocios atípicos sino también a la de los negocios típicos, en tanto que éstos suelen ser enriquecidos por las partes con un conjunto de "efectos" adicionales a los que se derivan de su propia naturaleza, frente a los cuales cabe efectuar un juicio de licitud.

Normalmente cuando el objeto del negocio es ilícito, la causa también lo es. Sin embargo, es perfectamente posible que dicho objeto sea lícito y la causa no. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un sujeto se compromete a abstenerse de ejecutar un delito a cambio de una suma de dinero. En este caso es claro que a pesar de que cada una de las conductas acordadas por las partes es lícita, su combinación negocial no lo es, en tanto que se encuentra dirigida a una función práctica consistente en sacarle provecho a una conducta que legalmente debe ser observada.

Lo indicado en el párrafo precedente también ocurre de modo general cuando se tiene un supuesto de "fraude a la ley" (DI MAJO). En efecto, cuando se presenta dicho supuesto, el objeto del negocio es perfectamente lícito, pero su causa no, ya que ella intenta eludir, mediante la coligación de componentes negociales de distinta

naturaleza, la aplicación al caso concreto de una norma imperativa (piénsese en el contrato de compraventa con pacto de rescate dirigido a sustraer a las partes de la aplicación de la norma que establece la nulidad del pacto comisorio).

#### e) Inciso 5

La simulación es una manifestación concreta de la apariencia jurídica (intencionalmente creada). El negocio simulado es aquél que, por decisión de las partes, aparece la existencia de una reglamentación negocial que en realidad no es querida (GALGANO).

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando las partes, no teniendo intención alguna de quedar jurídicamente vinculadas, fingir celebrar un negocio. Es relativa cuando las partes, teniendo la intención de quedar jurídicamente vinculadas por determinado negocio, fingir celebrar uno distinto del que en realidad celebran.

La simulación requiere la presencia de un negocio simulado y de un acuerdo simulatorio. El primero es el que está dirigido a crear la situación de apariencia. El segundo es el que recoge la real voluntad de las partes (de no quedar vinculadas por negocio alguno o de quedar vinculadas por un negocio distinto del que aparentan celebrar).

Se discute si el acuerdo simulatorio tiene o no naturaleza negocial. Para algunos, dicho acuerdo se limita a dejar constancia de que las partes son conscientes del carácter ficticio del negocio celebrado, por lo que aquél tendría la naturaleza jurídica de una "declaración de ciencia" (ROMANO). Para otros dicho acuerdo determina la ineffectividad del negocio celebrado, por lo que aquél tendría la naturaleza jurídica de una "declaración negocial" (BIANCA).

La simulación no requiere de la presencia de un intento fraudulento, aunque, en ciertos casos, tal intento normalmente sea tomado en cuenta por las partes. En todo caso, la relevancia de dicho intento está directamente relacionada con la tutela de los intereses de los terceros y no con la estructura íntima de la simulación.

La simulación no debe ser confundida con la reserva mental. En efecto, la primera supone que las partes acuerdan no asumir los efectos que tendría que producir el negocio aparente, mientras que la segunda supone mantener en silencio una voluntad contraria a la que se termina exteriorizando. Por lo tanto, si una de las partes declara conscientemente algo que en realidad no quiere, la voluntad declarada debe producir todos sus efectos, aun si el destinatario de la misma hubiese conocido la existencia de la reserva.

Como quiera que la simulación requiere de la existencia de un acuerdo simulatorio, surge la duda de si aquélla puede afectar también a los negocios unilaterales. La respuesta tiene que ser afirmativa en todos aquellos casos en los que exista una "contradeclaración" (que recoja la voluntad de crear una situación de apariencia) intercambiada entre el destinatario de la declaración unilateral y el sujeto que la efectúa.

La norma bajo comentario establece que el negocio que adolece de simulación

absoluta es nulo. La razón que fundamenta la posición adoptada por dicha norma hay que encontrarla en la voluntad de las propias partes de no quedar jurídicamente vinculadas por el negocio aparente que celebran.

#### f) Inciso 6

La forma no es más que el mecanismo (socialmente reconocido) de exteriorización de la voluntad o, si se quiere, el "vehículo" a través del cual se manifiesta el querer. Por eso, en realidad todos los negocios jurídicos tienen forma. Lo que ocurre es que en algunos casos el ordenamiento jurídico les otorga a los particulares la posibilidad de optar por la forma que consideren más conveniente, mientras que en otros casos les impone a los mismos la necesidad de adoptar determinada forma. En el primer supuesto el negocio tiene forma libre, mientras que en el segundo el negocio tiene forma impuesta.

Cuando el negocio tiene forma impuesta los particulares deben observar la misma a efectos de evitar la aplicación de cierta sanción. Teóricamente, en algunos casos (formalidad *ad probatum*) dicha sanción se traduce en la pérdida de un beneficio de orden probatorio. En otros casos (formalidad *ad solemnitatem*), en cambio: la sanción en cuestión se traduce en la nulidad del negocio.

Desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, las formalidades *ad probatum* carecen de valor, ya que el artículo 197 de dicho cuerpo legal establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. De este modo, pues, las únicas formalidades que actualmente tienen relevancia jurídica son las *ad solemnitate*.

Para saber si la formalidad impuesta por la norma es *ad solemnitatem* resulta necesario, en aplicación del artículo 144 del Código Civil, que aquélla sancione con nulidad su inobservancia. En tal sentido, si una norma cualquiera impone una formalidad determinada y no sanciona con nulidad su inobservancia (piénsese en el artículo 1429 del Código Civil), dicha formalidad no tendrá, en realidad, efecto alguno.

Las partes también pueden imponer una formalidad determinada aplicable al futuro negocio que celebren. Cuando aquéllas no establezcan el carácter de la formalidad prevista, se presumirá, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1411 del Código Civil, que la misma es *ad solemnitatem*. Por tanto, salvo que alguna de las partes destruya la presunción indicada, probando que la formalidad pactada no tenía el carácter de *ad solemnitatem*, la inobservancia de ésta determinará la nulidad del negocio que celebren.

#### Inciso 7

El inciso bajo comentario le reserva al legislador la posibilidad de sancionar directamente con nulidad al negocio que presente alguna "disconformidad". Aun cuando el legislador puede emplear la herramienta otorgada por este inciso para no dejar duda de que ciertos negocios deben ser considerados nulos, la lógica indica que dicha herramienta debe ser utilizada para declarar nulos a determinados negocios que estén afectados por "anomalías" distintas de las descritas en los demás incisos del

artículo 219 del Código Civil (p. e. la falta de legitimación, que ocasiona que el legislador sancione con nulidad al fideicomiso celebrado por quien no tiene poder de disposición).

No es necesario que la ley utilice el término "nulo" para que el negocio efectivamente tenga tal condición. Evidentemente, existen distintos términos que pueden ser empleados como sinónimos de aquél (p. e. "inválido", "no puesto", etc.). En consecuencia, cuando, por ejemplo, el artículo 171 del Código Civil establece que la condición suspensiva ilícita "invalida" el acto, debe entenderse que dicha condición hace nulo al negocio.

#### **h) Inciso 8**

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Existen dos posibles maneras de interpretar esta disposición, a saber: (i) que la nulidad se aplica tanto al acto contrario a las leyes que interesan al orden público como al acto contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres; o, (ii) que la nulidad se aplica al acto contrario a las leyes que interesan al orden público y al acto contrario a las buenas costumbres. ¿Cómo se debería entender la exigencia aquí impuesta? En nuestra opinión, de la segunda manera. En efecto, visto que la disyuntiva se presenta en torno al papel de las buenas costumbres (¿éstas necesitan ser recogidas por una ley?), consideramos que no podría entenderse que la nulidad a la que se refiere la norma en cuestión se aplica a los casos en los que el negocio es contrario a una ley a la que le interesa una buena costumbre; pues o aquélla tiene carácter imperativo, con lo cual la referencia al *standard* se hace claramente inútil, o tiene más bien carácter permisivo, con lo cual se elimina prácticamente la segunda parte de la norma, al quedar excluida la posibilidad de contradicción. En este sentido, si lo que se quiere es -como debe ser- que el íntegro de la norma tenga aplicación, hay que interpretar que el límite impuesto por ésta al poder negocial de los particulares no es la ley que recoge a una buena costumbre sino la buena costumbre misma.

Ahora bien, respecto de la primera hipótesis prevista por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, cabe indicar lo siguiente. Toda norma que le interesa al orden público es una norma imperativa, pero no toda norma imperativa es una norma que le interesa al orden público.

En efecto, una norma que le interesa al orden público es aquella que tutela principios fundamentales del Estado (de Derecho) o intereses generales de la colectividad; portal razón, dicha norma se impone "obligatoriamente" a los particulares (BIANCA). Una norma imperativa, por su parte, es aquella que por el simple hecho de estar dotada de una rigidez especial no admite modificación o sustitución alguna (sin que interese a tal fin el tipo de interés que tutela).

Una norma imperativa que es orden público puede ser encontrada, por ejemplo, en el artículo 12 del Código Civil, en tanto que el mismo tutela un bien jurídico (como la vida o la salud) que resulta fundamental en un Estado de Derecho. A su vez, una norma imperativa que no es orden público puede ser encontrada, por ejemplo, en el

artículo 1543, en tanto que el mismo tutela un interés (consistente en no ser excluido de la fijación del precio del bien materia de una compraventa) que no está relacionado con un bien jurídico que resulta fundamental en un Estado de Derecho, ni está presente de manera constante en los sujetos que conforman la colectividad.

De acuerdo con el inciso materia de comentario, el negocio es nulo cuando va en contra de una norma -imperativa- que le interesa al orden público, esto es, cuando su objeto (o su causa) se opone a una norma que protege algún principio fundamental del Estado de Derecho o algún interés general de la colectividad. ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando el objeto del negocio va en contra de una norma imperativa que no es de orden público? Este inciso del artículo 219 del Código Civil, al igual que los demás incisos, no contiene respuesta alguna. Si a eso le agregamos que ningún otro artículo del Código Civil establece qué sucede en el caso propuesto, resulta claro que tenemos un vacío legal. Ante semejante situación, no queda sino recurrir a la analogía para "construir" una norma que impida considerar válido al negocio cuyo objeto vaya en contra de alguna norma imperativa que no sea de orden público.

El artículo 1403 del Código Civil establece que "La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita". Aun cuando este artículo haga referencia a la "obligación", es evidente que el requisito de licitud que impone solo es aplicable al reglamento "negocia!" que nutre a dicha relación jurídica, pues esta última, por definición, es siempre lícita. Ahora bien, ¿qué significa que el reglamento "negocia!" debe ser lícito? En realidad, únicamente significa que no debe transgredir norma imperativa alguna. En consecuencia, resulta claro que, por disposición del artículo 1403 del Código Civil, el objeto del negocio no solo debe ser posible y determinable sino también lícito.

Tomando en cuenta esto último, podemos construir una norma sobre la base del siguiente razonamiento: el artículo 219 del Código Civil establece que si el objeto del negocio es imposible o indeterminable, la consecuencia es la nulidad de dicho negocio. Ahora bien, la imposibilidad y la indeterminabilidad del objeto del negocio son supuestos de hecho semejantes a la ilicitud de dicho objeto (en tanto que los tres suponen la existencia de una anomalía). En tal sentido, las consecuencias jurídicas previstas para los dos primeros casos pueden perfectamente aplicarse, por analogía, a este último. Por tanto, cuando el objeto del negocio vaya en contra de una norma imperativa que no sea de orden público, el mismo será ilícito por aplicación analógica de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 219 del Código Civil.

Es preciso notar que la construcción analógica que se propone no viola lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, según el cual la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, en tanto que, por un lado, las Qormas contenidas en el artículo 219 de dicho código son generales; y, por el otro, no existe derecho alguno que resulte restringido en aplicación de las mismas (ninguna persona tiene el derecho de celebrar negocios imposibles, indeterminables o ilícitos).

Ahora bien, es importante destacar que tanto la ilicitud del objeto como la imposibilidad jurídica del mismo suponen cierta disconformidad de las reglas negociales frente al ordenamiento jurídico. Tal disconformidad, sin embargo, presenta contornos

propios en uno y en otro caso. Así, en el primero (ilicitud), el ordenamiento jurídico prohíbe la realización de la conducta prevista en la regla negocial; mientras que en el segundo (imposibilidad jurídica) dicho ordenamiento no prohíbe la realización de la conducta en cuestión sino solamente no le otorga a la misma la idoneidad para conseguir el efecto deseado.

Finalmente, respecto de la segunda hipótesis prevista por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, cabe indicar lo siguiente. Las costumbres son aquellas conductas realizadas de manera general, constante y uniforme, con la convicción de que las mismas tienen valor vinculante (MAJELLO).

Las buenas costumbres a las que se refiere el artículo citado son aquellas que expresan los cánones fundamentales de honestidad pública y privada dictados por la conciencia social del momento histórico correspondiente (BETTI). En tal sentido, será nulo el negocio cuyo objeto (o cuya causa) contrarie la necesidad de abstenerse de realizar ciertos actos que son interpretados por la conciencia social como contrarios al común sentido de honestidad imperante en una sociedad y en un tiempo determinados (piénsese en el contrato por el cual una parte se compromete a pagar una suma de dinero a cambio de obtener recomendaciones tendentes a "guiar" la actividad de ciertos funcionarios estatales).

## DOCTRINA

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Dott. A. Vol. 111. Giuffre Editore. Milano, 1984; BIGLIAZZI GERI, Una, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI D., Francesco, NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Traducido por Fernando Hinestrosa. Tomo 1. Vol. 11. Universidad Externado de Colombia. 1992; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1991; PASQUAU, Miguel. *Nulidad y Anulabilidad del Contrato*. Civitas S.A. Madrid, 1997; FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1998; OSTI, Giuseppe. *Revisione della teoria sulla impossibilità della prestazione*. Rivista di Diritto Civile. Anno X. Tomo 111. Casa Editrice Dott. A. Milani. Padova, 1918; BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducido por José Luis de los Mozos. Tomo 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969; DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Vol. 11. Casa Editrice Giuseppe Principato. Milano, 1947; SCUTO, Carmelo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Vol. 111. Libreria Internazionale Teves di Leo Lupi. Napoli, 1955; PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano*. Vol. 11. Cedam. Padova, 1939; BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. Dott. A. Giuffre. Vol. 1. Milano, 1963; GIORGIANI, Michele. *Causa*. Enciclopedia del Diritto. Tomo VI. Dott. A. Giuffre Editore. 1960; GENTILI, Aurelio. *Le Invalità I Contratti in Generale, a cura di Enrico Gabrielli*. Tomo secondo. UTET. Torino, 1999; DI MAJO, Adolfo. *La Causa del Contratto. Istituzioni di Diritto privato, a cura di Mario Bessone*. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999; GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Traducido por Francisco P. Bias Gascó y Lorenzo Prats Albertosa. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992; MAJELLO, Ugo, *Le Fonti del Diritto Privato*, Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999; BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducido por A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

## . JURISPRUDENCIA

*"De conformidad con el artículo 219, inciso cuarto, del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito; esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado"*

*(Exp. N° 1011-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 26/11/98, p. 2121).*

*"Que dichos inmuebles sociales fueron dispuestos unilateralmente por el esposo, actos jurídicos que resultan viciados de nulidad absoluta, conforme al artículo 219 inciso primero del Código Civil, concordante con el artículo 315 del mismo Código, porque no intervino la cónyuge"*

*(Exp. N° 2273-97-Lambayeque, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 9/12/98, p. 2189).*

*"Cuando el acto jurídico tiene un fin ilícito, es nulo, como señala el artículo 219, inciso cuarto, del Código Civil y tal nulidad puede ser alegada por quien tenga interés, como prescribe el artículo 220 del mismo cuerpo de leyes"*

*(Exp. N° 1017-97-Puno, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 10/12/98, p. 2207).*

*"El acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito, cuando falta la manifestación de voluntad de agente y cuando no revista la forma prevista por la ley"*

*(Exp. N° 675-92, Gaceta Jurídica N° 44, p. 27-C).*

*"En cuanto a la denuncia de inaplicación de los artículos 219 y 222 del Código Civil, es preciso señalar que tales normas se refieren a causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, instituciones que por su naturaleza son distintas y se excluyen entre sí, ya que las mismas tienen causas y efectos distintos, razón por la que no se pueden aplicar simultáneamente".*

*(Cas. N° 274-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 250)*

*"La nulidad absoluta del acto jurídico opera de pleno derecho, porque impone la inexistencia del acto y no produce los efectos queridos.*

*El acto jurídico afectado por anulabilidad produce ciertamente el efecto que persigue, habida cuenta que contiene todos los elementos constitutivos indispensables, solo por estar afectado por alguno de estos elementos, puede ser impugnado, pero subsiste el acto mientras que judicialmente no se haya declarado su invalidez".*

*(Cas. N° 2514-97ica, publicada el 30/04/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 32. Mayo 2001. Pág. 309)*

*"El poder se extinguíó de puro derecho por efectos de la muerte del poderdante, por lo cual existía imposibilidad jurídica de celebrar el contrato, ya que no reunía los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil respecto del agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, y al existir la imposibilidad de celebrar el contrato por el deceso del poderdante, se determina que nos ha perseguido un fin lícito".*

*(Cas. N° 2236-98lca, publicada el 30/05/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N°36. Setiembre 2001. Pág. 120)*

*"Un acto jurídico con defectos es ineficaz; la doctrina recogida por nuestro ordenamiento civil ha clasificado los defectos en: estructurales o aquellos afectados por causas originarias o intrínsecas al momento de celebración o formación del acto, cuyos elementos constitutivos están previstos en el artículo 219 del Código Civil; la ineficacia sustentada en el principio de legalidad, por lo que opera la nulidad ipso jure o absoluta, no pudiendo confirmarse por acto posterior; y la ineficacia funcional por sobrevenir un defecto ajeno a la estructura, que se presenta luego de celebrado el acto jurídico, que da lugar a la anulabilidad del acto, salvo que la parte afectada por él lo perfeccione mediante la confirmación del acto, cuyos elementos los encontramos en el artículo 221 del Código precitado".*

*(Cas. N° 2792-00 Lambayeque, publicada el 02/07/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 34. Julio 2001. Pág. 295)*

*"La venta de derechos y acciones de un bien social sin el consentimiento del otro cónyuge, es nula, en virtud de que el objeto es jurídicamente imposible, mas no así por falta de manifestación de voluntad, debido a que mientras no se liquide la sociedad de gananciales ningún cónyuge tiene derecho sobre una cuota ideal o parte de un inmueble".*

*(Cas. N° 2818-2000 Lambayeque, publicada el 02/07/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 34. Julio 2001. Pág. 296)*

*"Que la División de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, concluye que las firmas que aparecen en los documentos dubitados corresponden al puño gráfico de la vendedora, pero que se trata de documentos fraguados ya que se ha hecho abuso de firma en blanco, toda vez que (...) aproximadamente, desde el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y uno había perdido la capacidad y habilidad escritural, de lo que se colige que las hojas donde aparecen dichos documentos fueron firmadas con anterioridad a la colocación del texto de los mismos, en consecuencia dichos documentos así como los actos jurídicos que los contienen resultan nulos por falta de manifestación de voluntad".*

*(Exp. N° 650-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 244)*

*'Tratándose de bienes gananciales, en tanto que la adjudicación no se practique,*

*como consecuencia de la correspondiente liquidación, no puede atribuirse uno de los cónyuges el dominio del todo o una parte de los bienes gananciales determinados; que el demandado ha transferido el mencionado terreno que corresponde a la sociedad legal de gananciales, sin la previa liquidación y adjudicación a su favor, por lo que ese acto de disposición adolece de nulidad virtual por ser contrario a la precitada disposición legal y por subsistir el estado de indivisión".*

*(Exp. N° 1575-91. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 244)*

*"Que el artículo 1539 del Código Civil que permite al comprador demandar la rescisión de la venta de bien ajeno no es aplicable a una acción de nulidad además de que solo puede ser ejercida por el comprador que ignoraba que el bien no pertenecía al vendedor, y aun en este caso, siempre que la interponga antes de que el vendedor adquiera el bien para cumplir con la obligación del transferido".*

*(Cas. N° 354-T-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 245)*

*"La venta de cosa ajena es un delito, tipificado por el artículo 197, inciso cuarto del Código Penal y denominado estelionato, por lo que constituye un acto ilícito. Que, cuando el acto jurídico tiene un fin ilícito, es nulo, como señala el artículo 219, inciso cuarto del Código Civil y tal nulidad puede ser alegada por quien tenga interés, como prescribe el artículo 220 del mismo cuerpo de leyes".*

*(Cas. N° 1017-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 245)*

*"Que la asociación emplazada se encuentra regida por sus estatutos y por los artículos 82 y siguientes del Código Civil, estableciendo el artículo 92 del Código Sustantivo una vía especial para que los asociados puedan impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones estatutarias o legales, debiendo entenderse que en esta última se incluyen los supuestos previstos en el artículo 219 del Código Civil; es decir el mencionado dispositivo legal ha previsto una vía especial para impugnar los acuerdos violatorios de las disposiciones legales o esta tutarías, no siendo posible impugnarse por una vía distinta a la mencionada".*

*(Cas. N° 641-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 245)*

*"Que, en la sentencia de vista existe interpretación errónea del inciso tercero del artículo 219 del Código Civil, pues considera que la venta que hizo quien había transferido el mismo bien a otra persona, es un acto jurídico física y jurídicamente imposible, confundiendo el objeto del contrato con el objeto del acto jurídico, que en el caso de autos, el objeto es la transferencia en venta de un bien que se halla dentro del comercio de los hombres, 'como es un lote de terreno, que no tiene la connotación de ese dispositivo'".*

*(Cas. N° 27-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 28. Enero 2001. Pág. 245)*

*"Que el artículo 219 del Código Civil, establece en su inciso sexto que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (...). Que en consecuencia no existe aplicación indebida de la norma cuestionada, pues el supuesto regulado por ella corresponde a los hechos establecidos en la sentencia, cual es que un documento privado de donación de inmueble fue celebrado sin observar las formalidades previstas en la ley".*

*(Cas. N° 574-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 245)*

*"Que la transmisión impropia que sujeta la transferencia de propiedad a la muerte previa de dos personas en beneficio de una tercera, repugna al orden público y carece de toda validez y eficacia. Que nuestro ordenamiento legal no puede tolerar la existencia de una disposición semejante que propenda a generar expectativas patrimoniales derivadas de que una persona muera con anterioridad a otra. Que en ese sentido la finalidad perseguida con dicha disposición testamentaria es ilícita siendo de aplicación lo dispuesto en los incisos cuatro y ocho del artículo 219 y 224 del Código Civil".*

*(Cas. N° 86-97. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 246)*

*"Que el acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres tal como lo dispone el inciso octavo del artículo 219 del Código Civil en concordancia con el artículo V del Título Preliminar del mismo Código Sustantivo. Que la anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión de orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada; por lo general, estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico".*

*(Cas. N° 1021-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 246)*

## NULIDAD ABSOLUTA

*La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.*

*Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.*

### CONCORDANCIAS:

C.           arto 159  
C.C.         arts. VI, 219  
LEY26887    arts. 140, 150

*Comentario*

*Freddy Escobar Rozas*

La nulidad no requiere ser declarada por el juez, pues la misma opera de pleno derecho (BONILINI). Si el negocio es nulo por aplicación de alguno de los incisos del artículo 219 del Código Civil, las partes no están obligadas a ejecutarlo; y si lo hubieran hecho, están obligadas a restituir lo que hubiesen recibido la una de la otra (en aplicación de las normas que regulan el "pago indebido"). Eventualmente, sin embargo, a las partes o a ciertos terceros les puede interesar que el juez reconozca, mediante una sentencia meramente declaratoria, que el negocio es nulo. El artículo bajo comentario establece precisamente quiénes pueden alegar, en sede judicial, la nulidad de un negocio.

En primer lugar, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad le corresponde a quienes tengan interés en que se reconozca la verdadera situación jurídica del negocio.

En general, el interés no es más que la relación de tensión existente entre un sujeto que padece una necesidad y el bien idóneo para satisfacerla (NICOLÒ). En este caso concreto, el interés exigido por el artículo bajo comentario supone la necesidad de que el accionante demuestre que el reconocimiento judicial de la invalidez absoluta del negocio le proporcionará un beneficio (lícito) de orden patrimonial o extrapatrimonial (PASQUAU). Por lo tanto, no solo las partes (cuyo interés en saber a ciencia cierta si están o no jurídicamente vinculadas es evidente) están legitimadas para demandar la declaración judicial de nulidad del negocio sino también todos aquellos terceros que obtengan un provecho (lícito) con la declaración judicial de nulidad (piénsese en los acreedores de una de las partes que necesitan embargar los bienes enajenados por esta última mediante el negocio nulo).

En segundo lugar, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad le corresponde al Ministerio Público. La razón por la que la norma bajo comentario

legitima a esta entidad estatal radica en que le corresponde a la misma la misión de velar por el interés social y el cumplimiento de las leyes, los cuales son afectados, en una u otra medida, por el negocio nulo.

El artículo bajo comentario también le permite al juez declarar la nulidad de oficio, esto es, cuando la misma no es materia de las pretensiones formuladas por alguna de las partes del proceso. Para ello, es necesario que la nulidad del negocio sea manifiesta. Se entiende que dicha nulidad es manifiesta cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente (piénsese en el caso del negocio celebrado en un instrumento que no es el que representa la forma solemne exigida por la ley).

Ahora bien, para que el juez pueda declarar de oficio la nulidad es necesario que, en aplicación de las correspondientes reglas procesales, resulte competente para ello. En tal sentido, aunque resulte manifiesta, la nulidad de un contrato civil no podrá, por ejemplo, ser declarada por un juez del fuero laboral.

La posibilidad que el juez tiene de declarar de oficio la nulidad del negocio no constituye una *facultas* para aquél, ya que dicha posibilidad solo significa que el mismo está autorizado a dictar sentencia con prescindencia del contenido de las pretensiones de las partes. Por tanto, cuando el juez se percate de la existencia de dicha nulidad, necesariamente tendrá que declararla.

El artículo materia de análisis establece también que la nulidad impide que el negocio pueda ser confirmado. La confirmación no es otra cosa que la manifestación (expresa o tácita) en virtud de la cual se acepta como "querido" el negocio inválido y, por tanto, se renuncia a la acción que se tiene para "impugnarlo". La razón por la cual el artículo 220 del Código Civil impide la posibilidad de confirmar un negocio nulo radica, evidentemente, en la naturaleza de la disconformidad que éste presenta respecto del ordenamiento jurídico (ilicitud, imposibilidad, etc.); disconformidad que no queda subsanada con un simple "querer" de la parte o de las partes.

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 1424 del Código Civil italiano, que establece la posibilidad de que el negocio nulo sea objeto de conversión, el artículo comentado omite todo pronunciamiento al respecto.

La conversión "material" (que, en realidad, es la única conversión propia) constituye una modificación legal del negocio nulo que determina que éste se transforme en uno válido, aunque con efectos y alcances distintos de los previamente configurados por las partes (FRANZONI). Existe conversión (material), por ejemplo, cuando un contrato (nulo) de constitución de usufructo a cambio del pago de una suma periódica, se transforma en un contrato (válido) de arrendamiento.

Para que la conversión (material) opere es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el negocio nulo celebrado por las partes cumpla los "requisitos" de sustancia y forma del negocio válido en el que se convertirá.
- Que, en relación con el fin original perseguido por las partes, resulte razonable que éstas hubiesen querido los efectos del negocio válido en el que se transfor

mará el nulo en caso de haber tenido conocimiento de la condición (de invalidez absoluta) de este último.

El hecho de que el Código Civil no establezca la posibilidad de que el negocio nulo sea objeto de conversión (material) no significa, sin embargo, que el mismo no pueda producir los efectos de otro que razonablemente las partes hubiesen querido celebrar de conocer la causal de invalidez existente en el caso concreto. En efecto, atendiendo a que la manifestación de voluntad de cada parte denota la intención de obtener cierto efecto jurídico, no se puede desconocer la relevancia de tal manifestación si la misma es suficiente para alcanzar un efecto distinto del originalmente previsto pero igualmente satisfactorio para quien la ha realizado. Por lo tanto, si, por ejemplo, una letra de cambio resulta nula, no hay razón para no darle a la misma los efectos de una simple promesa de pago.

## DOCTRINA

BONILINI, Giovanni. *L'Invalita del Contratto. Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mario Bessone. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999; NICIOIO, Rosario. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive. Letture di Diritto Civile, raccolte da Guido Alpa e Paolo Zatti*. Cedam, Padova, 1990; PASQUAU, Miguel. *Nulidad y Anulabilidad del Contrato*. Civitas, SA Madrid, 1997; FRANZONI, Massimo. *Dell'annullabilità del contratto*. 11 Codice Civile Commentario, diretto da Piero Schlesinger. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1997.

## . JURISPRUDENCIA

"*El acto nulo no es susceptible de confirmación*"

(*Exp. NS! 246-89 La Libertad, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, Jurisprudencia Civil, tomo IV; p. 441*).

"*El acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres... Que la anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada; por lo general, estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico*"

(*Cas. N° 1021-96 Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 11/05/98, p. 979*).

"*La nulidad de un acto jurídico puede ser interpuesta por cualquier persona que*

*"tenga interés, esto es, que afecte directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso"*

*(Cas. ~ 2381-97-Tacna, El Peruano, 31/01/99, p. 2560).*

*"El derecho subjetivo se halla constituido por un poder de actuar, atribuido a la voluntad del sujeto y garantizado por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses jurídicamente protegidos, de donde resulta que solo al titular del derecho se le reconoce una razón de ser suficiente para poder accionar. La fuerza del derecho subjetivo no proviene de su titular sino del ordenamiento jurídico y el contenido de éste está constituido por las facultades jurídicas reconocidas"*

*(Cas. N!162- T-97-Huaura, El Peruano, 27/02/98, p. 460).*

*"Que, el artículo 220 del Código Civil faculta al juzgador a declarar la nulidad siempre y cuando ésta resulte manifiesta, por lo cual, contrario sensu, el juez no tiene esa facultad cuando tales condiciones no estén presentes, conforme es de apreciarse del caso de autos".*

*(Cas. N!1456-96. Diálogo con la Jurisprudencia N!138. Enero 2001. Pág. 246)*

*"Que, el artículo 220 del Código Civil es una norma de derecho procesal, pues establece quiénes están legitimados para solicitar la nulidad del acto jurídico. Que, consecuentemente, dicha norma jurídica no puede ser materia de la causal de inaplicación, la cual está reservada exclusivamente para normas de índole materia".*

*(Cas. N!1881-99. Diálogo con la Jurisprudencia N!138. Enero 2001. Pág. 247)*

## CAUSALES DE ANULABILIDAD

*El acto jurídico es anulable:*

- 1.- *Por incapacidad relativa del agente.*
- 2.- *Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.*
- 3.- *Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*
- 4.- *Cuando la ley lo declara anulable.*

CONCORDANCIAS:

|                  |                                                                                              |
|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>C.C.</i>      | <i>arts. 44; 191 Y ss.; 201 y SS.; 277; 743; 808; 809; 812; 1286; 1287; 1308; 1309; 1310</i> |
| <i>C.T.</i>      | <i>arto 109</i>                                                                              |
| <i>LEY 26702</i> | <i>arto 179</i>                                                                              |
| <i>LEY 26887</i> | <i>arts. 139, 150</i>                                                                        |

*Comentario*

*Freddy Escobar Rozas*

La anulabilidad es la forma menos grave de la invalidez negocial (BIANCA). Y lo es porque, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad, la anulabilidad supone que la "irregularidad" que presenta el negocio únicamente afecta el interés de la parte (o de una de las partes) que lo celebra (FRANZONI). Como consecuencia de ello, la anulabilidad no determina que el negocio no produzca las consecuencias a las cuales esté dirigido sino solamente que dichas consecuencias puedan ser, durante cierto lapso, "destruidas" por la parte afectada por la "irregularidad" (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI).

Por lo menos teóricamente, la anulabilidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:

- a) La eficacia "precaria" del negocio.
- b) La posibilidad de que el negocio sea "saneado".
- c) La naturaleza constitutiva de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia.
- d) La imposibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio y de que los terceros con interés puedan accionar para que la misma sea declarada.
- e) La prescriptibilidad del derecho a solicitar que la misma sea declarada.

El Código Civil recoge la totalidad de las características enunciadas. Así, en su artículo 222 establece (i) que el acto anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare; y, (ii) que este tipo de nulidad se pronuncia a petición de parte, no pudiendo ser alegada por otras personas distintas de las designadas por

ley. De igual modo, en su artículo 230 establece que el acto anulable puede ser "confirmado".

A diferencia de la nulidad, que no otorga a la parte o a las partes derecho alguno que se encuentre dirigido a "atacar" al negocio (en tanto que aquella opera de *iure*), la anulabilidad concede a la parte afectada por la "irregularidad" que éste presenta un derecho potestativo negativo, consistente en la posibilidad de alterar la esfera jurídica de la otra parte (o del tercero beneficiario) mediante la destrucción de los efectos -precarios- generados por el negocio.

En efecto, el negocio anulable es siempre eficaz, por lo que la parte o las partes asumen directamente las consecuencias jurídicas previstas en el mismo (SCOGNAMIGLIO). Sin embargo, como quiera que tal negocio presenta una "anomalía" que perjudica los intereses de la parte o de una de las partes, el ordenamiento jurídico le otorga a la misma el derecho de decidir si -a pesar de la lesión de su interés- ejecuta el negocio o si destruye (con efectos retroactivos) las consecuencias desplegadas por el mismo (BETTI). En tal sentido, durante cierto lapso, las consecuencias jurídicas desplegadas por el negocio anulable tienen la condición de "precarias" (BONILINI).

Ahora bien, si la parte afectada por la "anomalía" decide ejecutar el negocio, éste quedará "saneado" ("confirmado") y, por tanto, sus consecuencias "precarias" se convertirán en "firmes". En cambio, si esa parte decide destruir las consecuencias indicadas, modificará, con efectos retroactivos, la esfera jurídica de la otra parte (o del tercero beneficiario), al hacerle perder las situaciones jurídicas subjetivas que la misma hubiese adquirido en función del negocio.

El hecho de que se afirme que la parte afectada por la "irregularidad" del negocio ostenta un derecho potestativo, negativo, no es contradictorio con el hecho de que se requiera la expedición de una sentencia (o laudo) para que queden destruidos los efectos negociales producidos. Así es, todas aquellas facultades que requieren de un pronunciamiento judicial para provocar los efectos a ellas coligados constituyen verdaderos derechos potestativos, pues ellas son las que, en definitiva, van a determinar la modificación de la esfera jurídica ajena. En efecto, en los casos en los que se tiene esta clase de facultades, la intervención del Estado se limita a verificar dos cosas, a saber: primero, que los supuestos de hecho normativamente previstos para el ejercicio de aquellas facultades se han cumplido en la realidad; y, segundo, que éstas han sido correctamente ejercidas por sus titulares. Una vez comprobado esto, al Estado no le queda más que declarar de modo constitutivo, no interesa-, modificada cierta esfera jurídica. Ahora bien, si ello es así, es decir, si el Estado está obligado por el propio sistema jurídico a realizar un pronunciamiento en un sentido normativamente predeterminado, es claro que su voluntad no es libre y que, por lo tanto, carece de un poder autónomo de decisión. En este sentido, aun cuando se requiera de su participación, el efecto final, o sea, la modificación de la esfera jurídica ajena, no resulta de la voluntad estatal sino más bien de la del individuo titular de la facultad con cuyo ejercicio judicial se abre el proceso que da ocasión al pronunciamiento judicial. Por tanto, hay que recordar que es aquella facultad, y no el poder jurisdiccional del Estado, la que contiene la potencialidad jurídica de alterar la esfera jurídica ajena (NICOLÓ).

El derecho potestativo negativo otorgado a la parte afectada por la "irregularidad" del negocio está sujeto a un plazo de prescripción. El inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil establece que la acción de anulabilidad prescribe a los dos años. A pesar de que literalmente la norma en cuestión hace referencia a la "acción", es evidente que, en virtud de la regulación dispuesta por los artículos 2 y 3 del Código Procesal Civil, ésta no puede estar sujeta a plazo prescriptorio alguno. En efecto, la acción no es más que un poder jurídico que permite solicitar un pronunciamiento judicial determinado. Para ejercer la acción no hace falta tener la titularidad de una situación jurídica subjetiva -material-, pues con "derecho" o sin él se puede, en cualquier momento, interponer una demanda. Por tanto, es claro que no es dicho poder el que prescribe sino la situación jurídica subjetiva -material- que se trata de tutelar en sede judicial. En este sentido, se debe entender que el plazo prescriptorio establecido por el artículo citado ataca, no a la acción, sino al derecho potestativo tantas veces indicado.

### a) Inciso 1

La capacidad jurídica (también denominada "capacidad de goce" o "subjetividad") es la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos, deberes o, más genéricamente, de situaciones jurídicas subjetivas. Por su parte, la capacidad de obrar (también denominada "capacidad de ejercicio") es la idoneidad de un sujeto para realizar una actividad jurídicamente relevante (consistente en "actuar" el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas), por medio de una manifestación de la propia voluntad (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI).

La incapacidad a la que se refiere la norma materia de comentario es, evidentemente, de obrar. Por tanto, dicha norma se aplica a todos aquellos que se encuentran comprendidos por el artículo 44 del Código Civil, según el cual son relativamente incapaces los sujetos que tienen más de diecisésis pero menos de dieciocho años de edad; los sujetos que padecen de retardo mental; los sujetos que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los sujetos pródigos; los sujetos que incurren en mala gestión; los sujetos que son ebrios habituales; los sujetos que son toxicómanos; o, los sujetos que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

La norma bajo comentario protege al sujeto incapaz al otorgarle la posibilidad de "deshacer" (retroactivamente) los efectos desplegados por el negocio. Tal protección puede ser actuada incluso cuando se demuestre que, al momento de la celebración del negocio, el sujeto en cuestión se encontraba en un momento de lucidez y, por tanto, con plena capacidad de querer y entender. Asimismo, tal protección puede ser actuada sin que sea necesario demostrar que la "irregularidad" del negocio ha ocasionado un perjuicio al sujeto incapaz (BONILINI).

Ahora bien, aunque -a diferencia del artículo 219 del Código Civil- el artículo materia de comentario no realice referencia alguna al artículo 1358 del Código Civil, es obvio que en aplicación de este último los actos y negocios celebrados por el sujeto que solo tiene capacidad de obrar relativa serán perfectamente válidos si es que, por un lado, dicho sujeto no se encuentra privado de discernimiento; y, por el

otro, tales actos o negocios sirven para satisfacer las necesidades ordinarias de la vida diaria del mismo.

Se considera que el sujeto no se encuentra privado de discernimiento cuando tiene la capacidad de percibir y declarar las diferencias existentes entre las cosas. Asimismo, se considera que las necesidades ordinarias de la vida diaria de un sujeto (incapaz) son aquellas que surgen como consecuencia del normal desarrollo de sus actividades cotidianas. Evidentemente, para determinar qué actos celebrados por un sujeto relativamente incapaz son válidos, habrá que tomar en consideración la causal específica de incapacidad relativa que lo afecta y determinar, a la luz de la misma, si aquél cuenta con el discernimiento suficiente para celebrar el negocio concreto del que se trate; negocio que, por lo demás, deberá corresponder a las necesidades cotidianas que normalmente afectan, en abstracto, a los que padecen la misma incapacidad relativa que afecta al sujeto en cuestión.

### b) Inciso 2

La voluntad que impulsa a un sujeto a celebrar cierto negocio (en determinadas condiciones) debe formarse, en principio, de modo libre y consciente. El error, el dolo y la violencia constituyen tres supuestos en los cuales la voluntad (negocial) se forma de una manera anómala (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI).

El error consiste (i) en la falta de conocimiento o en la equívoca o parcial percepción de situaciones de hecho (error de hecho); o, (ii) en la falta de conocimiento o errada interpretación de normas de derecho (error de derecho). El error vicia el proceso de formación de la voluntad desde que induce al sujeto a celebrar un negocio que en realidad él mismo no habría concluido de ser consciente de su -espontáneo "equívoco" (CARNEVALI).

Para que el error constituya causa de anulación del negocio es imprescindible que el mismo sea, por un lado, esencial (esto es, "grave" para el sujeto declarante); y, por el otro, cognoscible (esto es, susceptible de ser percibido por el sujeto receptor -de la declaración-).

El error es esencial, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 202, 204 Y 205 del Código Civil, en los siguientes casos:

- a) Cuando recae sobre la esencia o calidad del objeto del acto (entiéndase en este caso por "objeto" a la cosa o servicio materia de la autorregulación de intereses).
- b) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte.
- c) Cuando es de derecho.
- d) Cuando recae sobre la cantidad.
- e) Cuando recae sobre el motivo.

Es importante hacer notar que, tal como lo disponen los artículos citados, para que el error sea esencial resulta imprescindible que, además de recaer sobre las "entidades" señaladas, el mismo sea "determinante". Se entiende que el error es determinante cuando, según la apreciación común y con relación a las circunstan

cias, el descubrimiento del mismo habría inducido al sujeto -"afectado"- a no celebrar el negocio que efectivamente concluyó.

El error es cognoscible cuando, con relación al contenido negocial, a las circunstancias del caso y a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

Ahora bien, al error así descrito se le suele denominar "error vicio", para diferenciarlo de otro tipo de error, llamado "error obstativo", que afecta, no al proceso de formación de la voluntad (interna), sino al proceso de manifestación de dicha voluntad. Para que el "error obstativo", que en realidad no forma parte de los "vicios del querer", constituya causa de anulación del negocio, es necesario que el mismo sea también esencial y cognoscible.

De acuerdo con el artículo 208 del Código Civil, el error obstativo es esencial cuando se refiere a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración, a la identidad de la persona y al error en la transmisión. A pesar de que éste no es el lugar más apropiado para indicarlo, no se puede dejar pasar por alto la oportunidad para resaltar que lo dispuesto por este artículo carece de toda lógica, ya que como quiera que el error vicio afecta el proceso de formación de la voluntad y el error obstativo el proceso de manifestación de la misma, las "entidades" sobre las cuales ese último recae tienen que ser las mismas sobre las que el primero actúa. No tiene sentido hacer una diferenciación a este respecto, de modo que el error vicio pueda afectar ciertos "aspectos" negociales y el error obstativo otros.

El dolo consiste en el engaño que, realizado por una de las partes (o inclusive por un tercero), induce a la otra en error (sobre la naturaleza del negocio, sobre el objeto del mismo, sobre la identidad o calidad de la otra parte o, en general, sobre cualquier "aspecto" negocial), determinando que la voluntad de esta última se forme de manera anómala (GALGANO).

Evidentemente, para que determinado comportamiento pueda ser catalogado como un supuesto de este vicio del querer, es necesario que el mismo sea idóneo para inducir en error a una persona medianamente diligente. En tal sentido, en el análisis que se realice deben tomarse en consideración todas las circunstancias del caso concreto (edad, cultura, etc.) que razonablemente puedan impedir que una persona más o menos cuidadosa con sus asuntos sea víctima del engaño de otra.

El dolo puede ser comisivo u omisivo. Es comisivo cuando una de las partes (o un tercero), urdiendo una artimaña o estratagema, altera la realidad con el fin específico de inducir a la otra en error. Por su parte, es omisivo cuando una de las partes (o un tercero), violando el deber de lealtad y corrección que impera en la etapa de las tratativas, oculta intencionalmente cierta información que la otra tendría que conocer para decidir si concluye o no el negocio (CARNEVALI).

A diferencia del error, que debe ser esencial y cognoscible, el dolo realizado por una de las partes únicamente requiere ser determinante para dar lugar a la anulación del negocio. Se entiende que el dolo es determinante (de la voluntad) cuando, de acuerdo con la apreciación general y en función de las circunstancias del caso,

resulta verosímil que sin el engaño la parte afectada por el mismo no habría concluido el negocio.

A diferencia del dolo realizado por una de las partes, el dolo realizado por un tercero requiere ser, además de determinante, conocido por la otra parte que se beneficia del mismo.

Cuando el dolo no altera la voluntad de una de las partes al extremo de determinar que la misma concluya un negocio no querido, se dice que dicho dolo es "incidental". El dolo incidental no legitima a quien lo sufre a solicitar la anulación del negocio sino únicamente a exigir el pago de una indemnización.

Finalmente, la violencia consiste en la amenaza de un mal grave, inminente e injusto (ilícito) que coacciona la libertad negocial de una de las partes, en tanto que ésta celebra un negocio que en realidad no hubiera concluido de no estar "presionada" por el comportamiento intimidatorio de la otra o de un tercero.

Al igual que el error (y a diferencia del dolo), para ser causa de anulación del negocio, la violencia requiere que la amenaza afecte a determinadas "entidades", previamente calificadas por el ordenamiento jurídico. En efecto, de acuerdo con el artículo 215 del Código Civil, para efectos de la anulación del negocio, la violencia es relevante únicamente cuando la amenaza del mal grave recae (i) sobre la persona o bienes de la parte (o de una de las partes); o, (ii) sobre la persona o bienes de su cónyuge, de sus parientes (dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad) o de ciertos terceros (que, según la apreciación del juez, son lo suficientemente relevantes para provocar que la parte afectada adopte la decisión de celebrar un negocio que desprecia).

Cuando la amenaza proviene de un tercero, no es necesario, para efectos de la anulación del negocio, que la parte que obtiene ventajas de la acción intimidatoria tenga conocimiento de la misma. En consideración a la gravedad de la violencia, el legislador peruano, siguiendo en esto al legislador italiano, ha preferido privilegiar el interés de la parte amenazada (consistente en no quedar definitivamente vinculada por el negocio), sacrificando en consecuencia el de la otra parte (consistente en que el negocio produzca consecuencias "firmes") (CARNEVALI). En tal sentido, se nota aquí una opción distinta de la acogida en el caso del dolo de tercero, donde se exige que la otra parte conozca la existencia del engaño a fin de que el negocio pueda ser anulado.

De la violencia así descrita (denominada "violencia moral" o intimidación) se diferencia la llamada "violencia física", que consiste en forzar materialmente a la parte (o a una de las partes) a expresar cierta "voluntad". La violencia física no es causa de anulabilidad del negocio sino de nulidad (inciso 1 del artículo 219 del Código Civil), en tanto que la misma excluye toda posibilidad de imputarle la manifestación de "voluntad" al sujeto que padece la coacción física (BIANCA).

### c) Inciso 3

La simulación es una manifestación concreta de la apariencia jurídica (intencionalmente creada). El negocio simulado es aquél que, por decisión de las partes,

aparenta la existencia de una reglamentación negocial que en realidad no es querida (GALGANO).

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando las partes, no teniendo intención alguna de quedar jurídicamente vinculadas, fingen celebrar un negocio. Es relativa cuando las partes, teniendo la intención de quedar jurídicamente vinculadas por determinado negocio, fingen celebrar uno distinto del que en realidad celebran.

La simulación requiere la presencia de un negocio simulado y de un acuerdo simulatorio. El primero es el que está dirigido a crear la situación de apariencia. El segundo es el que recoge la real voluntad de las partes (de no quedar vinculadas por negocio alguno o de quedar vinculadas por un negocio distinto del que aparentan celebrar). Tal como lo reconoce el inciso 5 del artículo 219 del Código Civil, el negocio simulado es siempre nulo, en tanto que no recoge voluntad negocial alguna.

Con un lenguaje bastante reprochable, el inciso materia de comentario establece en realidad que el negocio oculto es anulable si perjudica el derecho de un tercero. Evidentemente, un negocio jurídico (oculto o no) perjudica el derecho de un tercero cuando sus efectos impiden la satisfacción del interés protegido por tal derecho. Ahora bien, como resulta evidente, el hecho de perjudicar un derecho ajeno no es, *per se*, un hecho ilícito, en tanto que el ordenamiento jurídico, en líneas generales, permite la libre concurrencia sobre las cosas y los servicios, de modo que admite la posibilidad de que unos desplacen a otros del goce de los "bienes" y, por tanto, perjudiquen los derechos de estos últimos (piénsese en el caso de concurso de acreedores).

Por ello, no se entiende por qué el inciso objeto de comentario sanciona con anulabilidad al negocio oculto que perjudique el derecho de un tercero. En verdad, si resultara reprochable *per se* el perjuicio al derecho ajeno, todos los negocios que provocasen tal perjuicio deberían ser considerados inválidos por el ordenamiento jurídico, y no solo aquellos que permaneciesen ocultos por *efecto* de la simulación. Y en tal supuesto la sanción aplicable debería ser la nulidad y no la anulabilidad, que está reservada para proteger los intereses de una de las partes y no los de los terceros. Sin embargo, como quiera que, en líneas generales, el perjuicio al derecho ajeno, lejos de estar prohibido, se encuentra admitido por el ordenamiento jurídico, resulta todo un despropósito condenar con la anulabilidad al negocio oculto que se encuentre dirigido a provocar semejante *efecto*.

En realidad si se analiza correctamente el asunto de la simulación, se notará que si algún negocio perjudica en todos los casos a los terceros, al crear una situación de apariencia que les impide a los mismos conocer los reales efectos que vinculan a las partes involucradas en la simulación, ése es el negocio simulado. Y para eliminar el perjuicio que tal negocio les ocasiona, los terceros tienen a la mano la acción de nulidad, la cual elimina la situación de apariencia y, dependiendo del caso, permite conocer que la situación (jurídica) inicial de las partes que simulan no ha cambiado o que la misma ha sufrido variaciones en función de un negocio distinto al que aquéllas declararon celebrar.

Por lo expuesto, pues, y sobre la base de que nuestro ordenamiento jurídico admite, en líneas generales, la libre concurrencia sobre los "bienes" y, en consecuencia, la licitud del perjuicio al derecho ajeno, debe considerarse que solo si el negocio oculto perjudica ilícitamente el derecho de tercero (cosa que ocurrirá si existe alguna ley que prohíba la interferencia destinada a provocar la insatisfacción del interés protegido por tal derecho), dicho negocio será anulable.

#### d) Inciso 4

El inciso bajo comentario le reserva al legislador la posibilidad de sancionar directamente con anulabilidad al negocio que presenta alguna "disconformidad" o, en términos generales, al negocio que lesiona intereses (pertenecientes a una de las partes, se supone) dignos de tutela. Ocurre lo primero, por ejemplo, en el caso previsto en el artículo 163 del Código Civil, según el cual el acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Ocurre lo segundo, por ejemplo, en el caso previsto en el artículo 166 de dicho cuerpo legal, según el cual el acto jurídico es en principio anulable si el representante lo concluye consigo mismo.

## DOCTRINA

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Vol. 111. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1984; FRANZONI, Massimo. *Dell'Annullabilità del Contratto. 11 Codice Civile Commentario, diretto da Piero Schlesinger*. Guiffre Editore. Milano, 1997; BIGLIAZZI GERI, Una, BRECCIA, Umberto, BUSNEILI D., Francesco, NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Traducido por Fernando Hinestrosa, Tomo 1. Vol. 11. Universidad Externado de Colombia. 1992; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1991; BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Revista de Derecho Privado. Madrid; BONILINI, Giovanni. *L'Invalità del Contratto. Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone*. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999; NICOIO, Rosario. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive. letture di Diritto Civile, raccolte da Guido Alpa e Paolo Zatti*. Cedam. Padova, 1990; CARNEVALI, Ugo. *I Vizi del Consenso. Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone*. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999; GAIGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Traducido por Francisco P. Bias Gascó y lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

## JURISPRUDENCIA

"*El acto jurídico nulo se presenta cuando el acto es contrario al orden público o carece de algún requisito esencial para su formación. El acto jurídico será anulable cuando, concurriendo los elementos esenciales a su formación, encierran un vicio que pueda acarrear su invalidez a petición de parte; por ello quien es parte en la formación y efectos del acto jurídico puede denunciar su anulabilidad, en tanto que el acto jurídico nulo puede ser denunciado por el afectado, por quien tenga interés o sea declarado de oficio*".

(Exp. N° 973-90-Lima, Normas Legales N°213, p. J-B).

*"La simulación relativa produce la anulabilidad del acto jurídico, y ésta se produce cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, porque se ha simulado la persona del comprador, que no es la que figuraba en el contrato"*

*(Exp. N° 490-94-Arequipa, Hlnostroza Mínguez, Alberto. Jurisprudencia Civil, Tomo 4, p. 55).*

*"La nulidad absoluta del acto jurídico opera de pleno derecho, porque importa la inexistencia del acto y no produce los efectos queridos.*

*El acto jurídico afectado por anulabilidad produce ciertamente el efecto que persigue, habida cuenta que contiene todos los elementos constitutivos indispensables, solo por estar afectado por alguno de estos elementos puede ser impugnado, pero subsiste el acto mientras que judicialmente no se haya declarado su invalidez".*

*(Cas. N° 2514-97Ica, publicada el 30/04/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N°32. Mayo 2001. Pág.309)*

*"Un acto jurídico con defectos es ineficaz; la doctrina recogida por nuestro ordenamiento civil ha clasificado los defectos en: estructurales o aquellos afectados por causas originarias o intrínsecas al momento de celebración o formación del acto, cuyos elementos constitutivos están previstos en el artículo 219 del Código Civil; la ineficacia sustentada en el principio de legalidad, por lo que opera la nulidad ipso jure o absoluta, no pudiendo confirmarse por acto posterior; y la ineficacia funcional por sobrevenir un defecto ajeno a la estructura, que se presenta luego de celebrado el acto jurídico, que da lugar a la anulabilidad del acto, salvo que la parte afectada por él lo perfeccione mediante la confirmación del acto, cuyos elementos los encontramos en el artículo 221 del Código precitado.*

*(Cas. N° 2792-00 Lambayeque, publicada el 02/07/ 2001. Diálogo con la Jurisprudencia N°34. Julio 2001. Pág. 295)*

*"En cuanto a la denuncia de inaplicación de los artículos 219 y 222 del Código Civil, es preciso señalar que tales normas se refieren a causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, instituciones que por su naturaleza son distintas y se excluyen entre sí, ya que las mismas tienen causas y efectos distintos, razón por la que no se pueden aplicar simultáneamente".*

*(Cas. N° 274-96. Diálogo con la Jurisprudencia N°38. Enero 2001. Pág. 250)*

*"Que la resolución impugnada considera que al momento de suscribir la escritura pública, doña (...) carecía de capacidad suficiente de representación pues por sí sola no podía ejercer el mandato; y que, en consecuencia, el acto jurídico que contiene el contrato de mutuo se encuentra viciado conforme al inciso primero del artículo 221, concordante con los artículos 163 y 167 del Código Civil por cuanto la voluntad del representante nació viciada desde que no tenía capacidad legal para actuar. Que el referido inciso primero del artículo 221 establece que el acto*

*jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente; por lo que es necesario concordar dicha norma con el artículo 44 del Código Sustantivo que enumera taxativamente quiénes son relativamente incapaces. Que, en esta última norma no se incluye al representante que carece de capacidad suficiente de representación, por lo que la referencia al inciso primero del artículo 221 del Código Civil resulta impertinente".*

*(Cas. NS! 2113-95. Diálogo con la Jurisprudencia NS! 38. Enero 2001.  
Pág. 247)*

*"La falta de pago del precio sólo podría ser alegada por la vendedora de conformidad con el artículo 1413 del Código Civil anterior y 1563 del Código Civil vigente; del mismo modo, la forma de pago (...) no es índice de la existencia de simulación o dolo en el contrato; en relación con precio diminuto, cabe señalar, que dicho planteamiento importa la existencia de lesión en el contrato de compraventa, y en tal sentido, la acción pertinente es la rescisión a instancia del vendedor"*

*(Exp. S/N. Diálogo con la Jurisprudencia NS! 38. Enero 2001.  
Pág. 247)*

*"Que, en la sentencia recurrida se ha concluido que el actor no ha probado la existencia ni del dolo ni del error a que hace referencia el artículo 1079 del Código Civil de 1936 ni el 221 del vigente, conclusión que por su naturaleza no puede ser revisada en esta vía".*

*(Cas. NS! 05-95. Diálogo con la Jurisprudencia NS! 38. Enero 2001.  
Pág. 247)*

## **ANULABILIDAD o NULIDAD RELATIVA**

*El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.*

*Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.*

*Comentario*

*Freddy Escobar Rozas*

A diferencia de la nulidad, la anulabilidad requiere ser declarada por el juez (o árbitro), en tanto que la misma no hace otra cosa que destruir los efectos negociales ya producidos (e impedir que surjan los "pendientes").

Como quiera el negocio anulable está afectado por una "irregularidad", es lógico y justo que los efectos (destructivos) de la sentencia (o laudo) se proyecten hacia el pasado y, como consecuencia de ello, eliminén cualquier posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado (o prometido) o de retener lo recibido en ejecución de esto último.

En caso de que la parte (o una de las partes) hubiera ejecutado alguna prestación, evidentemente aquélla tiene derecho a exigir la restitución de la misma (o, si no fuere posible, de su equivalente en dinero).

Habida cuenta de que cuando se cumple el negocio anulable no se incurre en error (al estar en ese momento plenamente vigente tal negocio), la parte que ejecutó la prestación no puede alegar, para fundamentar el derecho a exigir la restitución de la misma, la existencia de "pago indebido" (la retroactividad de los efectos de la sentencia o del laudo no puede convertir la actuación libre y consciente de la parte que ejecutó el negocio en una actuación "viciada"). En tal caso, la parte en cuestión tendrá que actuar alegando la existencia de "enriquecimiento sin causa".

La posibilidad de anular el negocio le corresponde únicamente a la parte afectada por la "irregularidad" del negocio. En tal sentido, ni la otra parte, ni el juez ni los terceros con legítimo interés pueden actuar para destruir las consecuencias "precarias" producidas por el negocio.

Finalmente, ya diferencia de lo que disponen otros Códigos Civiles (el italiano, por ejemplo), el nuestro no contiene norma alguna que, de manera general, establezca que la anulación de un negocio no perjudica los derechos que los terceros hayan adquirido a título oneroso y de buena fe. Semejante vacío crea una situación de incertidumbre que afecta injustificadamente a estos últimos.

## ~ DOCTRINA

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Vol. 111. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1984; FRANZONI, Massimo. *Dell'Annullabilità del Contratto. 11 Codice Civile Commentario, diretto da Piero Schlesinger*. Guiffre Editore. Milano, 1997; BIGLIAZZI GERI, Una, BRECCIA, Umberto, BUSNEILI D., Francesco, NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Traducido por Fernando Hinestrosa, Tomo 1. Vol. 11. Universidad Externado de Colombia. 1992; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1991; BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Revista de Derecho Privado. Madrid; BONILINI, Giovanni. *L'Invalità del Contratto. Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone*. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999; NICIOIO, Rosario. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive*. letture di Diritto Civile, raccolte da Guido Alpa e Paolo Zatti. Cedam. Padova, 1990; CARNEVALI, Ugo. *I Vizi del Consenso*. Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999; GAIGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Traducido por Francisco P. Bias Gascó y lorenzo Prats Albertosa. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

## . JURISPRUDENCIA

"*Hay error en el consentimiento cuando la voluntad de las partes no coincida con la causa final, y obviamente, ésta es causa de anulabilidad del acto jurídico por impulso exclusivamente de las partes contractuales, quienes son los únicos habilitados para discernir sobre la existencia de este vicio de la voluntad*"

(*Exp. N° 770-98, Resolución del 20/07/98, Tercera Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima*).

"*La acción de anulabilidad puede ser ejercida a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio lo establezca la ley*"

(*Cas. N° 160-96-Lambayeque, El Peruano, 3/01/98, p. 357*).

"*Que, la ineficacia del acto jurídico, en caso de no ser confirmado por el representado, se encuadra en la anulabilidad del mismo, la cual solo puede ser solicitada por las partes que intervinieron en él, tal como lo dispone el artículo 222 del Código Sustantivo, por lo que la recurrente al no haber intervenido en el contrato cuya nulidad solicita no tiene legitimidad para obrar por ésta*".

(*Cas. N° 357-95. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 248*)

## NULIDAD EN EL ACTO PLURILATERAL

*En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.*

*Comentario*

*Eric Palacios Martinez*

El artículo comentado contiene una materialización legal del principio de conservación del negocio jurídico, el que específicamente viene denominado, en la construcción dogmática de la teoría de las ineficacias negociales, como un supuesto de *nulidad subjetivamente parcial* (que se distingue del supuesto contemplado en el artículo siguiente, referido a la nulidad de disposiciones insertadas dentro del contenido negocial, que al ser separables no afectan a la totalidad de éste), concebida ésta como una nulidad que afecta la posición de una de las partes intervenientes en los negocios plurilaterales con finalidad común, y que, como tal, al ser ella no esencial, deja incólume el resto de los vínculos establecidos con los demás sujetos.

Como ha sido ampliamente expuesto en la doctrina predominante, los negocios plurilaterales con finalidad común son aquellos en los que existen dos o más partes, entendidas éstas como esferas de interés (por lo que no debe confundirse ello con el número de personas), cuyas declaraciones apuntan a la obtención de un mismo resultado o fin dirigido a la satisfacción de un interés común. Así, un precedente importante, que ha dado lugar a una discusión que seguidamente abordaremos, para la configuración de esta categoría, se tiene al aceptarse que las declaraciones de varios sujetos pueden dar lugar a negocios bilaterales o plurilaterales, según sea el caso, cuando componiendo intereses contrapuestos (materialmente), aunque sea para la realización de un fin común, se disponen de dos o más lados, de modo que los distintos sujetos forman dos o más partes (SANTORO PASARELLI, p. 255).

Mucho se ha discutido acerca de la eventual naturaleza contractual de los negocios con finalidad común. En contra de ello se ha postulado que la parte del contrato está en contraposición de intereses con la contraparte, y que las declaraciones de voluntad de cada una se dirigen a finalidades diversas, mientras que es propio de las asociaciones y sociedades, como principales tipos de negocios con finalidad común, la concordancia de intereses de las partes y la identidad de la finalidad por ellas perseguida; de lo que se concluye que, antes de haber un contrato, existiría un acto

negocial distinto que, para distinguirlo de éste, se define como acto complejo o como acto colectivo idóneo a dar vida a una persona jurídica o a una institución (así MESSINEO, p. 65 Y ss., quien en su momento se perfiló como el más encarnizado defensor de esta posición; en igual dirección AULETTA, p. 3 Y ss.).

Quienes sostienen que el negocio con finalidad común puede ser asimilado al contrato esbozan que la función del contrato no se agota solamente en el intercambio y que la concordancia de intereses concretada en una finalidad común no son más tomadas como características incompatibles con el concepto de contrato, acentuando su función de instrumento técnico-jurídico de colaboración económica entre los sujetos (OSTI, p. 477; JAEGER, p. 126; FERRO LUZZI, p. 15 Y ss.; SANTOROPASARELLI, p. 255; entre otros).

Teniendo presente la función compleja del contrato debemos compartir la superación de la idea que caracteriza al contrato por la contraposición de intereses entre las partes, y considerarlo más bien como uno de los instrumentos utilizados para concretar el fenómeno social de la cooperación, tal como lo esbozara el recordadísimo maestro italiano Emilio BETTI; y, con ello, aceptar que la conceptualización del negocio plurilateral no es incompatible con la del contrato, pudiendo coincidir en muchas oportunidades como género y especie.

Sin embargo, en nuestra opinión no podemos enfrascar en todos los casos a los negocios plurilaterales de finalidad común dentro del paradigma contractual, pues no todos ellos tendrán el contenido patrimonial necesario para que sistemáticamente, de acuerdo al artículo 1351 del Código Civil, puedan ser calificados como contratos. Un ejemplo de ello sería el acuerdo tomado en un Consejo Familiar en el que los miembros de un entorno consanguíneo son reunidos para tratar ciertos temas con respecto al interés del menor, o el acuerdo previo de un grupo de miembros de una asociación para efectuar un voto en determinado sentido en una asamblea general.

En cuanto al marco de aplicación del artículo bajo comentario se debe dejar establecido que el mismo es aplicable solo a aquellos negocios plurilaterales con finalidad común con más de dos partes (a pesar de que esta categoría, como quedó ya claro, engloba incluso a los negocios bilaterales siempre que tengan una finalidad común). La norma no tendría razón de ser si nos encontráramos ante un caso en el que la nulidad afecte a la posición de una de las partes en un negocio estrictamente bilateral, es decir en el que participen solo dos partes, pues carecería de sentido propender a la conservación del negocio, incluso siendo no esencial la participación de ella, en tanto el supuesto de referencia desaparecería al ser imposible hablar de finalidad común en el caso de quedar solo una parte en una posición subjetiva única, lo que nos llevaría inexorablemente fuera del supuesto de hecho descrito por la norma. Por demás, esta idea puede ser aplicable cuando, luego de que se califique un negocio jurídico plurilateral con finalidad común, se llegue a establecer que, corroborada la nulidad que afecte el vínculo de varias partes intervenientes en la estructura negocial, quede en pie solo uno de los vínculos correspondiente a una de ellas. Ante tal hipótesis la aplicación de la norma queda excluida.

También es importante precisar que la regla submateria puede perfectamente ser utilizada en general en todo tipo de negocios con partes plurisubjetivas. Así, en

una compraventa con pluralidad de vendedores, en calidad de propietarios individualizados de ciertos bienes objeto de transferencia, la incapacidad absoluta de uno de ellos no acarrea la nulidad de la totalidad de la compraventa sobre los demás bienes, por la regla contenida en el presente artículo (salvo que exista un interés del acreedor, debidamente expresado o extraído de la naturaleza del negocio, en la totalidad de las piezas, al extremo que la ausencia de una de ellas haga inservible el resto). Es sintomático que se llegue a la misma respuesta si utilizáramos la regla que será comentada en el artículo siguiente, referida a la nulidad parcial, con lo que se demuestra la coherencia intrínseca del sistema negocial.

La norma tiende a proteger el intento práctico de los sujetos intervenientes en los negocios de finalidad común, previendo expresamente la posibilidad de que, siendo calificado como nulo alguno de los vínculos, los que no son afectados por la nulidad puedan seguir manteniéndose operativos, siempre y cuando el o los vínculos afectados no sean calificables como esenciales. Por demás al referirse la norma al término "vínculo" incurre en una imprecisión al no tener certeza si se refiere solamente a relaciones jurídicas, incluida la obligación, o también puede considerarse dentro de la hipótesis casos en que de por medio existan solamente situaciones jurídicas en sentido estricto.

El fundamento de la figura puede encontrarse, según una corriente importante en la doctrina italiana, en la necesidad de proteger la economía del negocio, en el sentido de que se llegue a considerar esencial la participación de la parte cuyo vínculo está afectado por la nulidad o anulabilidad (BRECCIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI, p. 1041).

Para delimitar la esencialidad en un determinado negocio jurídico plurilateral de alguno de los vínculos podemos referirnos a una serie de teorías, las que he descrito en otro lugar (PALACIOS MARTÍNEZ), ya lo que me remito, siendo solo necesario aclarar que la esencialidad deberá de enfocarse a partir de la función concreta del negocio en particular considerando la autorregulación de intereses plasmada en relación con importancia de la participación cualitativa y cuantitativa de las partes intervenientes. Así, el contrato que constituye una sociedad no podrá continuar operativo si se establece una nulidad que afecta la vinculación de uno de los socios fundadores cuando éste es el titular absoluto y exclusivo de la patente sobre un invento, cuya explotación era la finalidad misma de la sociedad así constituida. El ejemplo es válido también cuando el socio excluido por efecto de la nulidad era el que efectuó el aporte dinerario mayoritario, y el mismo era trascendental, según el objeto social, para la dinámica societaria concreta.

Solo queda por recalcar que la norma comentada es aplicable también en los supuestos en que la nulidad del vínculo se produzca por una causal de anulabilidad, en la medida en que en este tipo de invalidez, la consecuencia de su declaración es también su nulidad según se desprende del artículo 222 del Código Civil.

SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964; MESSINEO, Francesco. *La struttura della società e il cosiddetto contratto plurilaterale*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XXVII. CEDAM. Padova, 1942; y *Nuovi studi di diritto delle società*. Giuffré Editore. Milano, 1966; AULETTA, Giuseppe. *11 contratto di società commerciale*. Giuffré Editore. Milano, 1937; OSTI, Giuseppe. *Voce "Contratto"* en: *Novíssimo Digesto Italiano diretto da Azara e Eula*. UTET. Torino, 1975; JAEGER, Pier. *L'interesse sociale*. Giuffré Editore. Milano, 1964; FERRO LUZZI, Paolo. *L'impresa en L'impresa*. Quaderni Romani de Diritto Commerciale, 1, a cura di Ferro Luzzi e Libonati Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1985; BRECCIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI. *Derecho Civil*. Tomo 1. Vol. 2. Traducción de la 1<sup>a</sup> edición italiana. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría de la Nulidad Parcial del Negocio Jurídico*, en *Revista Themis de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*. Segunda época. Año 1998. NQ 38.

## NULIDAD PARCIAL

*La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.*

*La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.*

*La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.*

### CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 169, 189  
LEY26572 arto 14

*Comentario*

*Erlc Palacios Martinez*

Nuevamente nos encontramos ante un supuesto normativo contenido en el primer párrafo del artículo, que recoge el principio de conservación de los negocios jurídicos, específicamente de la máxima *utile per inutile non vitiatur* (respecto del cual existe un interesantísimo trabajo de MARÍN PADILLA). Y que en términos concretos viene siendo denominada como *nulidad parcial* por la unanimidad de la doctrina. Ella se entiende como una de las técnicas de sanatoria del negocio jurídico, que supone la afectación cuantitativa de los efectos de la nulidad solamente a la parte del contenido negocial que la motiva y justifica, sin afectar el resto del mismo, en la medida en que éste se encuentre apto para producir sus efectos negociales típicos, constituyendo una restricción importante a los efectos expansivos de la nulidad (ver por todos el clásico trabajo de OERTMANN, p. 75; donde agrega que "para la aplicación de esta excepción, el interés de las partes será la medida decisiva"). Se explica con ello el fenómeno producido con la nulidad parcial, pudiéndose entrever claramente la forma de actuación de su mecanismo sobre el "contenido negocial", punto primordial para comprender su problemática. Dicho esto, queda evidenciada la enorme utilidad del mecanismo de la nulidad parcial en virtud a que no tendría ningún sentido práctico, en todos los casos, impedir la realización de los intereses caracterizantes-típicos del esquema negocial por defectuosidades estructurales o contravención a normas imperativas, referibles exclusivamente a puntos concretos de su contenido. Por ello, con razón, se ha concluido que las propias normas jurídicas entienden que estando prohibida solo una condición o presupuesto concreto ello no debe arrastrar bajo su caída a todo el negocio (RUIZ SERRAMALERA, p. 378), puesto que solo algunos de esos aspectos pueden ser calificados de nulidad e impedir la produc

ción de algunos efectos (MALUQUER DE MOTES, p. 317), lo que se explica principalmente tomando en consideración el "contenido complejo" que puede presentar el negocio (así, SCOGNAMIGLIO, p. 330).

Sus requisitos de actuación, mayoritariamente aceptados por la doctrina, aunque utilizando diferente terminología, son dos: 1) la prescindibilidad objetiva de la parte del contenido negocial afectada por la nulidad (lo que equivale en nuestra opinión a la separabilidad enunciada por el primer párrafo del artículo comentado), y 2) la no existencia de una declaración común contraria a la aplicación de la nulidad parcial (así, CRISCUOLI).

Antes de abordar la temática referida a la, por nosotros denominada, "prescindibilidad" se hace necesario evaluar en qué consiste aquella "porción" del contenido sobre la cual puede recaer la mencionada valoración; es decir, examinar preliminarmente las nociones de "contenido" y "cláusula", para analizar, en el primer caso, su composición, y en el segundo su posibilidad de extracción sin afectar el sentido funcional del reglamento negocial ni la estructura del tipo, ya que en este último supuesto sería más oportuno referirse a la conversión del negocio jurídico.

Para evitamos entrar en un arduo desarrollo del concepto de "contenido negocial" nos vamos a limitar a acoger la definición, que, en parecer propio, concuerda mejor con las modernas concepciones negociales, basadas todas ellas en el reconocimiento de la autonomía privada de los sujetos. En tal sentido, por contenido entendemos al conjunto de las determinaciones de las partes de las que resulta el tipo de regulación (de intereses) que ellas han querido actuar con el contrato; en síntesis, el reflejo concreto del intento práctico en el que se denota la entera estructura negocial.

Debe recordarse, en relación con la generación del contenido negocial, que el poder preceptivo otorgado a los sujetos (autonomía privada) supone no solamente la elección de los esquemas (tipos negociales) más idóneos para realizar las finalidades u objetivos escogidos, sino también la más específica determinación de su contenido; por lo que los sujetos están también autorizados para completar la estructura esencial del negocio con proporciones o cláusulas accesorias. De ahí, que el contenido puede comprender o estar compuesto por cláusulas principales y cláusulas accesorias. Las primeras caracterizan el esquema o tipo negocial escogido, mientras que las segundas asumen importancia en la específica programación de las partes, presuponiendo la existencia de las cláusulas principales sin las que no podrían asumir relevancia alguna.

Es entonces evidente que "contenido" y "cláusula" son conceptos vinculados, en la relación de "todo" a "parte". Por ello, en principio no se equivoca la doctrina que entiende por "cláusula" una cualquiera de las proposiciones en las cuales consta, o puede constar, el contenido del negocio jurídico, es decir, la determinación relativa a un punto cualquiera de la *fattispecie* negocial.

Sin embargo la definición contemplada no esclarece cómo se va a distinguir una cláusula de otra, en tanto no establece ningún criterio para su ubicuidad concreta dentro del contenido negocial a fin de que se pueda individualizar en forma unívoca si la nulidad está afectando una única cláusula, una pluralidad de ellas, o una parte de

alguna de ellas, y con ello discernir, según el caso, si resulta aplicable el mecanismo conservativo de la nulidad parcial.

Para resolver tal incertidumbre se ha propuesto entender como "cláusula" al precepto de autonomía privada aislado o aislabile en el contexto complejo de un contrato, que la ley no considera escindible en varias proposiciones (expresa dicho criterio la Corte di Cassazione Italiana en una Sentencia del 16 de octubre de 1958, citada por BIGLIAZZI-GERI, p. 684). Se desprende de la definición que, para que se pueda calificar como cláusula singular y autónoma a un precepto de autonomía privada, éste debe presentar dos características: la aislabilidad y la inescindibilidad. Estos requisitos serán desarrollados brevemente. Por aislabilidad se puede entender aquella posibilidad de que una determinada proposición pueda ser separada del resto del contenido negocial sin que afecte el sentido otorgado a las otras proposiciones ni el suyo propio; supone que al extraer hipotéticamente una proposición, sea perfectamente distinguible la particular regulación que ella incorpora, es decir, el punto autorregulado que ella concreta independientemente.

El segundo requerimiento para que se pueda hablar de "cláusula" lo tenemos en la inescindibilidad. Ella consiste en la característica por la cual aquella porción del contenido calificada como "cláusula", debe ser unitaria y no susceptible de dividirse en partes que, en sí mismas, puedan constituir puntos de regulación autónomos, ya que en caso contrario, estaríamos hablando de cláusulas compuestas o complejas por estar integradas por dos o más puntos de regulación. Pero habiendo llegado hasta aquí, queda por preguntarse ¿qué cosa se entiende por, lo que nosotros hemos llamado, punto autorregulado o punto de regulación autónomo? Para lo cual tenemos una respuesta directa que ayudará a esclarecer en buena medida la problemática de la definición del término "cláusula". Punto de regulación es la proposición o determinación independiente que resuelve satisfactoriamente una concreta incertidumbre, exigida o permitida por el ordenamiento, para una reglamentación de intereses destinada a satisfacer las necesidades de los sujetos negociales. Así por ejemplo, en el negocio jurídico denominado compraventa es evidente cómo la específica determinación que incorpora la estatución del precio del bien materia del contrato, es una cláusula en el sentido señalado en virtud a que resuelve una incertidumbre necesaria para la específica concreción del tipo negocial llamado compraventa. Si en la proposición se incorporase, además del precio, la estatución concerniente a la descripción del bien o a la imposición de un plazo esencial para el cumplimiento, no podría lógicamente hablarse de una sola cláusula, sino de dos o más cláusulas incorporadas en una sola determinación preceptiva dentro del contenido del negocio. Otro ejemplo está en la incorporación de una condición o plazo suspensivo, que afecte el momento en que habrán de iniciarse los efectos negociales en una determinada proposición; lo que sin lugar a dudas implica la existencia de una proposición-cláusula, porque en sí mismo resuelve la controversia, evidentemente de interés para las partes, referida al momento idóneo para el comienzo de la producción de efectos. Dentro de lo explicado centramos en lo dicho nuestra posición.

En cuanto a los requisitos esbozados debemos señalar que el requisito de la "prescindibilidad objetiva" supone que, una vez efectuada la calificación pertinente, se

concluya que la parte contaminada por la nulidad es prescindible y que, como tal, pueda ser excluida sin afectar la estructura y función básica del tipo negocial de que se trate. La utilización para su construcción de lineamientos de orden objetivo, hace que este requisito deba plantearse como la verificación de que la privación de efectos de la parte declarada como nula no va a afectar la función concreta (objetiva) que cumple el negocio en particular en el contexto social. Así, por ejemplo, tenemos el supuesto de un testamento que contiene una cláusula que conceda algún beneficio económico al notario ante el cual se otorga el testamento, siendo claro cómo la prescindibilidad puede establecerse considerando la no afectación de la función que cumple el testamento, es decir la atribución de bienes patrimoniales para el momento de la muerte de una persona natural. La existencia de la norma bajo comentario posibilita, en suma, una construcción abstracta de índole objetiva de la nulidad parcial, sin necesidad de inútiles e imprecisas averiguaciones en torno a lo que las partes "querían o habrían querido en aquel momento", debiéndose por ello rechazar abiertamente que la nulidad parcial tenga su fundamento sobre la voluntad de las partes ( criterio erróneo sostenido en Italia por SARACINI p. 295 Y por ROPPO p. 688 Y ss.).

No es contradictorio, sin embargo, con lo recientemente anotado, que se considere como límite negativo de la operatividad de la nulidad parcial el que no exista una declaración común contraria expresa a la aplicación de la nulidad parcial en el específico negocio jurídico, pues ello implica solamente aceptar la renuncia, anticipada o no, de los sujetos a los mecanismos de protección ofrecidos por el ordenamiento, lo que es lógicamente viable en la medida de que éstos se encuentran predisuestos a su favor por el ordenamiento; todo ello a pesar de que la norma no lo contemple en forma literal, ya que el mismo se extrae de la propia lógica del sistema, porque se trata de normas que tienden a proteger intereses privados cuya actuación cae dentro de la esfera de disposición de los sujetos que representan dichos intereses.

El segundo párrafo del artículo comentado contempla el fenómeno de la sustitución automática del contenido negocial por normas imperativas, el que difiere de la anterior hipótesis porque en este caso no es necesaria la indagación acerca de que la o las disposiciones afectadas por la nulidad sean o no separables, siguiendo los lineamientos teóricos descritos, ya que ellas son sustituidas imperativamente por el ordenamiento, por lo que no podría el fenómeno en cuestión llegar a producir la nulidad del entero negocio (GALGANO, p. 145). Ello tiene como consecuencia lógica que el negocio jurídico produzca totalmente sus efectos típicos pues la norma jurídica ha heterointegrado su contenido. El legislador ha reconducido este supuesto y lo ha disciplinado conjuntamente con la nulidad parcial propiamente dicha, a pesar de lo expuesto, atendiendo a que también en este fenómeno se propende a la no expansibilidad de la nulidad de una disposición particular al entero contenido negocial, lo que podría suscitar algunas confusiones en el momento de su aplicación concreta. (Así, SANTORO PASARELLI, p. 309; considera como fenómeno distinto e independiente a la denominada sustitución legal de la autonomía privada, precisando que en este caso la ley determina los efectos no deduciéndolos de la autonomía privada, sino prescindiendo de este objetivo de las partes e incluso contrariándolo). La diferencia sustancialmente se encuentra en que en la nulidad parcial se tiene una exclu-

sión de la disposición o parte afectada con respecto al resto del contenido a pesar de lo cual éste surte sus efectos; mientras que en el segundo supuesto nos encontramos frente a una actividad correctora del ordenamiento jurídico completando y corrigiendo parte del contenido de un negocio jurídico a fin de que éste produzca sus efectos integralmente. Otra diferencia radica en que la sustitución automática del contenido negocial por normas imperativas debe de contemplarse expresamente por la norma que lo ordena, desprendiéndose ello de su específica actuación en la sustitución de una disposición particular del negocio. En nuestra opinión la hipótesis analizada puede ser equiparada al fenómeno negocial de la reducción legal del plazo contenida en el artículo 1668 del Código Civil.

Por demás, en la sustitución automática del contenido negocial por normas imperativas no estamos frente a un simple deber de las partes de adecuarse a las prescripciones de la autoridad pública, sino que estas prescripciones concurren directamente a formar el contenido del negocio, o integrándolo allá donde ellas no han dispuesto, o bien sustituyendo automáticamente la cláusula *secundum legem* a la cláusula *contra legem*. (GALGANO, p. 55).

En consecuencia, para efectos de esbozar una correlación entre nulidad parcial y sustitución automática del contenido negocial, es nuestro parecer que el sistema utiliza esta última para salir de la incertidumbre que encierra la norma anterior, ahora no trata de conservar -en la medida de lo posible- el negocio, sino que decididamente lo conserva con el contenido que considera más justo y a pesar de la parte no interesada en dicha conservación, no pudiendo impugnarse bajo ninguna forma el negocio heterointegrado a través del mandato imperativo analizado (TRIMARCHI, p. 279).

En suma, la norma, en esta parte, recoge el fenómeno de la integración del negocio respondiendo a una exigencia práctica, con el fin de efectuar una ponderada articulación de los intereses abstractamente puestos en juego en la específica autorregulación; en este caso utilizando la normatividad imperativa, lo que incluso puede afectar el interés particular de alguno de los sujetos que intervienen, pues puede tenerse en consideración una decisión tendente a proteger intereses globales más allá de los intereses particulares. Se demuestra, entonces, que el contenido negocial y su propia estructura pueden vincularse a la obtención de fines distintos a los particulares, así como servir como un límite externo y factor de control de los actos con los cuales se ejerce el poder conferido por medio de la autonomía privada (RODOTA, pp. 76 Y ss).

El tercer párrafo del artículo, tomado literalmente, una regla aplicable tan solo a los denominados negocios obligacionales, en los que su eficacia se traduce en el surgimiento de una relación obligatoria, caracterizada por la doctrina dominante por el fenómeno de la cooperación (así, BETTI), lo que restringe arbitrariamente su ámbito cuando ella podría ser únicamente aplicada fuera del Derecho de las Obligaciones. Se puede incluso criticar por ello su ubicación sistemática. Además, debe de anotarse que es bastante impreciso el referirse á una "nulidad de una obligación", cuando la nulidad, como es bien sabido, opera directamente sobre el contenido del negocio y no sobre sus efectos, los cuales solo decaen por la invalidez del contenido que ha

originado su producción; por lo que es mejor ceñimos a este criterio para entender más armónicamente el párrafo analizado. Un ejemplo de sencillo entendimiento es el mutuo con garantía hipotecaria, en donde la eventual nulidad del mutuo genera de inmediato la del acto constitutivo de la hipoteca, lo que ciertamente nos abre la posibilidad de aplicar el criterio a negocios complejos, es decir compuestos por elementos o caracteres provenientes de dos o más tipos negociales.

Ahora bien, extrayendo el principio contenido en la regla comentada, concretado en que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no al revés (que se encuentra diseminado en varios artículos del Código Civil, como por ejemplo los artículos 189, 1090 inciso 1, 1122 inciso 1, 1345, 1694, etc.), puede éste ser aplicado a negocios jurídicos que generen otros tipos de relaciones jurídicas no obligacionales, tales como el contrato de opción, la promesa de la obligación del hecho de un tercero, la compraventa de bien ajeno, etc., los que originan relaciones jurídicas con polos distintos al crédito-débito. Por último debemos de señalar que la calificación de "principal" y "accesorio" en el negocio concreto tiene que ser resuelta tomando en consideración **la función específica del negocio**, observando cuál o cuáles son las partes del contenido que pueden ser consideradas como principales o accesorias en relación a su trascendencia sobre el desenvolvimiento funcional del negocio.

## DOCTRINA

MARÍN PADILLA, María Luisa. *El Principio General de Conservación de los Negocios Jurídicos*. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1990; OERTMANN, Paul. *Invalidez e Ineficacia de los negocios jurídicos*. Traducción del alemán en *Revista de Derecho Privado*. Año XVI.

Número 186. Madrid, 1929, p. 75; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *El Negocio Jurídico*. Universidad Complutense Sección de Publicaciones. Madrid, 1980, p. 378; MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Derecho de la Persona y Negocio Jurídico*. Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1993, p. 317; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Universidad Externado de Colombia. Reimpresión. Bogotá, 1991, p. 330; CRISCUOLI, Giovanni *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1959; BIGLIAZZI-G~RI, Una. *Sul significato del termine "clásula" in relazione al comma 2º dell'art. 1419 C.C. en Rapporti Giuridici e Dinamiche Sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti Guiridici* Dott. A. Giuffré Editore, Milano 1998, p. 684; SARACINI, Eugenio. *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1970, p. 295; ROPPO, Enzo. *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*. En *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Casa Editore Dott. Antonio Milani, 1971. Anno XVII, p. 688 Y ss; GALGANO, Francesco *Nullità del contrato artículo 1419 en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano Zanichelli Editore Bologna 11 Foro Italiano Roma, Bologna, 1998*, p. 145; SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964, p. 309; GALGANO, Francesco. *1/ negozio giuridico en Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da Cicu-Messineo continuato da Luigi Mengoni* Dott. Vol. 111, T. 1. A. Giuffré Editore. Milano, 1988. p. 55; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Sesta edición. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1983, p. 279; RODOTA, Stefano. *Le fonti di integrazioni del contratto*. Giuffré Editore. Milano, 1969, pp. 76 Y ss; BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969.

## . JURISPRUDENCIA

*"La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica las otras, siempre que sean separables y, asimismo, la nulidad de las disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal"*

*(R. N° 015-97-ORLCffR, Jurisprudencia Registral. Vol. ,V, Año /1, p. 81).*

*"La nulidad de la constitución de hipoteca no puede anular los demás actos que constan en la escritura pública, como son la cancelación de hipoteca, la constitución de fiadores solidarios y el contrato de crédito, por ser separables"*

*(Cas. N°265- T-97-La Libertad, El Peruano, 3/04/98, p. 605).*

*"Que, si bien es cierto, los contratos realizados por el codemandado (u.) han sido realizados con las formalidades que exige la ley, empero, el bien inmueble hipotecado así como los bienes señalados a fojas (...) conforman bienes de la sociedad de gananciales, y no habiendo la cónyuge demandante participado ni expresado su autorización para gravarlos, éstos devienen en nulos. Que, el último párrafo del artículo 224 del Código Sustantivo, expresa claramente que la nulidad de las obligaciones accesorias no origina la de la obligación principal, por lo que al tenor de este artículo debe dejarse subsistente el contrato de mutuo suscrito por los codemandados así como el de prenda y depósito respecto de la máquina industrial a la que se refiere la factura de fajas (...)".*

*Caso N° 1245-96. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 249)*

## NULIDAD REFLEJA

*No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.*

CONCORDANCIAS:

*C.C. artº 140 jnc. 4)*

*C.P.C. art.233*

*Comentario*

*Eric Palacios Martinez*

Los particulares para garantizar que su o sus declaraciones tengan un marco de referencia objetivo necesitan que éstas se encuentren contenidas en un documento. Negocio y documento tienen la relación de continente y contenido por lo que deben de ser netamente diferenciados a fin de mantener una coherencia en el tratamiento de la eventual nulidad de alguno de ellos, ya que resulta evidente que en ambos casos las consecuencias serán distintas.

Por documento debe entenderse la entidad material que, formada en presencia de un hecho, está destinada a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa, de modo que pueda hacerlo conocer a distancia de tiempo (en tal sentido, es imprescindible consultar la reciente segunda edición a la traducción del aún vigente CARNELUTTI). Así también, siempre desde el campo del Derecho Procesal PRIETO CASTRO Y FERNANDIZ, pp. 165-166, donde se define estrictamente al documento como "el objeto o materia en el que consta, *por escrito*, una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión de pensamiento").

Pueden darse dos hipótesis distintas en lo que respecta a la incorporación de undeterminado negocio a un documento; puede ser que el negocio, habiendo ya sido concluido anteriormente, sea reproducido en un documento, por ejemplo para dejar constancia de su existencia y evitar los inconvenientes de una labor probatoria adicional; o bien el negocio puede, aún en vía de formación, ser incorporado al documento coincidiendo, en este caso, conclusión y redacción coetáneamente.

Al margen de lo dicho podemos establecer una diferencia fundamental entre ambas concepciones extraída del resultado que se persigue con uno y con otro. Con el documento se pretende formar una entidad con capacidad representativa, siendo por ello incorporada dentro de las operaciones con las que se modifica un estado de hecho preexistente; mientras que la declaración negocial se proyecta sobre la esfera intelectiva de otro sujeto. Esto lleva a diferenciar nítidamente y con ello reconocer que la formación del documento no agota de por sí el proceso formativo de toda declaración, ya que, para que se considere concluido éste, es necesario que sea puesto en conocimiento del sujeto destinatario.

Para analizar convenientemente el supuesto en que la confección del documento sea posterior a la celebración del negocio, es a su vez necesario distinguir cuando dicha formalidad constituya solo un reconocimiento o ratificación del mismo, o, en cambio, se utilice al documento para efectivizar una nueva declaración de voluntad. En el primer caso nos encontramos ante una reproducción o reiteración de un negocio, mencionada con anterioridad, y en el segundo ante la formación de un nuevo negocio. Sobre este punto enfaticemos que este fenómeno puede ser distinguido acudiendo a la diversidad sustancial del precepto contenido en el documento, lo que daría lugar a que modificaciones nimias o accesorias no puedan ser asidero suficiente para afirmar la formación de un nuevo negocio, que reemplace al primero, una suerte de "negocio de innovación", como cierta parte de la doctrina española lo ha denominado (RUIZ SERRAMALERA, p. 263).

El criterio planteado por la norma en su parte final, referido a la posible no afectación del negocio cuando el documento sea declarado nulo, debe de entenderse estrictamente referido a los supuestos en que el documento representa solamente una forma *ad probationem* (que, a diferencia de la forma *ad solemnitatem*, no es componente estructural del negocio, por lo que su defecto no priva de validez al negocio, al contrario de aquella), ya que en ellos resulta posible la escindibilidad de los efectos de la nulidad que pudiera golpear al documento, pues si se tratase de una forma *ad solemnitatem* el negocio también se vería perjudicado en forma irremediable al faltar uno de sus elementos esenciales o constitutivos. Al concretarse el caso bajo comentario resulta evidente que se suscitará la problemática vinculada a la probanza del negocio, para lo cual habrá que acudir a la valoración del documento declarado nulo en cuanto sea ello posible, atendiendo sobre todo al origen de la nulidad. Así por ejemplo, si pensamos en que la nulidad del documento se ha decretado por una falsedad en la firma del declarante, es evidente que, incluso cuestionándose la propia validez del negocio, el contenido documental se vería bastante cuestionado siendo necesario algún otro medio de probanza a fin de que se pueda establecer el "*real*" contenido negocial.

Por último, se debe resaltar que la denominada nulidad documental se obtiene luego de una constatación de los requisitos formales del documento en particular, es decir, los que se reflejan directamente a partir de su tenor literal vinculados a los requerimientos que la ley exige al documento para poder ser considerado idóneo para suplir la finalidad a él inmanente. Los supuestos más claros de nulidades documentales se encuentran en el Derecho Cambiario, específicamente en lo que concierne a los títulos valores tales como la letra de cambio, cheque, pagaré, etc.; no afectando que los antedichos sean considerados como "negocios abstractos", concebidos, aquí muy genéricamente, como los negocios en que existe una desvinculación con la causa que le habría servido de sustento.

## ~ DOCTRINA

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil (apéndice de Giacomo P. Augenti)*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000; PRIETO CASTRO Y FERNANDIZ, Luis. *Derecho Procesal*

Civil. Editorial Tecnos SA Madrid, 1989, pp. 165-166; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *El negocio jurídico*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Sección Publicaciones. Madrid, 1980, p. 263.

## . JURISPRUDENCIA

"No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede comprobarse el acto aunque el documento se declare nulo"

(Exp. N°675-92, *Gaceta Jurídica* N°44, p. 27-C).

"No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo, tanto más que, tampoco cabe discutir ni decidir incidentalmente una nulidad al respecto"

(Exp. N° 441-95-Lima, Hinostroza Minguez, Alberto. *Jurisprudencia Civil*, Tomo 1, p. 54).

"Someter la nulidad del acto jurídico de la compraventa al del instrumento que la contiene implica caracterizarla como acto 'ad solemnitatem causa', que es ajeno a su esencia jurídica"

(Exp. N° 979-87-Lambayeque, *Normas Legales*, tomo 153, p. 597).

"De conformidad con el artículo 225 del Código Civil, no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo, por cuanto la obligación es un efecto y nunca una causa".

(Cas. N°675-92. *Diálogo con la Jurisprudencia* N°38. Enero 2001. Pág. 249)

"Que, no se debe confundir el acto con el documento que sirve para probarlo, como establece el artículo 225 del Código Civil, concordante con el artículo 237 del Código Procesal Civil. Que, en consecuencia, es preciso puntualizar que, el proceso bajo examen no versa sobre la nulidad de una minuta de compraventa como expresa en el recurso de casación, sino sobre el acto jurídico que ésta - debía probar, de tal manera que si en otro proceso se ha ordenado que esa minuta se haga constar en escritura pública, no se ha resuelto en modo alguno sobre el acto que representa, sino sobre su forma, conforme al artículo 1412 del Código Civil, que es cosa distinta".

(Cas. N° 475-96. *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 38. Enero 2001. Pág. 249)

"Que, el Código Civil en el artículo 225 consagra la nulidad refleja, entendida como el principio de conservación del acto aunque el documento se declare nulo".

(Cas. N° 398-97. *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 38. Enero 2001. Pág. 249)

*"Que en el Derecho Peruano, la compraventa es un contrato consensual, que se forma por el solo consentimiento de las partes, esto es cuando se produce acuerdo en la cosa materia de la transferencia y el precio, como lo establecen los artículos 1352 y 1529 del Código Civil, lo que no se debe confundir con el documento que sirva para probar tal contrato de compraventa, como también estipulan los artículos 225 del Código Civil y 237 del Código Procesal Civil. Que es facultativo que el contrato de compraventa conste en escritura pública para cumplir con el requisito del artículo 4 del Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1412 del Código Civil, desde que el otorgamiento de escritura pública en este caso no reviste un requisito ad solemnitatem, esto es que se haya convenido que la escritura pública es requisito indispensable para la validez del acto jurídico, bajo sanción de nulidad".*

*(Cas. N° 475-961793-98. Diálogo con la Jurisprudencia N° 38. Enero 2001. Pág. 243)*

*"Conforme a la sentencia de vista, la escritura pública implica la formalización de un acto jurídico y son independientes el acto con el documento que le sirve para acreditarlo".*

*(Cas. N° 3494-2000 Lima, publicada el 31/07/2001. Diálogo con la Jurisprudencia N° 37. Octubre 2001. Pág. 172)*

## ALEGACIÓN DE INCAPACIDAD EN BENEFICIO PROPIO

*La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.*

CONCORDANCIA:

C.C. a115. 43, 44, 1175

Comentario

Enc Palacios Martinez

En este caso la *fattispecie* limita, en concatenación con las normas que establecen la legitimación para la impugnación de ciertos negocios jurídicos que adolecen de algún defecto en relación con la posición de los sujetos intervenientes, la posibilidad de que una de las partes pueda alegar la incapacidad de su contraparte con el fin de beneficiarse a través de ello; por lo que, en una primera aproximación, pareciera que la norma está dirigida a aplicarse en negocios jurídicos en los que intervienen dos o más partes (negocios bilaterales o plurilaterales), y que reduce su aplicabilidad a los negocios obligacionales, hecho que resulta bastante discutible porque en los casos de negocios con efectos reales, llámeselos compraventa, podría bien aplicarse la regla contenida en la segunda parte del artículo, ya que puede darse que la parte pasiva, en este caso la vendedora, esté compuesta por varios sujetos, uno de los cuales podría alegar la causal de anulabilidad por incapacidad de su copartícipe (en la posición común como parte negocial) para efectos de peticionar la nulidad del negocio.

Además, nótese que la norma se refiere a los supuestos en que la defectuosidad del presupuesto estructural de la capacidad se encuentra catalogada como una causal de anulabilidad, puesto que es bien conocido que las causas de nulidad pueden ser alegadas por cualquier persona que tenga interés o por el Ministerio Público, o incluso, ser declarada de oficio por el juez, según se desprende del artículo 220 del Código Civil. El campo de aplicación de la norma son, en síntesis, los supuestos de incapacidad relativa (artículo 44 del Código Civil).

El ordenamiento en lo que ataña a la anulabilidad asume un sistema taxativo, lo que se extrae del artículo 221 inciso 4 del Código Civil, requiriéndose por ello que ésta se encuentre expresamente dispuesta en la norma legal. Es lógico entonces inferir que, al ser la anulabilidad un tipo de invalidez restringido, también se impongan restricciones a su ejercicio en los términos señalados por el segundo párrafo del

artículo 222 del Código Civil, por lo que la norma bajo comentario es, en nuestra opinión, una expresión del principio según el cual la acción de anulabilidad solo puede invocarla la parte perjudicada, por lo que tampoco, según nos parece, la parte contraria podría invocar el error, el dolo, la violencia, o cualquier otra causal de anulabilidad que afecte a su contraparte negocial; pues la ley en este caso ha limitado la actuación concreta para peticionar la nulidad por causal de anulabilidad. Se encuentra el sustento de ello, y aquí viene lo importante, en que la sanción de invalidez en el caso de la anulabilidad, está prevista en protección del interés privado del afectado, en este caso el incapaz, e incluso de sus causa-habientes, por lo que el sujeto negocial capaz no tiene justificación razonable para invocarla.

Procesalmente, en el caso de que se demande la nulidad de un determinado negocio jurídico por existir alguna causal de anulabilidad, no solo derivada de incapacidad relativa, la parte demandada podrá alegar exitosamente la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, contemplada en el artículo 446 inciso 6 del Código Procesal Civil.

En lo que se refiere a la parte final de la *fattispecie* comentada es oportuno precisar que la salvedad establecida constituye aparentemente una excepción al límite de legitimación establecido, lo cual no es cierto de acuerdo a las consideraciones que a continuación puntualizamos.

La norma se refiere al criterio de indivisibilidad del "objeto del derecho de la obligación común" (anotemos que este término debe ser entendido como referido al objeto de la obligación común, configurada como la prestación debida común), al que dos o más personas se encuentran obligadas en forma conjunta, siendo la mención "del derecho" absolutamente irrelevante y hasta posible factor de confusión. De ello se deduce que la hipótesis normativa está dirigida a un caso distinto al planteado por la primera parte del artículo pues se refiere a la situación de una pluralidad de sujetos que asumen una posición común representativa de ciertos intereses, y que como tal representan una "parte" negocial. Ante tal hipótesis uno de los sujetos que la integran puede invocar la incapacidad del sujeto que con él conforma la parte negocial obligada, su copartícipe, siempre y cuando el "objeto de la obligación sea divisible", pues evidentemente tiene pleno y legítimo interés en efectivizar ello por estar comprometido el propio cumplimiento de la obligación a su cargo, al no poder desarrollar su actividad debitoria en forma "parciaria", por la indivisibilidad anotada. La mención final del artículo comentado no constituye en términos estrictos una excepción, sino un caso distinto, en la medida en que el sujeto que impugnaría el negocio no es técnicamente su contraparte, puesto que comparte una posición común como' obligado al cumplimiento y no tiene una contraposición de intereses abstracta frente a éste, lo que en sustancia, constituye el supuesto hecho de la norma.

Sin embargo, la mención expresa de tal derecho potestativo por el sujeto con quien se comparte la obligación común, es importante por lo anteriormente dicho, es decir por la necesidad de que el ordenamiento en forma expresa prevenga quiénes son los sujetos legitimados para peticionar la nulidad por una causal de anulabilidad en nuestro sistema de ineficacias negociales, máxime si tal disposición guarda corre

lación sistemática con la norma de taxatividad establecida en el citado artículo 221 inciso 4 del Código Civil.

La indivisibilidad del objeto de la obligación, no siendo precisamente un tema negocial a comentar, sino más bien temática compleja del Derecho de Obligaciones, no puede ser materia de un tratamiento profundo en esta parte. A pesar de ello, en virtud a la referencia normativa indicada, no podemos evitar hacer un brevísimo comentario sobre el particular.

Como he dejado entrever, en nuestro parecer, el objeto de la obligación en general viene determinado como la prestación debida. Esta construcción ha superado, mediante una reformulación de sus alcances, a las teorías patrimonialistas anteriormente dominantes en Europa que identificaban al objeto de la obligación con el bien debido, al que se le atribuía un significado que "comprende toda *utilidad apreciable* que para el ordenamiento pueda constituir materia de sacrificio para un sujeto y que, en correlación con aquel sacrificio, pueda ser materia de una expectativa tutelada" (referencia extraída de BRECCIA, pp. 135-136; sin querer afirmar que este autor siga la dirección criticada), el mismo que, según sus lineamientos, debería ser diferenciado de la prestación, la que, a su vez, se encontraría identificada con el **contenido de** la obligación, y entendida como el comportamiento a que el deudor se encuentra constreñido dirigido a hacer obtener al acreedor el propio bien debido, es decir, en la utilidad que se tiene como consecuencia del actuar del deudor (en estos términos se pronunciaba NICOLÓ, razonamiento seguido por el ya clásico BARBERO, p. 13, y en Latinoamérica por WAYAR, p. 125). Sin embargo esta teoría, el objeto como bien debido no explica cómo es que en algunos casos el deudor se libera por medio de un comportamiento sin que se le otorgue al deudor la utilidad esperada (es interesante referirse al supuesto del pago al acreedor apparente contenido en el artículo 1225 del Código Civil). La superación de esta teoría, yo diría de las dos en los contornos delineados, se centra sobre el argumento de que no se puede separar satisfactoriamente el concepto de prestación debida con el resultado esperado por el acreedor, de lo que se puede inducir la necesidad de que, básicamente con el fin de superar las múltiples objeciones a ambas construcciones, se hagan confluir ambas direcciones en la actuación de la relación obligatoria. Así la jurisprudencia italiana no ha dejado de subrayar el doble significado del término "prestación": unas veces con respecto al comportamiento debido, y otras veces, solamente con referencia al momento final que está constituido por la satisfacción del interés del acreedor (en este sentido citando en su apoyo al alemán WIEACKER tenemos a BRECCIA, p. 136).

Ahora bien, la **indivisibilidad**, para efectos aplicativos del artículo, tiene que estar referida a la prestación, denotándose ella en la imposibilidad de que ella, material o inmaterial (ventajas, posiciones subjetivas, resultados, etc.) no pueda ser **naturalmente** dividida en partes concatenadas, o, en que, la misma, por efecto de la propia regulación negocial pactada o por la naturaleza intrínseca de ella, tampoco pueda ser posible de ser cumplida en forma parcial por alguno de los sujetos obligados conjuntamente a su cumplimiento.

~ DOCTRINA

.....

BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni en Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffré Editore. Milano, 1991, pp. 135-136; NICOIO, Rosario. *L'adempimento delrobblico altrui*. Giuffré Editore. Milano, 1936; BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. T. 111. Traducción de la 6~ edición italiana. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967. p. 13; WAYAR, Ernesto. *Derecho Civil. Obligaciones*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990, T.I p. 125; BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni en Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Giuffre Editore. Milano, 1991, p. 136.

## **ANULABILIDAD      POR      INCAPACIDAD RELATIVA**

*Las obligaciones contraídas por los mayores de diecisésis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.*

### **CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 244, 277 inc. 1), 456, 457, 1358, 1396*

*Comentario*

*Eric Palacios Martinez*

La norma examinada estatuye sobre el supuesto de incapacidad relativa, específicamente la minoría de edad comprendida entre los 16 y 18 años (artículo 44 inciso 1 del Código Civil); y califica como una causal de anulabilidad de un negocio determinado al hecho de que un sujeto comprendido en el parámetro denotado, concluya éste y asuma obligaciones sin la autorización necesaria.

Preliminarmente, debe advertirse la imprecisión técnica de referirse a la "anulación de una obligación" ya que la ineficacia en sentido amplio se entiende respecto al negocio y no a los efectos que de él se desprenden, uno de los cuales pueden ser justamente obligaciones.

En general los negocios celebrados por incapaces relativos por minoría de edad son anulables (artículo 221 inciso 1 del Código Civil); sin embargo existen casos en los que una norma específica permite al incapaz menor de edad concluir negocios o materializar actos sin necesidad de autorización alguna: tal es el supuesto contenido en el artículo 393 del Código Civil que permite expresamente al sujeto comprendido entre los 16 y 18 años reconocer a los hijos extramatrimoniales, o, más genéricamen

/ te el del artículo 378 inciso 4 del acotado, cuando se exige que el menor con 10 años cumplidos preste su asentimiento en la adopción efectuada a su favor. En estos casos, en que, lo reitero, no es necesaria ninguna autorización, y por ello escapan al supuesto planteado, el ordenamiento otorga a los sujetos descritos una especial capacidad de ejercicio o de obrar (entendida *in genere* como una cualidad jurídica de la persona que determina -conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos; así DE CASTRO Y BRAVO, pp. 49-50 Y MALUQUER DE MOTES, p. 3, quien define a la capacidad de obrar como "la aptitud de cada individuo concreto para ejercitar su autonomía, pudiendo decirse que la capacidad de obrar se atribuye en función de la trascendencia jurídica del acto que se pretende realizar"). Ello en consideración a que se trataría de actuaciones que interesan más a la esfera personal del sujeto (BREC

CIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI, p. 131). Está de más señalar que en las hipótesis normativas descritas el negocio o acto en sentido estricto materializado es perfectamente válido, y como tal, tiene perfecta eficacia, no pudiendo ser impugnado por ninguna de las partes intervenientes.

Pero también existen supuestos en que el ordenamiento requiere de una autorización, es decir la conformidad de alguien ajeno al negocio, para otorgarle relevancia a la declaración del menor incapaz, y pueda el negocio en particular tener plena validez y eficacia (siempre dentro del caso en que un sujeto interveniente adolezca de incapacidad relativa por minoría de edad). Por ejemplo tenemos el artículo 241 inciso 1 del Código Civil en que se estatuye la necesaria autorización del juez para que, por motivos justificados (yo diría en situaciones graves), el varón con 16 años cumplidos y la mujer con 14, puedan contraer matrimonio. Además, tenemos el caso en que la asunción de obligaciones por el incapaz relativo por minoría de edad, requiere para su eficacia, según dispone el artículo 456 del Código Civil, el que los padres, que ejerzan la patria potestad, autoricen expresa o tácitamente el acto negocial por el cual el menor las asume. Es necesario entonces encontrar una coordinación con estas normas, pues parece que el artículo bajo comentario es precisamente la sanción establecida para su infracción.

Concretamente la *fattispecie* está pensada para todos los casos, más allá de los ejemplos enunciados, en que la fallida autorización hace que el negocio sea anulable, pudiendo ejercer la acción respectiva tanto el representante legal del incapaz, o el mismo, cuando haya alcanzado la plena capacidad para ello.

Es parecer del que suscribe que la norma comentada es solo la confirmación de la regla general establecida en el anotado artículo 221 inciso 1 del Código Civil, pues la excepción a la regla analizada en este acápite, en el sentido de que el negocio tendría plenos efectos con el concurso de la autorización debida (a pesar de que debería ser de por sí considerado como anulable), ya no tendría razón de ser en virtud justamente de la ausencia de la autorización aludida, omisión que lo reconduce nuevamente a ser pasible de la sanción de anulabilidad.

La norma con evidencia también se aplica a la "asunción de obligación" efectuada a través de negocios unilaterales, por parte de incapaces relativos por minoría de edad, en tanto el supuesto de la norma bajo observación alcanza a todos los casos en que aquellos asumen un débito obligacional.

## ~ DOCTRINA

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. T.II. Editorial Civitas. Madrid, 1994, pp. 49-50; MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Derecho de la Persona y Negocio Jurídico*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1993, p. 3; BRECCIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI. *Derecho Civil*. T.I. Vol. 1. Traducción de la 11 edición italiana. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992', p. 131.

## REPETICIÓN DEL PAGO HECHO AL INCAPAZ

*Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.*

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 42 y ss., 1227

Comentario

Eric Palacios Martínez

Una de las consecuencias de la nulidad, sea ésta declarada por una causal de nulidad o de anulabilidad, es indiscutiblemente la restitución de las atribuciones patrimoniales ejecutadas eventualmente en la relación negocial, en tanto la retroactividad es uno de los caracteres básicos de este tipo de ineficacia (la nulidad), el que encuentra sustento dogmático en que ya no existe título que justifique la conservación de aquellas en la esfera subjetivo-patrimonial de las partes.

El artículo bajo comentario recoge una excepción al principio de retroactividad mencionado ya la restitución de atribuciones, en el caso de que el negocio sea anulado por incapacidad de una de las partes intervinientes. Ello, aunque el artículo se refiera antitécticamente a una "obligación anulada", puesto que, nuevamente lo expreso, es evidente que la nulidad recae sobre el negocio y no sobre la obligación producida por éste, puesto que ella vendría a ser solamente uno de sus posibles efectos, no pasible de ser materia de la calificación *validez-in validez o eficaz-ineficaz*.

En efecto, en la norma comentada se establece, en el caso señalado, que la contraparte negocial encuentra limitado su derecho a la repetición solo a la parte en que hubiese sido aprovechada por el incapaz, en cuyo caso estará sujeto a restituir lo recibido. La situación de aprovechamiento, o ventaja, obtenida debe entenderse como el incremento patrimonial efectivamente existente en el momento en que viene ejercitada la acción de nulidad. (Así, MIRABELLI, p. 511). El artículo, que encuentra básicamente campo de aplicación en los contratos onerosos (artículos 1426 y ss. del Código Civil), se sustenta en la propia protección de los intereses privados del incapaz pues existe la presunción de que éste no pudo, en principio, concretar un aprovechamiento de los bienes recibidos, salvo que se demuestre lo contrario, lo que precisamente dará lugar a que se restituyan las atribuciones patrimoniales, y se dé total aplicación al principio de retroactividad. Resulta por demás discutible si en la norma se contemplan todos los supuestos de incapacidad relativa. Así, no queda claro si el

precepto establecido sería aplicable a los casos de interdicción civil o de incapacidades en relación a ciertos negocios específicos (en este punto estamos de acuerdo con LOHMANN LUCA DE TENA, p. 590, en el sentido de que los últimos supuestos descritos no merecen este beneficio otorgado por la norma).

Es importante tener presente que en el supuesto de hecho comentado es aplicable tanto a casos de incapacidad absoluta como relativa, pues se refiere a la declaración de nulidad en general, y que, como reiteramos, puede sustentarse en una causal de nulidad o de anulabilidad. Sin embargo debe aclararse que la excepción afecta solo al incapaz y que ha sido puesta en protección de éste, ya que el sujeto capaz que concluyó el negocio con él debe de devolver lo recibido, sea en virtud de su negligencia (no darse cuenta de la incapacidad del sujeto) o de su mala fe (al tener conocimiento de la misma), desprendiéndose de esto la absoluta irrelevancia de demostrar que el sujeto incapaz lo era al momento de concluir el negocio, siendo suficiente que la anulación de éste sea en virtud de la incapacidad del sujeto.

Se introduce, entonces, una presunción en tutela del incapaz, a partir de la cual debe considerarse, salvo en prueba en contrario, que la atribución patrimonial no ha sido utilizada en ventaja de éste, sino que ha sido desperdiciada o destruida (PEC-CENINI, p. 509); teniendo asidero este razonamiento en la propia incapacidad del sujeto, lo que le impediría, en principio, aprovecharse de la ventaja a él atribuida mediante el negocio.

La norma comentada puede ser exitosamente articulada con las normas referidas al enriquecimiento sin causa, en el sentido de que ella sería abstractamente subsumible en el principio recogido en el artículo 1954 del Código Civil, al establecerse un remedio específico a fin de evitar que se produzca un inequitativo enriquecimiento en la parte incapaz que, a pesar de ello, se beneficiaría patrimonialmente con lo recibido en virtud de un negocio posteriormente anulado.

Por último, debemos señalar que cuando en un negocio bilateral, llámese contrato, ambas partes son incapaces, el ordenamiento tutela a ambas, estableciendo, vía integración, que se restituyan solo lo que fuera aprovechado por cada una de ellas.

## ~ DOCTRINA

MIRABEILI, Giusseppe. *Dei Contratti in generali* en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, T. 2, *Delle Obligazioni*. Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET). Torino, 1980, p. 511; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Segunda edición aumentada. Editora Jurídica Grijley EIRI-Informativo legal Rodrigo. Lima, 1994, p. 590; PECCENINI, Flavio. *Della simulazione, nullità e annullabilità* en *Commentario del Codice Civile*. Scialoja-Branca Libro Quarto: *Delle Obbligazioni* (arts. 1414-1446). Zanichelli Editore Bologna Societá Editoriale del Foro Italiano Roma, 1998, p. 509.

## MALA FE DEL INCAPAZ

*Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cessionarios, pueden alegar la nulidad.*

*Comentario*

*ENc Palacios Martinez*

La protección conferida al incapaz encuentra una limitación operativa en este artículo, que tomando en consideración el comportamiento disfuncional del incapaz le impide, tanto a él como a sus herederos -aparentemente los legitimados con mayor interés para articular-, alegar la nulidad del negocio por cualquier causal. Se trata de una *privación de legitimidad* establecida *ex lege* con el fin de sancionar el comportamiento del incapaz, suspendiendo particularmente la tutela que, en un principio, se encontraba dirigida a la protección de sus intereses. La contraparte negocial no puede perjudicarse por la privación de los efectos del concreto negocio cuando su conclusión ha sido inducida por el propio incapaz, quien ha ocultado el defecto que menoscababa su esfera subjetiva.

Es notorio que para hacer efectiva la regla establecida se requiere que el otro contratante capaz no conociera, ni pudiera haber conocido utilizando la diligencia debida (de acuerdo a las circunstancias del caso), la incapacidad de su contraparte. Se requiere, para que el negocio permanezca inatacable, que se constate una dolosa maquinación idónea a engañar a un sujeto negocial diligente, como por ejemplo la constatada en la falsificación de un documento de identidad, efectuada con tal destreza, que es capaz de engañar a cualquier sujeto, aunque éste actúe con la mayor diligencia.

En nuestra opinión, este criterio supone una regla de mayor rigor que va más allá de la simple mala fe del incapaz, ya que no es suficiente para configurar el supuesto de la norma, por ejemplo el hecho de que el menor incapaz haya declarado falsamente ser mayor de edad. Se exige un comportamiento positivo destinado a ocultar la incapacidad, en otros términos una dolosa preordenación destinada a la concreción del engaño y posterior celebración del negocio, según se desprende del propio artículo comentado, siendo la referencia a la mala fe engañosa, ya que se ve contradicha por la alusión específica a la "inducción" a la celebración del negocio, que fundamenta lo expuesto en este sentido.

La norma es aplicable tanto a la incapacidad absoluta como a la relativa, lo que genera que la limitación a la interposición de la acción de nulidad, lo es con respecto a la nulidad ya la anulabilidad propiamente dicha. En lo que se refiere a la nulidad en sentido estricto la limitación solo se produce con respecto al sujeto incapaz y a sus

causahabientes, pues resulta obvio que cualquiera, fuera de los sujetos mencionados, que tenga interés en alegarla podrá hacerlo de acuerdo a las reglas generales de legitimación contenidas en el artículo 220 del Código Civil.

Problema conexo que se desprende de la norma comentada es la eventual responsabilidad patrimonial del incapaz, utilizando la norma general que contiene el Principio de la Buena Fe (artículo 1362 del Código Civil), en razón a que las partes negocias, o específicamente contractuales en la interrogante planteada, tienen el denominado *deber de información* con respecto a los sujetos con los que se pretende autorregular intereses. En nuestro parecer debemos descartar la posibilidad de que al incapaz puedan atribuirse los eventuales daños ocasionados, vía responsabilidad contractual, por violación de los deberes precontractuales impuestos a las partes, en tanto el incapaz no tiene realmente la aptitud necesaria para iniciar ni siquiera tratativas que pudieran dar lugar a la formación de un contrato perfectamente válido, cuya consecuencia directa es que ellas puedan ser tomadas como inexistentes (vínculo de irrelevancia). Sin embargo, queda la posibilidad cierta de que el incapaz pueda responder extracontractualmente por el daño infringido al sujeto que aparentemente actuaba como su contraparte. Ello porque, al no existir relación obligacional, ni de ninguna índole, apoyada sobre un negocio jurídico válido (por la incapacidad denotada) entre los sujetos, resulta obvio que el posible resarcimiento tiene que darse utilizando la cláusula general de responsabilidad expresada en el artículo 1969 del Código Civil, con el factor atributivo dolo, pues la presencia del daño injusto en este supuesto es evidente en virtud a que, analizando los principios y valores imperantes en nuestro sistema, el interés del sujeto perjudicado por el actuar del sujeto incapaz es indiscutiblemente "*merecedor de tutela*", puesto que la antijuridicidad del comportamiento específico del sujeto ha perdido en la actualidad relevancia a efectos de determinar la necesidad del resarcimiento.

## ~ DOCTRINA

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. T.II. Editorial Civitas. Madrid, 1994, pp. 49-50; MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Derecho de la Persona y Negocio Jurídico*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1993, p. 3; BRECCIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI. *Derecho Civil*. T.I. Vol. 1. Traducción de la 1<sup>a</sup> edición italiana. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992, p. 131.

## **CONFIRMACIÓN EXPRESA**

*Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de con firmarlo.*

### **CONCORDANCIA:**

*c.c. art. 141, 141-A*

*Comentario*

*Manuel Muro Rojo*

La postura relacionada con el agotamiento de todos los medios y recursos posibles para otorgar validez al acto jurídico que adolece de algún vicio o anomalía estructural que lo torna nulo o anulable, o para mantener la vigencia del acto que al momento de nacer o durante su ejecución padece de algún problema que afecta su eficacia, se remonta a la conocida posición de Pothier basada en el principio de conservación del contrato, en cuya virtud la actividad negocial debía mantenerse en vigor lo más que fuera posible con el objeto de ver realizado el fin económico y práctico perseguido por quienes lo celebraron.

Al parecer el legislador del Código Civil de 1984 ha tenido muy en cuenta el referido principio de conservación, pues éste se refleja a lo largo del articulado en diversas hipótesis y circunstancias. De este parecer es también un sector importante de la doctrina nacional, al sostener que la filosofía general seguida por el Código está encaminada a la preservación o cumplimiento de la palabra comprometida, constituyendo una tendencia moderna en este sentido (ARIAS-SCHREIBER).

Cabe señalar, sin embargo, que cuando se alude a que se trata de una tendencia moderna no quiere decir que antiguamente no existiesen mecanismos o figuras destinadas a la subsanación o preservación de los actos jurídicos, sino que aquellas no estaban concebidas dentro de un marco filosófico general que irradiara todo el sistema, presentándose en forma aislada mediante excepciones y hechos convalidatorios, en épocas anteriores a la generación de la Teoría General del Contrato y de la Teoría General del Acto Jurídico.

En la actualidad, por el contrario, y en especial a lo largo del texto del Código Civil, se percibe cómo es que existe, en efecto, la propensión a cautelar la validez y vigencia del acto jurídico y de sus efectos, pudiendo enumerarse una serie de manifestaciones concretas del principio de conservación, entre las cuales se encuentra por supuesto la *confirmación*, que es una figura concebida con anterioridad a la época de formulación de la Teoría General del Acto Jurídico, legislada inicialmente en la parte de contratos por algunos Códigos como el peruano de 1852 (aunque bajo el *nomen iuris* de "ratificación" que actualmente se emplea para otros supuestos) hasta su incorporación a la temática sobre acto jurídico, como ocurrió en el caso peruano desde el Código de 1936 para asentarse ahora en los artículos 230, 231 Y 232 del Código Civil de 1984.

Es pertinente precisar que, a nuestro parecer, la conservación de los actos jurídicos se puede dar en dos órdenes de circunstancias: a nivel de subsanación ya nivel de preservación.

En el primer caso, se trata de conceder validez a un acto que al momento de su celebración padece de algún defecto estructural o relativo a su eficacia, que ordinariamente lo hace in merecedor de tutela jurídica; no obstante, se permite "salvarlo" en aras de proteger un interés mayor, siempre que la gravedad del defecto no sea de tal magnitud que colisione con las bases del ordenamiento jurídico y el orden público. En el segundo caso, se trata básicamente de un tema de imposibilidad o incumplimiento en la fase de ejecución de las prestaciones que integran el objeto del acto, siendo que, no obstante estas eventualidades, se opta por buscar la forma de hacerlo viable.

Queda claro que la confirmación del acto jurídico se ubica dentro del primer supuesto, el de subsanación, existiendo una tendencia terminológica que prefiere emplear como vocablo genérico el de "convalidación" para aludir a "todo hecho o acto que haga desaparecer la impugnabilidad de un acto jurídico" (VIDAL RAMÍREZ), y que deja constancia de que la confirmación es una de sus especies, es decir una modalidad que tiene por finalidad únicamente la subsanación de los actos afectados con vicios o causales de anulabilidad o nulidad relativa.

En la doctrina nacional hay discrepancia en cuanto a la identificación de la confirmación con la convalidación a título de sinonimia (LEÓN BARANDIARÁN) Y en cuanto a la distinción de la confirmación como una de las maneras de convalidar (LOHMANN, VIDAL RAMÍREZ), siendo esta última posición la más aceptada.

En este sentido, se puede afirmar que existen otras modalidades de la convalidación de los actos jurídicos que, en cuanto a su concepción, forma, naturaleza jurídica y campo de aplicación, difieren de la confirmación, pero coinciden con ésta en cuanto a sus efectos, pues todas ellas tienen por finalidad subsanar los defectos de un acto

para que sea considerado como válido y/o eficaz, como es el caso de la renuncia expresa o tácita a incoar la acción de anulabilidad, la prescripción extintiva y la caducidad. Asimismo, la conversión es también una forma o modalidad de convalidación aunque aplicable a los actos que padecen vicios o causales de nulidad absoluta. Y, así también, pueden ser catalogados como mecanismos con efectos convalidantes, la ratificación de los actos jurídicos celebrados con deficiencias de representación y la rectificación o corrección de los actos que presentan errores materiales, entre otros.

La confirmación, a diferencia de otras figuras o instituciones jurídicas, no está definida en el Código Civil, empero la doctrina se ha ocupado de ella conceptualizando como aquella modalidad de convalidación que consiste en la celebración de un acto jurídico que tiene por finalidad consolidar la validez de otro acto celebrado anteriormente y que desde su celebración venía afectado por una causal de nulidad relativa o anulabilidad. Estas causas se detallan en el artículo 221 del Código Civil y son las siguientes: incapacidad relativa del agente, vicios de la voluntad (error, dolo, violencia e intimidación), simulación relativa, y otras causas establecidas expresamente en la ley para las cuales se asigna la sanción de anulabilidad.

Se trata, pues, de un acto de voluntad, de un acto o negocio jurídico con fines de saneamiento para consolidar la validez de otro que nació defectuoso por efecto de una causal de anulabilidad, y cuya validez precaria o incierta y desde luego su suerte, dependen precisamente de la voluntad confirmatoria o, en su caso, del ejercicio de la acción de anulabilidad.

Mediante la confirmación se corrobora la declaración anterior, manifestándose la voluntad de sentirse vinculado por el negocio originariamente viciado (LOHMANN). La confirmación no es la mera renuncia a cuestionar la validez del acto, esto es, a incoar la acción de anulabilidad, como se verá al comentar el artículo 231, sino más que eso, se trata de un acto positivo expreso o tácito por el que se subsana el vicio que afectaba al acto, lo cual la ley permite porque considera que el vicio no es trascendental, es decir no es de una magnitud tal que impida a los interesados actuar como si el vicio no hubiera existido (LOHMANN).

De estas nociones conceptuales y del propio texto del artículo 230 bajo comentario, se pueden advertir las principales características de la confirmación, tales como:

- a) Es un acto jurídico que tiene por finalidad específica y concreta sanear un acto celebrado con anterioridad que se encuentra afectado por alguna de las causales de anulabilidad antes descritas. Técnicamente no hay duda de que la confirmación constituye un acto jurídico en tanto declaración de voluntad, pero su carácter es *sui generis*, pues si nos ceñimos a la definición contemplada en el artículo 140 del Código Civil no encajaría estrictamente en ella, ya que no es una declaración de voluntad destinada a crear una relación jurídica, ni a modificarla, regularla o extinguirla; por eso algunos autores prefieren denominarlo acto integrativo (VIDAL RAMIREZ).
- b) La confirmación no procede para sanear actos viciados por causales de nulidad absoluta, pues estos actos son nulos e insubsanables y en nuestro sistema ni siquiera pueden ser salvados por vía de conversión, ya que el Código Civil no regula esta última figura.

c) Es un acto jurídico accesorio y necesariamente posterior, o de segundo grado (GARIBOTTO), es decir que no podría existir el acto confirmatorio si previamente no existiera el acto viciado, descartándose toda posibilidad de una confirmación antelada o coetánea a la celebración del acto viciado, pues -aunque referida a la renuncia- tal imposibilidad se desprende del artículo 218 del Código Civil que legisla sobre la nulidad de la renuncia anticipada a la acción de anulabilidad que se funde en error, dolo, violencia o intimidación; si bien la referencia es a los vicios de la voluntad, a nuestro juicio debe entenderse como regla general para todos los casos, máxime si para confirmar no solo debe conocerse exactamente y con precisión la causal o vicio, sino que además la voluntad confirmatoria debe expresarse en un estado absolutamente exento de anomalías o circunstancias que puedan generar una declaración no querida.

Así, por ejemplo, son nulas las cláusulas que se suelen introducir en algunos contratos, tal como se ha observado en la práctica, según las cuales "las partes declaran [que el presente contrato] no presenta vicios de error, dolo, violencia o intimidación, renunciando expresamente a las acciones derivadas de aquellos y confirmando la validez del presente acto en caso de existir los mismos" (u otras de redacción semejante). Está claro que la renuncia expresada es nula por aplicación del artículo 218 del Código Civil, pero también lo es la pretendida confirmación coetánea, ya que la misma se estaría efectuando probablemente bajo el influjo de un vicio que no le permite al sujeto decidir adecuadamente si en efecto quiere el acto o si en circunstancias normales hubiera preferido ejercer la acción de anulabilidad.

- d) Es un acto jurídico unilateral practicado por quien es titular de la acción de anulabilidad, es decir por quien se ve afectado por el acto viciado y no por quien se beneficia de él. Sobre este punto se ha opinado, con toda razón, que no es un acto simplemente unilateral, sino que es unilateral receptivo -puesto que es necesario que se ponga en conocimiento de la otra parte o del beneficiario la voluntad de confirmar por los efectos que dicha confirmación implica- aun cuando el Código nacional omita esta precisión que se considera relevante y sería de gran utilidad que se reglamentara (LEON BARANDIARAN, LOHMANN, VIDAL RAMÍREZ).
- e) Es un acto jurídico celebrado con manifestación de voluntad expresa (artículo 230) o tácita (artículo 231). Si la voluntad confirmatoria se declara en forma expresa, debe ser necesariamente instrumentada, entendiendo por esto que sea documentada (volveremos sobre este punto al tratar el artículo 232). Si la voluntad confirmatoria se declara en forma tácita debe entonces haber ejecución total o parcial del acto (volveremos sobre este punto al tratar el artículo 231).
- f) En el acto jurídico confirmatorio debe dejarse constancia o mención específica del acto que se quiere confirmar, así como la causal de anulabilidad que lo afectaba -la cual se conoce fehacientemente- con expresa mención de que este vicio es subsanado u obviado a efectos de otorgar validez al acto confirmado. Cabe precisar que si el acto padece de varios vicios, todos deben ser subsanados a efectos de otorgar la validez plena que se busca con la confirmación, pues de subsanarse algún o algunos vicios y otros no, el acto jurídico no podría considerarse válido.

rarse confirmado, siendo aún impugnable por invocación de los vicios no subsanados.

- g) El acto jurídico confirmatorio tiene efectos retroactivos a la fecha de celebración del acto que se confirma, como lógica consecuencia de los efectos que se buscan con la confirmación, por eso se le cataloga como acto declarativo (VIDAL RAMÍREZ). Si bien ésta es una característica que no fluye del texto legal, ha sido admitida por la doctrina y por la legislación comparada; y en todo caso se puede adoptar por aplicación analógica de la hipótesis contenida en el primer párrafo del artículo 222 del Código Civil, según el cual "el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare", de modo que si la sentencia judicial consolida la nulidad con efecto *ex tunc*, entonces la confirmación consolida la validez con ese mismo efecto. Además no podría ser de otro modo, toda vez que los actos anulables no son considerados inválidos *ab initio*, sino más bien válidos con una validez por consolidar (Vid. LEÓN BARANDIARÁN, LOHMANN, VIDAL RAMÍREZ).

En el caso de la confirmación expresa de que trata el artículo 230 del Código Civil,

se deja constancia de que solo al titular de la acción de anulabilidad le corresponde la facultad de decidir u optar por la confirmación, lo cual por razones obvias es aplicable a toda clase de confirmación, pues de ningún modo podría tener tal facultad la persona que se beneficia con el vicio del acto.

De otro lado, se agrega que la confirmación debe constar instrumentalmente, lo cual supone que el artículo 230 se refiere al uso de cualquiera de los medios directos a que se alude en los artículos 141 y 141-A del Código (con excepción obviamente del medio oral), siempre que la manifestación pueda concretarse materialmente; en tal sentido se pueden usar medios manuales, mecánicos, electrónicos, ópticos u otros análogos, que permitan obtener versiones impresas de la declaración confirmatoria. No obstante lo indicado, la forma del acto confirmatorio que impone el artículo 230 se entiende como una formalidad *ad probationem*, en armonía con lo establecido por el artículo 144, pues no se contempla la sanción de nulidad.

El instrumento a que se refiere el párrafo precedente debe contener esencialmente tres cosas para que proceda la confirmación: la mención o identificación precisa del acto que se quiere confirmar, la causal o causal es de anulabilidad que lo afectan y la manifestación expresa de confirmarlo para cuyo efecto se declara la subsanación del vicio (artículo 230 *in fine*).

Se ha sostenido, por otro lado, que la confirmación expresa también puede efectuarse mediante manifestación de voluntad que no conste instrumentalmente, utilizándose para tal efecto la expresión oral (VIDAL RAMIREZ, quien la denomina confirmación expresa no formal y afirma que está legislada en el artículo 231 del Código); empero nos permitimos discrepar de esta opinión, pues a nuestro entender la posibilidad de que la confirmación se produzca oralmente no está contemplada en dicha norma, pues ésta regula la confirmación tácita (que se explica al comentar el artículo 231), y mucho menos en el artículo 230 que exige instrumentalización de la declaración confirmatoria.

Como último punto relacionado con el artículo 230 del Código Civil, cabe mencionar los alcances o efectos de la confirmación con relación a terceros, toda vez que el texto de la norma se inicia precisamente aludiéndolos. En efecto, el artículo 230 señala que "salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado...". En buena cuenta la norma en cuestión prevé la oponibilidad al acto confirmatorio, esto es, la posibilidad de que un tercero que ha adquirido algún derecho de quien confirma un acto anulable (derecho adquirido obviamente antes de la confirmación y conectado necesariamente con el objeto del acto viciado), puede oponerse para que no le afecten o alcancen los efectos propios del acto confirmatorio.

La protección vía oponibilidad a favor de los terceros que plantea el artículo 230, al parecer funcionaría en hipótesis verdaderamente muy remotas, pues el tercero habría de haber adquirido el derecho en forma tan precaria y sin ningún elemento de seguridad jurídica, que luego tenga que verse afectado por una eventual confirmación al punto que no tenga más defensa que únicamente la oponibilidad antes referida.

## ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*, tomo 1, *Contratos parte general*. Ed. Gaceta Jurídica SA, Lima, 2000; LEON BARANDIARÁN, José. *Actojurídico*, Ed. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1999; VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2002; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Ed. Grijley. Lima, 1994; SERRANO, Eduardo. *La confirmación de los negocios jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid, 1976; GARIBOTTO, Juan Carlos. *Actos jurídicos, invalidez y convalidación*. Ed. Carozzo. Buenos Aires, 1986; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Ed. Bosch. Barcelona, 1958; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; MURO ROJO, Manuel. *Consecución y conversión del acto jurídico*, en *Gaceta Jurídica*. tomo 15. Ed. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima, marzo 1995.

## **CONFIRMACIÓN TÁCITA**

*El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.*

CONCORDANCIA:

c.c.      arlo 141

*Comentario*

*Manuel Muro Rojo*

Al comentar el artículo 230 del Código Civil se han puesto de relieve las características de la confirmación, quedando establecido que el acto confirmatorio puede contener la voluntad de saneamiento declarada en forma expresa o manifestada en forma tácita. De esta última se ocupa el presente artículo, empero también se incluye en esta norma una mención a la "confirmación" vía intención de renuncia (pudiendo inclusive presentarse una renuncia propiamente dicha) a la acción de anulabilidad, lo cual es un tema aparte.

Que la confirmación sea tácita, o mejor dicho, que la manifestación de voluntad en el acto confirmatorio sea tácita, supone aplicar lo que sobre el particular establece el artículo 141 del Código Civil, según el cual la manifestación es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Si bien la manifestación de voluntad tácita es un tema de ardua discusión por la diversidad de sus variables y por la cercanía que tiene con la frontera de la manifestación expresa y con el silencio en algunos supuestos específicos, por lo menos la doctrina coincide que las actitudes o comportamientos propios de una actuación tácita son los que la doctrina denomina '*acta concludentia*' o hechos concluyentes e inequívocos que revelan con certidumbre una voluntad determinada. Aplicado esto al ámbito de la confirmación, puede afirmarse que en este caso la actitud o comportamiento tácito tiene que ver con la ejecución total o parcial del acto anulable (viciado) por parte de quien es titular de la acción de anulabilidad, en armonía con lo que indica el artículo 231.

No compartimos por ello, nuevamente, la opinión de Vidal Ramírez quien considera, por len. razones que expone, que el supuesto de ejecución total o parcial del acto anulable, constituye una confirmación expresa no formal.

"Por otra parte" si el acto es ejecutado, en lo que le corresponde, solo por la contraparte y no por el titular de la acción anulatoria, no podrá desde luego hablarse de confirmación tácita, debido a que habría sido ejecutado por quien no tiene facultad de optar por la confirmación o por el ejercicio de la acción de anulabilidad.

Cabe señalar que la ejecución no siempre supondrá un hecho positivo y material del confirmante, sino eventualmente y dependiendo del caso concreto, podrá significar también una abstención. En otras palabras, el titular de la acción anulatoria puede confirmar el acto afectado por causal de anulabilidad con un hecho positivo, es decir entregando o haciendo algo (prestación de dar o de hacer) como no haciendo nada (prestación de no hacer); esto último no se ha de confundir con la renuncia a la acción de anulabilidad.

Un caso particular de confirmación tácita es el contemplado en el artículo 1286, segundo párrafo, del Código Civil, según el cual si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo el vicio, asume la nueva obligación (Vid. LEON BARANDIARAN). En este supuesto, si bien el acto que generó la obligación original se extingue por efecto de la novación, dicha extinción se produce respecto de un acto subsanado, ya que las partes no asumirían la nueva obligación si aún existiera la posibilidad de impugnar el primer acto.

De otro lado, y en referencia a lo estipulado en el artículo 231 del Código, cabe señalar que dicha norma exige como requisito que el confirmante (titular de la acción) conozca la causal de anulabilidad en el momento que ejecuta las prestaciones que le corresponden y que forman el objeto de las obligaciones a que ha dado lugar el acto jurídico viciado.

De suyo, tratándose de una confirmación tácita, aparece como altamente subjetivo el hecho que deba conocerse la causal que vicia el acto, pero es necesario e inexorable que así sea puesto que, en caso contrario, la sola ejecución con prescindencia del conocimiento de la causal supondría confirmar un acto que el titular de la acción de anulabilidad no deseaba confirmar. En otras palabras, quien celebra un acto anulable y lo ejecuta sin conocer la causal que lo afecta no está en rigor confirmando el acto, sino solo procediendo como si el acto fuera válido, de modo que siempre tiene expedita la acción de anulabilidad que podrá ejercer o no, según su conveniencia, en el momento que conozca la causal de anulabilidad. En suma, el conocimiento o no de la causal es el dato determinante que permite al interesado o afectado por el acto viciado, optar por confirmarlo (expresamente conforme al artículo 230 o tácitamente, vía ejecución, según el artículo 231) o, si así lo decide, solicitar la nulidad invocando la causal de anulabilidad, en cuyo caso esta elección suprime automáticamente la posibilidad de confirmar el acto viciado.

Asimismo, el artículo 231, como se dijo antes, hace también referencia a la confirmación por vía de intención de renuncia (pudiéndose producir en efecto la renuncia), es decir a que el acto viciado queda también confirmado si quien tiene la posibilidad de invocar la acción de anulabilidad (el titular de la acción) decide no hacerlo, o existen hechos que inequívocamente ponen de manifiesto la intención de renunciar a la acción. Hay discusión en la doctrina acerca de que esta circunstancia suponga un

verdadero acto de confirmación, debido a que ésta supone la declaración de voluntad expresa o tácita de otorgar valor jurídico, cosa que no ocurre con la presunción de renuncia o con la renuncia propiamente dicha.

En efecto, se ha sostenido que la confirmación tiene como propósito hacer patente una voluntad relacionada con el mantenimiento del acto anulable, lo que implica una actitud positiva de continuar vinculado jurídicamente pese a la existencia de la causal de anulabilidad.

La renuncia no tiene esta connotación que solo es propia de una auténtica confirmación, pues con aquélla (con la renuncia) no se busca convalidar el acto en el sentido de mantener vigentes y continuar con las obligaciones asumidas o con los derechos que se adquieren, y menos de dotar al acto viciado de un valor jurídico que no tenía o que, mejor dicho, no estaba consolidado. La renuncia es simplemente una actitud del sujeto de no querer hacer valer el derecho de impugnación (LOHMAN). Otros autores, en contra de la posición antes referida, manifiestan que la confirmación o es una renuncia o supone una renuncia a la acción anulatoria (VIDAL RAMIREZ, ENNECCERUS, COVIELLO).

Con mayor razón, está más lejos de la confirmación la simple presunción de renuncia, que es a la que expresamente se refiere el artículo 231. En este caso ni siquiera hay voluntad manifestada de renunciar a la acción de anulabilidad, sino solo se infiere ésta de una actitud de quien podía haber accionado, y esto de ningún modo puede ser calificado como confirmación. Merece aquí, por consiguiente, implementarse un cambio normativo para excluir a la presunción de renuncia -y desde luego extensible a la renuncia- del ámbito de la confirmación, pues se trata de una circunstancia ajena a este concepto, como ocurre también con otras figuras como, por ejemplo, la prescripción de la acción de anulabilidad, que si bien puede dar lugar a hacer firme el acto viciado, no por ello es un supuesto de confirmación.

En efecto, si quien es titular de la acción para impugnar un acto anulable deja transcurrir el plazo de prescripción de dicha acción, no está confirmando el acto, solo ha operado un mecanismo que por otros fundamentos consolida la validez del mismo. En resumen, la presunción de renuncia, la renuncia y el simple transcurso del plazo prescriptorio o de caducidad no constituyen confirmación, aun cuando no se puede negar que en cierto modo tengan un efecto convalidante, por lo que no cabe duda de que se trata de otras modalidades de convalidación cuyo efecto es, al igual que la confirmación, la conservación de las relaciones jurídicas.

### ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*, tomo 1, *Contratos parte general*. Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000; LEON BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1999; VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2002; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Ed. Grijley. Lima, 1994; SERRANO, Eduardo. *La confirmación de los n"Jgocios jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid, 1976; GARIBOTTO, Juan Carlos. *Actos jurídicos, invalidez y*

*convalidación.* Ed. Carozzo. Buenos Aires, 1986; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico.* Ed. Bosch. Barcelona, 1958; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico.* Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; MURO ROJO, Manuel. *Conservación y conversión del acto jurídico*, en *Gaceta Jurídica*. tomo 15. Ed. Gaceta Jurídica Editores S.RL Lima, marzo 1995.

## JURISPRUDENCIA

*"Los artículos 230 y 231 del Código Civil permiten la confirmación del acto jurídico en caso de anulabilidad del mismo, y la demandada no solo no ha interpuesto la acción de anulación que le correspondería, sino que ella y la recurrente han ejecutado la compraventa en forma total y al confirmar la compraventa, se ha puesto claramente de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad".*

*Caso N92670-2001 Callao, publicada el 31/07/2002. Diálogo con la Jurisprudencia N9 48. Setiembre 2002. Pág. 145)*

*"Si la demandante negó el origen de la deuda contraída frente al demandado, y negó sustraerse del cumplimiento de ella, en consecuencia se colige que vino cumpliendo las prestaciones contenidas en los contratos materia de nulidad, no habiéndose cuestionado con anterioridad la inscripción de las garantías reales pese a su publicidad. Por tanto, se ha producido la ratificación tácita del acto jurídico por la conducta indubitable y las circunstancias que mostró la empresa demandante".*

*Caso N9 1626-01 Lima, publicada el 01/04/2002. Diálogo con la Jurisprudencia N943. Abril 2002. Pág. 122)*

*"Si bien en el momento de celebración del contrato de compraventa el representante de la demandada no tenía poder para celebrar dicho contrato, posteriormente sí se le otorgó dicha facultad de acuerdo con la copia literal del Registro de Personas Jurídicas. Al respecto los artículos 230 y 231 del Código Civil permiten la confirmación del acto jurídico en el caso de anulabilidad del mismo y la demandada no solo no ha interpuesto la acción de anulación que le correspondería, sino que ella y el recurrente han ejecutado el contrato en forma total. En este caso la demandada al confirmar la compraventa, ha puesto claramente de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad".*

*Caso tr- 2656-2001 Lima, publicada el 02/05/2002. Diálogo con la Jurisprudencia N945. Junio 2002. Pág. 142)*

## FORMALIDAD DE LA CONFIRMACIÓN

*La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.*

CONCORDANCIA:  
C.C. arts. 143, 144

*Comentario*

*Manuel Muro Rojo*

Esta norma se conecta directamente con el artículo 230 del Código Civil relativo a la confirmación expresa, pues la confirmación tácita, según se expresó al comentar el artículo 231, no se instrumentaliza ya que se da por vía de ejecución total o parcial del acto viciado.

En ese sentido, la norma del artículo 232 -en concordancia con la del artículo 230- sugiere que la confirmación expresa siempre ha de constar documentalmente. En efecto, el artículo 230 dispone que la confirmación se realiza "mediante instrumento que contenga ...", esto es, que conste por escrito o por cualquier otro medio que patentice la declaración de voluntad confirmatoria. Y el artículo 232 complementa esta regla señalando que la forma (formalidad) de dicho instrumento (el de confirmación) debe tener las mismas solemnidades exigidas (por la ley) para la validez del acto que se confirma.

Cabe precisar que la propia formalidad del acto confirmatorio que se menciona en el artículo 232 es una de carácter *ad probationem*, pues, en armonía con lo señalado en el artículo 230, no se sanciona con nulidad su inobservancia, de modo que si esto último ocurre, el acto confirmatorio pese a todo mantiene plena validez. Como ejemplo se cita el caso de un contrato de compraventa respecto del cual las partes pueden elegir la forma que estimen conveniente, y si lo celebraron por escritura pública y la compraventa debe ser confirmada porque adolece de algún vicio, entonces el acto confirmatorio debe igualmente constar en escritura pública; de no ser así el acto confirmatorio subsiste, no es nulo, y puede ser acreditado con los medios de prueba reconocidos por el Código Procesal Civil (VIDAL RAMIREZ).

En cambio, al acto viciado puede haberle correspondido, según mandato de la ley, formalidad *ad solemnitatem* o *ad probationem*, o puede haberse tratado de un acto con libertad de forma. Está claro que si el vicio es por el incumplimiento de la formalidad *ad solemnitatem* el acto es nulo y no puede ser confirmado; pero si se ha cumplido la formalidad *ad solemnitatem* y el vicio es de otra índole, al confirmar el acto

debe observarse la misma formalidad solemne que le corresponde, pues así lo manda el artículo 232 del Código Civil.

Si, por ejemplo, se constituye una hipoteca o se efectúa una donación de bien inmueble, en ambos casos observando la formalidad solemne de escritura pública que le corresponde por prescripción de los artículos 1098 Y 1625 del Código Civil, respectivamente; pero esos actos adolecen de un vicio como el error o el dolo, el acto confirmatorio debe celebrarse con la misma solemnidad antes mencionada (escritura pública), empero, como se dijo antes, de no hacerse así la confirmación se considera efectuada, ya que no hay sanción de nulidad.

En tema de formalidad de la confirmación mayor discusión genera el artículo 230, antes comentado, pues en éste se expresa que la confirmación se efectúa "mediante instrumento", lo que da lugar a que se interprete como que la confirmación siempre y necesariamente se instrumentaliza, inclusive para el acto anulable respecto del cual la ley~ ha exigido formalidad alguna para su celebración, en cuyo caso en el acto confirmatorio se empleará cualquier tipo de instrumento. Por ejemplo, si la ley no imponía al acto de compraventa viciado una formalidad específica y las partes usaron la verbal, la confirmación de todos modos debe ser documentada, por aplicación del artículo 230, pero con libertad para escoger el tipo de instrumento. Puede pensar

se que este acto no tendría por qué ser instrumentalizado, ya que el artículo 232 que complementa al artículo 230- solo opera para actos formales (LOHMANN), sin embargo, parece plausible documentar la confirmación en casos como éste, puesto que no solo supone mayor seguridad, sino que permite dejar constancia indubitable de la declaración de voluntad confirmatoria, así como de la identificación del acto que se confirma y de la causal de anulabilidad que lo afecta y que el declarante manifiesta conocer y convalidar, todas estas exigencias contempladas en el artículo 230 del Código Civil.

### ~ DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*, tomo 1, *Contratos parte general*. Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000; LEON BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1999; VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2002; LOHMANN LUCA DE TEN A, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Ed. Grijley. Lima, 1994; SERRANO, Eduardo. *La confirmación de los negocios jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid, 1976; GARIBOTTO, Juan Carlos. *Actos jurídicos, invalidez y convalidación*. Ed. Carozzo. Buenos Aires, 1986; ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Ed. Bosch. Barcelona, 1958; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959; MURO ROJO, Manuel. *Conservación y conversión del acto jurídico*, en *Gaceta Jurídica*. tomo 15. Ed. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima, marzo 1995.