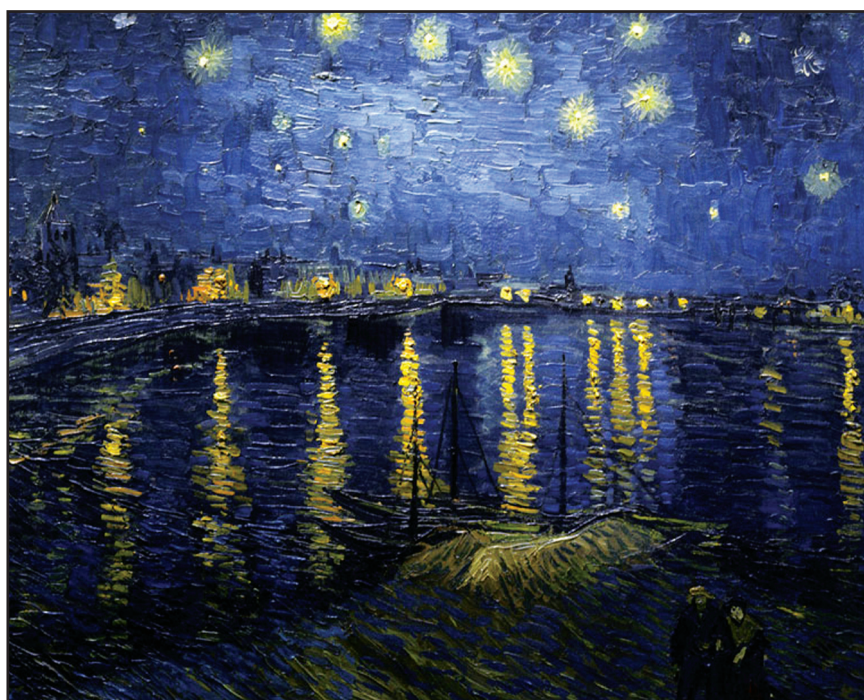


THĒMIS

Revista de Derecho



Lorenzo de la Puente Brunke • Erick Lau G. • Mario Castillo Freyre
Guido Calabresi • Carlos Fernández Sessarego • Carlos A. Soto Coaguila
Juan Guillermo Lohmann • Jaime Miranda Gómez • Francisco Avendaño Arana
Felipe Osterling Parodi • Alfredo Bullard G. • Carlos Cárdenas Quirós
Freddy Escobar Rozas • Luciano Barchi Velaochaga • Moisés Arata Solís
Guillermo García Montufar • Jorge Avendaño V. • Martín Mejorada C.
Juan Espinoza Espinoza • Sinthya Rubio Escolar • Fernando de Trazegnies
Luis Felipe Del Risco Sotil • Talía Díaz R. • Charles Schudson • Carlos Ramos
Guillermo Arribas I. • Eduardo Barboza Beraún • Marco Zaldivar Chauca

1965 - 2011



© **Vincent van Gogh** (holandés, 1853-1890)

Starry Night over the Rhone, 1888

Acrílico sobre tela

72.5 cm × 92 cm

Musée d'Orsay, Paris

THĒMIS

Revista de Derecho



REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL



THEMIS

desde 1965

© Asociación Civil THEMIS, 2011
Segundo piso de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anx. 5391
editor@themisderecho.org
www.themis.pe

60

Diseño y diagramación: José Antonio Casas Dávila

El contenido de los artículos publicados en **THEMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

ISSN: 1810-9934

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958

Registro de Proyecto Editorial: 31501361101780

Primera edición: noviembre 2011

Año XXXVI - Número 60

Tiraje: 1000 ejemplares

PRESENTACIÓN

Este ciclo tuvimos la suerte y desgracia de encargarnos de la edición de aniversario, la **THEMIS-Revista de Derecho N° 60**. Suerte por lo que represente elaborar el número 60 de THEMIS luego de 46 años de historia, y desgracia por la gran responsabilidad que esto implica. Tras estas 60 revistas editadas íntegramente por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú está la historia de muchos destacados y esforzados alumnos. Actuales ministros de estado, políticos, socios de los mejores estudios del país, profesores insignes del derecho peruano. Esa tradición y estándar de excelencia pesa sobre los hombros de la Asamblea de turno en THEMIS ciclo a ciclo, hacen que el orgullo y la inspiración nos lleve a seguir cambiando el panorama jurídico en nuestro país.

THEMIS – Revista de Derecho, como no podía dejar de ser, ha dedicado su edición N° 60 al Derecho Civil pero de una manera muy especial, y en cierto sentido también muy afortunada. El Dr. Jorge Avendaño Valdez, actual presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil y asiduo colaborador de THEMIS accedió a través de los años, junto con los demás miembros de la Comisión Reformadora accedieron en facilitarnos el proyecto de reforma de los Libros de Acto Jurídico, Derechos Reales y Obligaciones. Libros concluidos y consolidados según el encargo dado por el Ministerio de Justicia en marzo del 2011. Por esto el **Tema Central** de la presente edición es la **Reforma del Código Civil**. Así los ponentes de estos tres libros, los doctores Juan Guillermo Lohmann, Jorge Avendaño Valdez y Carlos Cárdenas Quirós, respectivamente, nos alcanzaron amablemente un ensayo que explica las modificaciones propuestas y sus fundamentos.

El objetivo de este número, además de ser un homenaje a aquellos juristas que prestaron su tiempo en tratar de darnos un Código Civil que responda a nuestra realidad, es abrir el espacio de discusión. El Derecho Civil nos acompaña a lo largo de nuestras vidas, tiene una incidencia protagónica a través de sus distintas instituciones en el desarrollo de la vida cotidiana del hombre. La controversia y la necesidad de reforma nace justamente de ese dinamismo. El Derecho está hecho para regular conductas sociales, sin embargo la sociedad es dinámica y el Derecho, especialmente en aquellos sistemas que provienen de la familia del Derecho Civil Romano, es estático. Es por esto que la Reforma toma una importancia capital.

Las páginas que siguen esta presentación contienen comentarios a tres de los libros más importantes de nuestro Código Civil. Entre nuestros comentaristas se encuentran los doctores Felipe Osterling, Mario Castillo Freyre, Francisco Avendaño, Freddy Escobar, Moisés Arata, Carlos Soto, Luis Felipe del Risco, Juan Espinoza, Luciano Barchi, Eduardo Barboza y Jaime Miranda. Además están también destacados ex miembros de la asociación como son los doctores Alfredo Bullard, Martín Mejorada y Guillermo García Montufar.

Así mismo en la sección de **Miscelanea** contamos con la participación de los doctores Carlos Fernández Sessarego y Lorenzo de la Puente. Además de un ensayo sobre Derecho Internacional de la autora colombiana Sinthya Rubio y un artículo elaborado por dos miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS sobre Mercado de Valores.

En la sección de **Interdisciplinaria** tenemos el agrado de contar con la presencia del Dr. Fernando de Trazegnies comentando sobre el derecho indiano y el pluralismo jurídico en la colonia, así como con un ensayo del Dr. Carlos Ramos sobre Daniel Alcides Carrión y la vinculación de su experimentación con el Derecho.

Por último, en la sección de **Entrevistas** encontraremos a Guido Calabresi contándonos sobre la diferencia entre el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía relacionado con su aplicación por los jueces en Norteamérica. A su vez el Juez Charles Schudson, profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad De Wisconsin – Madison, comenta sobre el devenir del Derecho Penal peruano.

Sin más que decir sólo queda agradecer a todos aquellos que han hecho que este número sea posible, tanto a aquel grupo de amigos liderados por Domingo García Belaunde que decidieron que los alumnos también podían hacer su propia revista, como todos aquellos jóvenes estudiantes que pasaron por nuestra acogedora oficina del segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde finales de los ochentas. Agradecemos a nuestros auspiciadores y a todos los autores que siempre estuvieron prestos a colaborar con la cultura jurídica. Y por último, agradecemos a todos aquellos miembros de THEMIS que junto a nosotros y nuestra historia decidimos que hacer las cosas distintas no está mal, que siempre hay tiempo para usar un cambio y que una madrugada más puede hacer la diferencia. THEMIS pasa una página pesada con este número y los que nos vamos sabemos que los que se quedan seguirán dando lo mejor de sí, así como los que se quedan saben que siempre estaremos para THEMIS.

EL DIRECTOR

Lima, Noviembre de 2011



THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2011-2

CONSEJO DIRECTIVO

Guillermo Arribas Irazola (Contenido)
Micaela Cortés Cabieses (Desarrollo Social)
Sebastian De Rutté Boiset (Financiamiento)
Enrique Del Castillo Fernández (Administración)
Alejandra Flecha Corvetto (Seminarios)
Hugo Forno Odría (Marketing & Ventas)
Daniela Meneses Salas (Actualidad Jurídica)
Mauricio Santa Cruz Vázquez (Cursos & Capacitación)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Javier Albán González
Carla Cabanillas Linares
Manuel Ferreyros Pérez Izaga
Lucas Gherzi Murillo
Michel Salazar Tarazona
Nancy Vidal Rodríguez

Administración

Joao Arbildo Caro
Alejandra Calderon Santillan
María José Chávez Pozzi-Escot
Milagros Villavicencio Pachas

Contenido

Talía Díaz Rodríguez
Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
Erick Lau Gastelo
Paul Nina Nina
Carolina Pérez Harm
Marco Zaldívar Chauca

Cursos & Capacitación

Giuliana Moreno Horna
Claudia Pacora Rodríguez
Chiara Pescetto Bustamante
Rafael Sánchez Ríos
Franchesco Scarafone Cuentas

Desarrollo Social

Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper
María Verónica del Mastro
Jimena Villegas Ingunza

Financiamiento

Francesco Balbi Castellano
Álvaro Castro Reátegui
Maria Andrea Colina Cardozo
Susana Gallo Alzamora
Fernando Ramirez-Gastón Lecca

Marketing & Ventas

Lucía Ávila Bedregal
Gian Paul Castañeda Carruitero
Jorge Contreras Condezo
Gustavo Fierro Campos
Macarena Penny Yrigoyen

Seminarios

Jenny Aliaga Aliaga
Daniel Chancafe Rosas
Valeria Osorio Véliz
Bertha Prado Manrique
Fernanda Valdivia Rossel

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Guido Calabresi
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest
Fernando de Trazegnies Granda

Asociación Civil THEMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themisderecho.org
<http://www.themisderecho.org>



www.themis.pe



Visitanos en:

TEMA CENTRAL: REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PERÚ

Martin Mejorada C. Codificación civil y reforma	13
Carlos A. Soto Coaguila El proceso de reforma del Código Civil peruano de 1984. La necesidad de su actualización para el siglo XXI	19
Proyecto del Libro de Acto Jurídico	35
Proyecto del Libro de Derechos Reales	40
Proyecto del Libro de Derecho de Obligaciones	43

LIBRO DE ACTO JURÍDICO

Juan Guillermo Lohmann. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil. Libro II Acto Jurídico: Comentarios a la Reforma	53
Freddy Escobar Rozas Manifiesto sobre la reforma del Código Civil y sobre el trabajo de la Comisión Reformadora	61

LIBRO DE DERECHOS REALES

Jorge Avendaño V. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil. Derechos Reales	77
Francisco Avendaño Arana La fe pública registral	85
Alfredo Bullard G. Parchando el Código: la reforma “a media caña” del libro de Reales	99
Luis Felipe Del Risco Sotil Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros	123
Guillermo García Montufar y Moisés Arata Solís La prescripción adquisitiva contra tábulas versus la protección al tercero registral: reflexiones en torno a un proyecto de reforma	137
Guillermo Arribas I. y Erick Lau G. Miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS. Acerca de la prescripción adquisitiva: ¿saliendo de la “caverna”?	149

LIBRO DE DERECHO DE OBLIGACIONES

- Carlos Cárdenas Quirós.
Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.
La reforma del derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984 169
- Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre
Comentarios al nuevo proyecto de reforma del libro de
derecho de obligaciones del Código Civil 189
- Luciano Barchi Velaochaga
Comentarios a algunas de las propuestas de enmienda
del Código Civil (Libro de Obligaciones). 233
- Juan Espinoza Espinoza
Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación 255
- Eduardo Barboza Beraún y Jaime Miranda Gómez
La "mora del deudor" y el proyecto de reformas al libro de obligaciones 273

MISCELÁNEA

- Carlos Fernández Sessarego
Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del Derecho 285
- Lorenzo de la Puente Brunke
Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil peruano 295
- Sinthya Rubio Escolar
Reparación a víctimas de violaciones sistemáticas de Derechos Humanos
y Derecho Internacional humanitario: algunas aproximaciones
sobre su evolución normativa en el ámbito internacional 309
- Marco Zaldivar Chauca y Talía Díaz Rodríguez.
Miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS.
La regulación del mercado de valores y sus cambios frente a
la actual crisis financiero 323

INTERDISCIPLINARIA

- Fernando de Trazegnies
Pluralismo jurídico en el Derecho Indiano 341
- Carlos Ramos
Daniel Alcides Carrión: el método experimental *in extremis* 347

ENTREVISTAS

- Guido Calabresi
El Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía en el
sistema del Common Law y el Derecho Civil 361
- Charles Schudson
Perspectivas sobre el devenir del derecho penal peruano 367

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PERÚ



CODIFICACIÓN CIVIL Y REFORMA

Martín Mejorada C.*
Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El Derecho, como herramienta al servicio de la sociedad, debe ser siempre una respuesta a la realidad para asegurar la idoneidad del resultado, así como la legitimidad de su aplicación. De esta forma, toda codificación debe estar acompañada siempre de una mirada crítica y una adecuación constante.

En el presente artículo el autor realiza una breve reseña histórica sobre el proceso de codificación en el Perú, cuestionando a su vez, a través de reflexiones y ejemplos, cuál es la utilidad de la labor codificadora, al punto de plantearnos la pregunta ¿Es necesario un Código Civil en el Perú?

* Abogado. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio Jorge Avendaño & Forsyth Abogados.

Parece que fue ayer cuando escribí para THEMIS 20, siendo aún alumno de la Facultad y miembro de la Revista. Es un honor seguir acompañando a esta organización veinte años después en la edición número 60. THEMIS ha dado muestras innumerables de su adecuación permanente al signo de los tiempos, tanto en aspectos editoriales como en los más sensibles de su estructura institucional, sea para aceptar la realidad o para contestarla y protestar. Recuerdo que en el Comité Directivo debimos tomar la decisión, por ejemplo, de pasar de la edición de ochenta y cuatro páginas, engrapada en la parte central, al formato de lomo encolado de ciento treinta páginas. No era solo un asunto de dimensión material, había que cambiar la idea de brevedad y sencillez en el *magazine*, tan apreciada por algunos como el suscrito, por la de mayor cobertura en papel y especialidad, de interés para los modernos lectores y los nuevos auspiciadores, ávidos de citas kilométricas y mayor extensión para la publicidad. Así, también tuvimos que abordar la incorporación de nuevos sistemas de elección de miembros y directivos, a través de la convocatoria pública y legitimidad democrática, contrariando la moda autoritaria de esos años. En fin, la adecuación constante y la mirada crítica han sido y siguen siendo el emblema de THEMIS. Lo mismo debería ocurrir con los modelos formales que sirven de recipiente a las normas positivas, entre ellos la codificación civil y sus emprendimientos reformistas, sobre todo en el Perú de hoy, tan distante del clima que reinaba en noviembre de 1984 cuando se dio el código que hoy presenta uno de sus varios proyectos de reforma. De ello me ocuparé brevemente en las siguientes líneas.

La idea general de este ensayo es mostrar que la codificación civil es una técnica que debe revisarse seriamente en el Perú y por tanto también la dimensión de las reformas parciales a las que estamos acostumbrados. El punto de partida es que el Derecho, como herramienta institucional, siempre es una respuesta a la realidad (o debería serlo) para asegurar no sólo la legitimidad de su aplicación sino la idoneidad del resultado. La realidad es el devenir de hechos en una sociedad que aunque eventualmente encuentra puntos de contacto en ubicaciones distintas, nunca es exactamente igual y, sobre todo si se mira hacia atrás, las diferencias se aprecian radicales. Lamentablemente, en

nuestro caso, el enlace Derecho - Realidad suele ser sólo una aspiración. En efecto, las razones que celebraron la dación del primer Código Civil peruano en 1852, émulo del célebre documento napoleónico de 1804, ciertamente no se conservan hoy y diría que ni siquiera en sus orígenes republicanos tuvo ese código la connotación del texto franco. Mientras se firmaba el código peruano se estrenaba la *Dama de las Camelias*, y Dumas daba cuenta, a través de sus personajes y a su manera, del romance y tragedia de la Segunda República. El contexto del llamado Código Napoleónico había cambiado por completo y, claro, seguía siendo absolutamente extraño para nosotros que disfrutábamos del auge del guano y de las sospechosas obras públicas del conservador Echenique; sin embargo, era bueno tener un código y el francés sonaba bien. Tampoco el cuerpo legislativo de 1936 y menos aún el de 1984 se rodearon del escenario post revolucionario que explicó los primeros códigos europeos. La gran valía de sus autores más emblemáticos, como los profesores Calle, Solf y Muro, José León Barandiarán y Jorge Avendaño, no cambia la realidad. La situación del Perú nunca ha sido la de los países que nos han legado sus instituciones jurídicas más prestigiosas, sin embargo no sólo hemos incorporado sus figuras sino también sus sistemas formales (códigos) y los atesoramos.

Sin perjuicio del esfuerzo reformador, siempre entusiasta, y sin subestimar la algarabía de quienes tratan los aspectos más técnicos del Derecho Civil, sea para describir lo evidente o para volver sobre viejas discusiones, inútiles muchas de ellas, lo cierto es que el sistema y la utilidad del código enfrenta serios cuestionamientos, vista la riqueza siempre cambiante de la realidad social, de la vida en general, las tendencias en materia legislativa, la práctica legal y el proceder algo aislado en las labores de reforma. No se me malentienda, aprecio y felicito el espíritu reformador, del cual confieso soy parte de una u otra manera, pero quizá se está derrochando energía en un instrumento que ya no tiene el alcance que se cree, (o que se requeriría de él) para ser verdaderamente útil.

La codificación fue la respuesta de la Ilustración y el Iluminismo a la inseguridad que reinaba en los sistemas legales europeos de principios del siglo XIX. Producto de la dispersión y el gran desorden social, herederos

de guerras permanentes y pareceres diversos, ausente ya el poder unificador de Roma, cuya resaca milenaria apenas resistía la mixtura y colorido germánico, las ciudades y nacientes estados, debía procurarse una herramienta confiable que concentrara las normas básicas de convivencia y que no dejara dudas sobre sus alcances. Nada más ajeno a la razón y al pensamiento liberal que la incertidumbre y el desbarajuste jurídico, por ello la idea de poner en uso un texto único que aglutinara la legislación mas importante, sabiendo que ahí está todo y de manera ordenada, dando cuenta de un "sistema", era sin duda una solución indispensable.

Con el pasar de las décadas la codificación sufrió algunos cambios en su fundamento, aunque conservando el propósito de concentrar el derecho positivo a través de un sistema coherente y, por esa vía, eliminar la incertidumbre. Aparece la idea de que los códigos son portadores de los principios básicos del derecho, definidores de las estructuras mínimas, que a partir de ellos se puede interpretar el resto del ordenamiento. En el código se define la persona, la capacidad, el acto jurídico, la muerte, la sucesión, la familia, la propiedad y sus desmembraciones, las obligaciones y sus modalidades, los negocios particulares, la responsabilidad civil, etc. Es el derecho común, un vehículo de aplicación supletoria a todo el sistema jurídico. El resto del ordenamiento puede entenderse a partir de las normas del código que explican lo básico, lo esencial, a partir de lo cual se construye todo lo demás. Pretenciosa vocación de superioridad que temo nunca estuvo legitimada realmente, sobre todo en nuestro país tan proclive al desorden jurídico y a los usos autoritarios. Diré entonces que dos han sido los principales fines de la codificación, a saber: a) concentración legislativa que elimina incertidumbre; y, b) definición de estructuras básicas que abarcan todo el ordenamiento como un sistema. A través de algunas reflexiones y ejemplos veamos si estos fines se cumplen en el Perú para tratar de entender la utilidad de la labor codificadora.

Abordar el tema de la codificación y su reforma es más álgido en estos tiempos de gran vorágine, especialidad legal, descentralización política y normativa, sistemas de información y economía de mercado, entre otros; pues todo ello exige mucho más que un texto ordenado o quizá ya

no sólo un texto ordenado, sino un cúmulo de cuerpos normativos cada uno en su ámbito, y con sus propias características y detalles. Sin duda las circunstancias han cambiado en 200 años y la necesidad de un sólo instrumento en materia civil se ve dudosa, sobre todo en el caso peruano donde se experimentan las primeras luces del desarrollo y el crecimiento económico. Especial mención merece el hecho que nuestro querido Código de 1984 responde en sus aspectos más sensibles, económicos y sociales, a consideraciones que cayeron con el Muro de Berlín. Un código prohibitivo y reglamentarista, de plazos y montos máximos, era propio del régimen felizmente abandonado de la Constitución de 1979, cuando el Estado fijaba los precios de los arrendamientos y decía qué era conveniente o no en materia económica y aceptaba sin sonrojo que se interviniese empresas privadas y se rompieran contratos en homenaje al llamado interés social. Todo eso cambió en los 90 pero el código no. También hay que advertir sobre el feliz abandono de la distinción entre Derecho Civil y Derecho Mercantil, como una frontera infranqueable que ponía de un lado a comerciantes y del otro a ciudadanos ingenuos e ignorantes de asuntos patrimoniales, y que justificaba regímenes diversos, asegurando el ámbito meramente doméstico y, digámoslo cariñosamente, hogareño, del Derecho Civil y su código. Hoy se sabe y se acepta que todo está mezclado. Las amas de casa, los campesinos, los abogados y los agentes bursátiles, compran viviendas e insumos para alimentarse, celebrando los mismos contratos y enfrentando los mismos riesgos. Sus propiedades, sin importar donde están ubicadas, o cómo se hicieron de ellas, sufren las mismas limitaciones y amenazas desde el Estado o desde sus vecinos o competidores.

- a) Concentración legislativa que elimina incertidumbre

Sobre la función de concentración del Código Civil, cabe preguntarse si la necesidad de orden, simplicidad y razón tienen hoy el mismo sentido y demandan la misma respuesta que en el siglo XIX. Opino que no. El sistema legal se ha caracterizado en los últimos tiempos por su profunda especialización y dispersión ante el llamado de una realidad igualmente diversa.

No me refiero a la necesidad de que los cuerpos jurídicos positivos estén ordenados

y prodiguen claridad, lo que siempre será un imperativo de la más mínima limpieza, por eso proliferan los llamados textos únicos ordenados en nuestra legislación, pero ciertamente eso no hace un código, ¿o sí? Lo que hoy observamos es una gama impresionante de legislaciones especiales en casi todos los ámbitos de la actividad privada, que precisamente encuentran en su diversidad su razón de ser y que, vista a dimensión de los hechos que regulan, resultan siendo las normas más importantes por el número de personas y negocios involucrados en ellas. Así tenemos leyes fundamentales como la Ley General de Sociedades (Ley 26887), la Ley de Títulos Valores (Ley 27287), la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo 861), el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley 26821), la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702), la Ley General de Salud (Ley 26842), la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo 1053), la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley 27181), la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338), la Ley General de Turismo (Ley 29408), la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 27972), la Ley General de Minería (Decreto Legislativo 109), la Ley General de Pesca Decreto (Ley 25977), la Ley del Sistema Concursal (Ley 27809), la Ley General de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley 26221) y la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley 28677), entre otras¹; la mayoría de ellas de enorme importancia privada o, más delicado aún, de indiscutible relevancia en el ámbito de las limitaciones que el Estado puede imponer a derechos típicamente regulados en el Código Civil.

Estas leyes son especiales pero en conjunto se ocupan de casi todo, dejando al Código Civil solitario en supuesta regulación general de aspectos claves de las relaciones privadas, lo que es incompatible con su rol ordenador y fuente de certidumbre. El argumento del codificador civil de que lo especial permanece en su ámbito y ahí no entra lo general del código para ordenar se debilita cuando lo

especial es, en conjunto, el todo o al menos lo más relevante del ordenamiento. La cobertura de este impresionante conjunto era impensable en los albores de la codificación europea y claramente la concentración de la que ella hacía gala no estaba referida a la incorporación de normas que de por sí ya constituían un orden y sistema.

Además, en clara demostración que la idea de un código se ha dispersado y distorsionado, encontramos cada vez con más frecuencia la utilización de ese nombre para referirse, simplemente, a la regulación sistemática de un tema en un sólo cuerpo normativo, aun cuando el mismo sea parte de un fenómeno mayor. Así tenemos hoy en el Perú varios “códigos de (...)” que igual se pudieron haber llamado “leyes de (...)”. Es el caso del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571) y el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337).

De otro lado, la dispersión legal, entendida no como la incoherencia y desorden sino como la variedad y proliferación de subsistemas, no es más un problema. Los operadores legales y para legales, cada vez más profesionales, son formados desde las escuelas en el manejo de las técnicas de información, por lo que el acceso a las normas nacionales e internacionales es sencillo y no demanda necesariamente un instrumento físico de fácil manipulación y portable, como alguna vez se dijo de los códigos. Hoy, los estudiantes de derecho y abogados portan miles de códigos, leyes y sentencias en sus ordenadores de mano y hasta en sus teléfonos celulares, y ubican las normas más escurridizas en segundos, a través de la web o servicios especiales contratados en línea. Nada de esto puede ser ignorado al momento de repensar la labor codificadora.

Se podría decir que el ciudadano común y corriente no tiene acceso a las herramientas de información y por tanto necesitan del texto, el libro, el código en sentido material. En primer lugar creo que el acceso está más próximo de lo que se cree. Según la información más reciente del INEI, el 78% de la población universitaria del país accede a internet

¹ A esta relación hay que agregar la impresionante gama de normas municipales y regionales que impactan en el día a día de la vida privada y los reglamentos expedidos por organismos del Poder Ejecutivo e incluso instituciones autónomas, que en los hechos actúan por su cuenta y generan sus propios espacios.

regularmente y la cifra es progresiva entre los jóvenes estudiantes. En segundo lugar, la verdad es que los ciudadanos comunes y corrientes antes que mirar el Código Civil, revisarán la legislación especial que se aplica a su negocio o a sus asuntos, o de plano no revisarán nada. Seamos realistas, las normas legales y su manejo profesional es cuestión de los profesionales, la información general del público no se logra a través de la codificación sino por los mecanismos de educación en los que hay trabajar. Las dificultades innegables de acceso a la información en operadores profesionales del interior del país se deben abordar con inversión en esa materia, no negando la proliferación legislativa y su especialidad, mucho menos combatiéndola, ya que es una realidad poderosa y necesaria en el marco del desarrollo al que aspiramos.

- b) Definición de estructuras básicas que abarcan todo el ordenamiento como un sistema

El rol sistematizador de la codificación civil, su pretensión ordenadora y rectora, es probablemente la que peor futuro enfrenta si no se aborda el tema con calma. Cuando la codificación empezó la concentración, era real, es decir, quedaban abrogadas todas las legislaciones dispersas para abrir paso a un sólo cuerpo normativo, pero eso ya no ocurre. Todo lo contrario, la especialidad es el signo de los tiempos y subsistirá de modo que la codificación tiene que aprender a vivir con ella y aún así ser útil. ¿Cómo lograrlo?

Todos los cuerpos normativos antes mencionados regulan situaciones de la realidad que en conjunto terminan comprendiendo el espectro total de la vida social. Su especialidad las ha llevado a desarrollar sus propios principios y estructuras básicas, en muchos casos contrariando abiertamente los postulados más asentados del Derecho Civil. ¿Es esto deleznable? En lo absoluto, es el comportamiento natural del sistema legal que, respondiendo a las necesidades prácticas, expresa su dispersión y plantea sub ordenamientos cada uno con características propias. Ahora bien, no es impensable extraer del conjunto principios comunes y ordenadores, manteniendo la complejidad de lo especial. Lo que hay de común en ellos, por ahora, no lo dice el Código Civil de 1984 y claramente éste no puede ocuparse simplemente de sumar las leyes por el mero afán de concentrar la legislación.

Soy un convencido que la esencia del derecho está en estructuras jurídicas mínimas que deberían ser compartidas por todos los sub sistemas, sin perjuicio de la especialidad y tecnicismo. Esta opinión no se sustenta en la ponderación de los conceptos arraigados ni mucho menos (se sabe de mi profundo desapego por el dogma jurídico), sino en lo conveniente que es compartir esquemas básicos como un modo indispensable para ser “sistema” legal, es decir un conjunto de instrumentos enfilados a conseguir objetivos más o menos comunes a través de procedimientos y principios compartidos. Esto es lo general, quedando lo particular para cada ordenamiento o sub sistema. Así se facilita la labor legal y, claro, la solución de controversias. ¿Dónde están esas estructuras básicas? No están en el Código Civil por el sólo hecho de ser código. Por cierto no están en Roma ni en las bibliotecas pontificias o las escuelas alemanas o austriacas, mucho menos en las españolas y argentinas, tan populares todas. Están en el propio sistema legal, el nuestro. Hay que buscarlas en ese conjunto de normas especiales que han tomado el sistema desde hace 20 años y lo han reformado por completo. Ahí están los principios y estructuras básicas civiles.

Por ejemplo, La Ley de Garantía Mobiliaria, la Ley de Títulos Valores, la Ley de Garantías en Viviendas Sociales (Ley 28698) y hasta la Ley de Concesiones en Obras de Infraestructura en Servicios Públicos (Ley 26885), señalan que las garantías se ejecutan extrajudicialmente. A la vez el código dice, en solitario, que la hipoteca se ejecuta en juicio. ¿Quién porta lo especial y quién lo general? Asimismo. La Ley de Recursos Hídricos señala que los bienes asociados al agua son también del dominio público, como por ejemplo las riveras de los ríos, los cauces y las tierras ganadas por eventos de la naturaleza, lo que rompe con 5,000 años de conceptos sobre accesión y avulsión que el código conserva hasta hoy. El concepto de ejecución de garantías y dominio señalado en el Código Civil debería ser la fuente de todas estas regulaciones especiales, ordenando la variedad y generando elementos comunes de certidumbre, pero no lo hace. Lo mismo con las servidumbres para la explotación de recursos naturales previstas en la Ley de Minería o en la Ley de Hidrocarburos, que describen la servidumbre como un derecho temporal y eventualmente excluyente del dueño del predio afectado, contrariando la

más rancia tradición civil en esta materia. Si uno se pregunta sólo por el espacio ocupado por servidumbres en el Perú, ¿cuál de ellas tiene más importancia, las llamadas especiales o las civiles? Evidentemente las primeras, por tanto su esquema básico debería estar en el código pero no es así. Nada de eso está ordenado en el Código Civil.

¿Dónde está lo básico vigente en materia de ejecución de garantías? ¿En el Código Civil de 1984 o en las normas “especiales” de muebles, títulos valores y viviendas sociales? Obviamente las segundas, no sólo porque son normas que acompañan al régimen económico de la Constitución, sino porque son comprensivas de un sistema mayor. Si para ejecutar viviendas de personas de escasos recursos se admite la venta extrajudicial, lo mismo que para los muebles, los títulos valores y hasta las concesiones de obras de infraestructura que importan a toda la Nación, ¿qué queda en el ámbito hipotecario, supuestamente general, que sólo acepta la venta judicial? Nada.

En conclusión, sí hay espacio para un Código Civil pero reducido a la descripción de las estructuras elementales que subyacen al conjunto. Una vez obtenida la descripción de las reglas básicas de la fuente correcta, ¿qué se quiere con ellas? Es decir, ¿el código debe conservarlas e imponerlas o sólo debe describirlas para su fácil manejo en el resto del ordenamiento? No puede

imponerlas, nunca pudo ya que su fuerza o jerarquía normativa no alcanzó jamás para imponerse a nada. El código es una ley como cualquier otra. Las normas especiales lo rebasarán sin reparo y sin que éste pueda hacer nada para evitarlo. El valor del código radicaré entonces en que tan bien describa las estructuras elementales y principios que emanan del conjunto del ordenamiento y mantener permanentemente actualizada dicha descripción. Un código en esta línea sería muy breve si sólo dijera cosas como: “la ejecución de garantías puede ser extrajudicial si se conviene así”.

Como adelanté líneas arriba, temo que en el caso peruano el punto de partida para la tarea de mantener actualizado el código es errado, pues el Código Civil de 1984 es de por sí distante de los principios que reinan en el ordenamiento económico y social. La labor reformadora acaso se centra en la conservación de conceptos arraigados, aunque con cierto toque funcional, vista la indudable valía y seriedad de los reformistas, pero retoques conceptuales al fin, sin mirar lo que ha pasado en el resto de ordenamiento especializado y que abunda en esquemas básicos distantes del código. Mientras tanto, siempre es interesante y entretenido compartir conceptos del código ochentero, que, aunque ya no brille tanto como la nocturnidad de esa década, sigue siendo herramienta del día a día y fuente decisiva para las decisiones de la Corte.

EL PROCESO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. LA NECESIDAD DE SU ACTUALIZACIÓN PARA EL SIGLO XXI*

Carlos A. Soto Coaguila**

Todo cuerpo normativo requiere y exige una constante revisión que asegure que los preceptos regulados se adecuen a las cambiantes situaciones de la realidad, y el Código Civil de 1984 no es la excepción. Esta es la razón por la cual en el año 1994 se decidió crear la Comisión Reformadora del Código Civil.

En el presente artículo el autor narra el proceso de reforma del Código Civil de 1984, señalando de manera anecdótica la formación, el transcurso y los conflictos en los cuales se vio envuelta la Comisión Reformadora. Además, enumera las razones que motivaron el presente Proyecto de Reforma, llegando a la conclusión que este cuerpo normativo está dirigido a la población en su totalidad, de modo que su redacción debe ser clara y sencilla.

* El presente trabajo recoge algunas ideas del Discurso de Orden que el autor pronunció durante la "Ceremonia de Conmemoración de los 25 años de vigencia del Código Civil Peruano de 1984" el 14 de noviembre de 2009 en el auditorio del Ministerio de Justicia.

** Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y Arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola. Secretario y Asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984 (*Comisión Muñiz y Comisión Avendaño*). Consejero, Jefe del Grupo de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI y del Club Español del Arbitraje. Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje. Miembro de las Academias de Derecho de Venezuela y Bolivia.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito describir el proceso de reforma del Código Civil peruano que se inició en 1994 con la creación de una Comisión Reformadora.

A solicitud del Comité Editor de la prestigiosa Revista de Derecho THEMIS, a quien agradezco la gentil invitación, narraré el proceso de reforma del Código Civil de 1984 en mi condición de Secretario de la Comisión Reformadora.

Como se tiene conocimiento, desde 1994 se han realizado múltiples intentos para reformar el Código Civil de 1984 con la finalidad de dotar a nuestro país de un Código Civil moderno, dinámico, funcional y eficaz, para lo cual se han propuesto desde “enmiendas urgentes” hasta la reforma integral del Código Civil.

Para el logro de nuestro cometido, previamente introduciremos al lector en un breve recuento de la evolución histórica de la codificación civil en el Perú y, en particular, el proceso de codificación del vigente Código Civil de 1984.

II. LA CODIFICACIÓN EN EL PERÚ

La Codificación Civil en el Perú se inició en 1825. En esta fecha el Libertador Simón Bolívar nombró una Comisión encargada de elaborar los Códigos Civil y Criminal, la cual estuvo presidida por don Manuel Lorenzo de Vidaurre. Lamentablemente esta Comisión nunca funcionó. Tal vez la razón, en opinión del historiador Jorge Basadre Grohmann, se debía a que el Perú no contaba todavía con una Carta Política¹.

Mediante decreto del 22 de octubre de 1831, el presidente Agustín Gamarra dispuso el establecimiento de una Comisión Codificadora General encargada de elaborar el Código Civil. Esta Comisión tampoco llegó a funcionar.

Más tarde, la Constitución Política de 1834 estableció, dentro de sus disposiciones transitorias, que la Corte Suprema presentaría al Congreso los proyectos de Códigos de

la Legislación, empezando por el Civil. El entonces presidente de la Corte Suprema, don Manuel Lorenzo de Vidaurre, asumió la redacción del Código Civil y entre agosto de 1834 y 1836, presentó su Proyecto con una Exposición de Motivos. Sin embargo, este Proyecto tampoco prosperó.

En 1836, un hecho histórico aconteció en la vida republicana del Perú. Los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cusco y Puno se constituyeron en un Estado libre e independiente bajo el nombre de Estado Sud-Peruano, y por decreto del 22 de junio de 1836 adoptaron el Código Civil Boliviano que por entonces se encontraba vigente en la hermana República de Bolivia desde 1830.

Unos meses después ocurrió otro hecho similar en el norte del Perú. El 11 de agosto de 1836 se creó el Estado Nor-Peruano conformado por los departamentos de Lima, La Libertad, Junín y Amazonas.

El 28 de octubre de ese año, el mariscal Andrés de Santa Cruz estableció la Confederación Peruano-Boliviana, integrada por los Estados Nor-Peruano, Sur-Peruano y Bolivia, y por decreto de 1 de noviembre de 1836 se dispuso la aplicación de los códigos bolivianos, entre ellos el Civil, con ligeras modificaciones al Estado Nor-Peruano.

Los Códigos adoptados por los Estados Sud-Peruano y Nor-Peruano tuvieron una vida efímera, pues en 1838 el presidente Luis José Orbegoso los derogó íntegramente.

Ante la ausencia de norma civil vigente, nuevamente se aplicó en el país la dispersa y confusa legislación española.

Un nuevo gobierno, esta vez presidido por el general Ramón Castilla, nombraría una nueva Comisión Codificadora. Esta Comisión concluyó su trabajo en 1848, pero recién el 22 de noviembre de 1850, el presidente Ramón Castilla promulgó los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles, decretando que ambos entrarían en vigor dentro del plazo de siete meses.

Durante esta *vacatio legis* asumió la presidencia el general José Rufino Echenique.

¹ BASADRE GROHMANN, Jorge. “Historia del Derecho Peruano”. Lima: Edigraf S.A. 1986. p. 327.

En mayo de 1851 el general Echenique decretó la suspensión de la ley que promulgó los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles. Además de ordenar la suspensión de la entrada en vigencia de ambos Códigos, nombró otra Comisión Reformadora presidida por el jurista arequipeño Andrés Martínez. Esta nueva Comisión trabajó sobre la base del proyecto de 1847-1848, y por fin, el 29 de diciembre de 1851 se promulgó los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles, los mismos que entraron en vigor el 28 de julio de 1852, aniversario de la independencia del Perú.

La gran mayoría de autores peruanos consideran al Código de 1852 como el primer Código Civil peruano, tal vez por su aplicación en toda la república y su vigencia por más de 80 años. Sin embargo, no debemos olvidar los tres códigos civiles promulgados antes de la vigencia del Código de 1852.

Consecuentes con el cambio socio-económico suscitado en la segunda década del siglo XX, los juristas peruanos de la época no tardaron en promulgar otro Código Civil el 30 de agosto de 1936. El nuevo Código Civil entró en vigor el 14 de noviembre del mismo año y entre sus principales fuentes—según consta en las Actas de la Comisión Redactora— figuran los Códigos Civiles de Francia, Argentina, Alemania, Suiza y Brasil.

La historia de los Códigos Civiles no termina en 1936, pues en 1984 se promulgaría el sexto Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, hecho legislativo que describiremos a continuación.

III. HISTORIA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Si bien el vigente Código Civil se promulgó en 1984, su historia se inició en el año de 1965, cuando el doctor Carlos Fernández Sessarego, por entonces Ministro de Justicia y Culto, mediante Decreto Supremo 95 de fecha 1 de marzo de 1965, creó una *Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936* (en adelante la “*Comisión Reformadora*”), con el “objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes”.

La *Comisión Reformadora* originalmente estuvo presidida por el Ministro de Justicia y Culto, doctor

Carlos Fernández Sessarego, e integrada por los doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Ismael Bielich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Eguren Bresani, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine y Jorge Vega García.

Debemos precisar que el Decreto Supremo que creó la *Comisión Reformadora* en 1965, no mencionó que la labor de dicho grupo legislativo sería redactar un nuevo Código Civil, únicamente señaló que su trabajo consistiría en “estudiar y revisar el Código Civil de 1936 **con el objeto de proponer enmiendas**”[El énfasis es nuestro]. Sin embargo, como todos conocemos, la *Comisión Reformadora* terminó por elaborar un nuevo Código Civil.

Para tal efecto, es conveniente recordar las palabras del doctor Carlos Fernández Sessarego, publicadas en su libro “Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984”. El maestro peruano confiesa en sus memorias:

“Había que evitar, por lo demás una prejuiciosa reacción adversa de parte del foro nacional. En efecto, a un importante sector del mismo, le incomodaba que le cambiaran el Código Civil que conocían y cuyas normas aplicaban en el curso de su trabajo profesional. No admitían que se le sustituyera por otro cuerpo legal, lo que implicaba la consiguiente obligación de estudiarlo. Ello significaba un especial esfuerzo al que no le encontraban sentido, ya que la mayoría de los miembros del foro, no estaban necesariamente actualizados en cuanto al desarrollo y evolución de la disciplina civilística. Dicho sector, dedicado por entero a la práctica profesional, no había tenido la oportunidad de conocer el significado y trascendencia de las reformas introducidas por el Código Civil Italiano de 1942, ni había llegado a sus manos la más reciente literatura jurídica ni la más importante jurisprudencia comparada. Fue ésta la razón por la cual se consideró prudente no adelantar opinión sobre la urgencia de reestructurar íntegramente el Código Civil de 1936. Era más sensato que esta decisión, si fuera el caso, la adoptarían los destacados profesores que integraban la Comisión de Reforma”².

Teniendo en cuenta este escenario, el maestro sanmarquino continúa su relato:

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Los 25 Años del Código Civil *Peruano de 1984*. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas”. Lima: Editora Jurídica Motivensa. 2009. p. 66.

“Se cuidó, por ello, de no designar a la Comisión, como “Reformadora” del Código Civil de 1936, aunque a la larga, por decisión de sus propios miembros, esta fuera su misión. Ella fue habitualmente conocida y designada por la opinión pública con ese nombre”³.

Sobre este mismo aspecto, otro notable miembro y luego presidente de la *Comisión Reformadora*, doctor Felipe Osterling Parodi, señaló que:

“[los miembros de la *Comisión Reformadora*] en sus primeras sesiones habían decidido que una ley de enmiendas era insuficiente y que el Perú requería de un nuevo cuerpo legal que se adaptará a las realidades sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas, vigentes en aquél entonces. Estimaron que una ley modificatoria de algunos de los preceptos del Código Civil de 1936 habría quebrado la estructura, el equilibrio y la armonía que exige todo cuerpo civil bien organizado”⁴.

Muchos años y sucesos acontecieron desde la creación de la *Comisión Reformadora*, como el retorno a la democracia en 1978 (luego de 12 años de gobiernos militares), la instalación de la Asamblea Constituyente en 1978 y por supuesto la promulgación de la Constitución Política en 1979.

En ese contexto (1980), el doctor Felipe Osterling Parodi⁵, por entonces presidente de la *Comisión Reformadora*, expresó:

“Han pasado 44 años desde que entrara en vigencia el Código Civil de 1936 y el dilatado tiempo transcurrido reclamaba el estudio de su reforma integral, como directa consecuencia de los profundos cambios ocurridos en todos los órdenes y con el propósito esencial de adecuarlo a dichos cambios y a la nueva dimensión que han adquirido los valores de la solidaridad social y el humanismo. Era indispensable, pues, proponer la actualización de los preceptos del Código Civil vigente debido a esas realidades

del mundo de hoy que influyen decisivamente en materias vinculadas al derecho de personas, al de familia, al sucesorio, al de los derechos reales y al de obligaciones y contratos”.

Añadía el doctor Osterling que la reforma del Código Civil de 1936 era indispensable en razón de la dación de la Constitución Política de 1979 que introdujo sustanciales cambios, tales como una nueva concepción del derecho de propiedad con contenido social, la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, entre otros temas relevantes.

Por su parte, el profesor Fernández Sessarego afirmaba que:

“(…) la dación de un nuevo Código Civil pudo haberse evitado –al menos por el momento– si es que, como ha ocurrido en Francia, una legislación atenta y una creativa jurisprudencia hubieran cumplido con la imprescindible tarea de actualizar periódicamente dicho cuerpo legal, durante el último medio siglo”⁶.

Pero como todos sabemos, nuestro país no siguió el camino de la comunidad jurídica francesa. La legislación no fue muy atenta y los operadores del Derecho no fueron muy creativos para adecuar las viejas instituciones del Código Civil de 1936 a la realidad de entonces. A todo ello, debemos sumar los incontenibles y continuos cambios en las estructuras sociales, económicas, políticas, jurídicas e inclusive culturales, que contribuyeron a la desactualización e ineficacia del Código Civil de 1936.

Después de 16 años de trabajo de la *Comisión Reformadora*, el 15 de julio de 1981, el entonces Ministro de Justicia, doctor Felipe Osterling Parodi, presentó el Proyecto del nuevo Código Civil peruano al presidente de la República arquitecto Fernando Belaunde Terry, al presidente del Congreso de la República doctor Oscar Trelles Montes y al presidente de la Corte Suprema de la República doctor Álvaro Chocano Marina, por

³ Ibidem.

⁴ REVOREDO, Delia. “Código Civil. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936”. Tomo I. Lima: Editorial E.I.B.M.1985. p. VII.

⁵ Citado por CASTILLO FREYRE, Mario. “Tentaciones Académicas”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. pp. 53-54.

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano”. Séptima edición. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY. 1998. p. 8.

entonces las más altas autoridades de los tres Poderes del Estado.

Con fecha 13 de mayo de 1982, a instancias del doctor Felipe Osterling Parodi, se promulgó la Ley 23403, mediante la cual se facultó al Poder Ejecutivo para que promulgue mediante decreto legislativo el Código Civil redactado por la *Comisión Reformadora*. Para ello se creó una segunda, a la que se denominó *Comisión Revisora*, conformada por tres senadores, tres diputados y tres abogados designados por el Ministerio de Justicia. La *Comisión Revisora* fue facultada para revisar el Proyecto del nuevo Código Civil e introducir las reformas que estimase pertinentes, previa audiencia de la *Comisión Reformadora* que elaboró el proyecto.

Los integrantes de la *Comisión Revisora* fueron los doctores: Javier Alva Orlandini, que actuó como presidente, César Fernández Arce (vicepresidente), Jack Bigio Chrem, Roger Cáceres Velásquez, Ricardo Castro Becerra, Edmundo Haya de la Torre, Roberto Ramírez del Villar, Guillermo Velaochaga Miranda, Rodolfo Zamalloa Loaiza. Actuaron como secretarios los doctores Jorge Muñiz Ziches, Walter Rivera Vilchez, Jorge Rodríguez Vélez y Arturo Woodman Rivas, y como asesores Mario Alegría Campos y Julio César Quintanilla.

La *Comisión Revisora* funcionó desde el 14 de octubre de 1982 al 5 de julio de 1984. Finalmente, el presidente de dicha Comisión, doctor Javier Alva Orlandini, mediante oficio 097-84-CRCC dirigido al entonces Ministro de Justicia, doctor Max Arias-Schreiber Pezet, remitió el texto final del Proyecto de Código Civil.

Luego de muchos años de trabajo, por fin, el 24 de julio de 1984, mediante Decreto Legislativo 295 se promulgó el nuevo Código Civil peruano. El decreto fue firmado por el presidente de la República arquitecto Fernando Belaunde Terry y el entonces Ministro de Justicia doctor Max Arias-Schreiber Pezet. En la referida norma legal se dispuso que el Código Civil entraría en vigor el 14 de noviembre de 1984, fecha en la que también entró en vigor su antecesor de 1936.

Por esas coincidencias de la vida, “la designación de tres de los miembros de

la *Comisión Reformadora* como Ministros de Justicia fue decisiva en el proceso de elaboración y entrada en vigencia del Código Civil de 1984”⁷. En 1965, siendo Ministro de Justicia y Culto el doctor Carlos Fernández Sessarego, se creó la *Comisión Reformadora* del Código Civil de 1936. Posteriormente, en 1981, siendo Ministro de Justicia el doctor Felipe Osterling Parodi, se entregó el Proyecto del nuevo Código Civil a los tres Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Por último, siendo Ministro de Justicia el doctor Max Arias-Schreiber Pezet se promulgó el Código Civil en 1984.

Desde estas líneas resaltamos la participación de todos los destacados juristas que intervinieron en la redacción del Código Civil de 1984 y todos los que se fueron incorporando al trabajo de la *Comisión Reformadora* desde 1965 hasta 1984. Nos referimos a los doctores: Carlos Fernández Sessarego, Max Arias-Schreiber Pezet, Ismael Bielich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Eguren Bresani, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine, Jorge Vega García, Felipe Osterling Parodi, Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Fernando Vidal Ramírez, Manuel García Calderón Koechlin y Valentín Paniagua Corazao. Asimismo, cabe destacar la participación de los asesores de la Comisión, los doctores Carlos Cárdenas Quirós, Delia Revoredo Marsano, Sergio León Martínez, Jorge Muñiz Ziches, Rafael Roselló de la Puente, Jorge Vega Velasco, Jack Bigio Chrem y Shoschana Zushman Tinman.

IV. INTENTOS PARA REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

A. Creación de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1994

A los pocos meses de promulgado el Código Civil de 1984, uno de sus notables autores, el doctor Carlos Fernández Sessarego, escribiría lo siguiente:

“Más allá de críticas y alabanzas, ambas lícitas y posibles, el Código Civil que entró en vigor el 14 de noviembre de 1984 requiere y exige, como el mejor homenaje que se le pueda

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. p. 83

formular, ser sometido a periódica revisión para adecuarlo a las cambiantes situaciones de la realidad y sintonizarlo con los acelerados desarrollos de la ciencia, a la luz de los valores jurídicos y de la instancia éticas que le sirven de seguro sustento. Sólo así, con apasionado desinterés científico, con permanente preocupación por la problemática nacional y profunda vocación humanista, será viable mantener, por muchos años, un Código Civil remozado y actual, en armonía con el acaecer social y las aspiraciones comunitarias de justicia”⁸.

La vigencia y eficacia del Código Civil de 1984 fue planteada desde diversas ópticas.

El 4 de agosto de 1993, en un artículo publicado en el diario “El Comercio”, titulado *La Libertad de Contratar*, el doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois, cuestionando el contenido socialista del Código Civil de 1984, sostenía su derogación y el restablecimiento de la vigencia del Código Civil de 1936. Este hecho generó numerosas críticas.

Posteriormente, se publicaron diversos artículos sobre la necesidad de reformar el Código Civil de 1984, aunque en esta ocasión desde una perspectiva distinta: unos propugnaban *una reforma total* y *una reforma parcial*. Un tercer movimiento era, y sigue siendo, de la opinión de no reformar el Código Civil.

En marzo de 1995, el profesor Alfredo Bullard González⁹ en un artículo publicado en el diario “El Comercio”, sostuvo la tesis de una reforma total del Código Civil de 1984 y la elaboración de un Código que responda a los nuevos tiempos. En palabras de Alfredo Bullard, “Lo dicho no significa que compartamos tesis tan arcaicas como regresar a la vigencia del Código Civil de 1936; pero tampoco la idea de hacer un maquillaje al Código Civil de 1984 (lo cual únicamente sería “(...) limitar los cambios a ajustar uno que otro artículo y a mover puntos y comas, manteniendo el espíritu y la estructura básica del cuerpo legal vigente”).

Si el día de hoy, luego de 27 años de vigencia del Código Civil de 1984, tuviésemos que hacer un balance del mismo, deberíamos empezar por

preguntarnos: *¿el Código Civil de 1984 es un código actual, un código moderno, un código que responde a la realidad del año 2011 y a la realidad del siglo XXI?* Sin lugar a dudas, la respuesta no sería afirmativa en su totalidad, pues en el Código Civil de 1984 se advierten serias contradicciones, incompatibilidades con otros textos legales y vacíos normativos frente a los nuevos paradigmas jurídicos. De otro lado, recordemos que toda obra humana es imperfecta por definición, por lo que no podemos esperar que el Código Civil sea perfecto.

Dentro de esta línea de permanente revisión y actualización de los importantes cuerpos legales, advertida por el doctor Carlos Fernández en 1985, y frente a los problemas que se han puesto en evidencia desde su aplicación en 1984, es que el gobierno peruano decidió crear una Comisión Legislativa para reformar el Código Civil de 1984.

Mediante la Ley 26394 de fecha 22 de noviembre de 1994, el Congreso Constituyente Democrático, máximo organismo legislativo de entonces, creó una Comisión denominada *Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil*. Originalmente esta Comisión estuvo compuesta por siete miembros: cuatro designados por el Poder Legislativo y tres por el Ejecutivo. Los congresistas designados fueron los doctores Carlos Torres y Torres Lara, Ricardo Marcenaro Frers, César Fernández Arce y Roger Cáceres Velásquez, recayendo la presidencia en el primero de los nombrados. Por el Poder Ejecutivo fueron designados los doctores Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Héctor Cornejo Chávez. Se nombró como asesor técnico de dicha Comisión al doctor Carlos Fernández Sessarego, quien en 1992, en su condición de Director del Centro de Investigaciones de la Universidad de Lima, convocó a profesores de derecho civil de distintas universidades para trabajar en el estudio y revisión del Código Civil de 1984 y elaborar un Proyecto de Enmiendas. Coincidentemente este trabajo culminó en 1994. Ese mismo año el doctor Fernández Sessarego entregó al entonces presidente del Congreso Constituyente, doctor Carlos Torres y Torres Lara, el Proyecto de Enmiendas que

⁸ REVOREDO, Delia. “Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios”. Tomo IV. Lima: Editorial E.I.B.M. 1985. p. 18.

⁹ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “El Código del fin de la historia”. En: “Estudios de Análisis Económico del Derecho”. Lima: ARA Editores. 1996. pp. 321-325.

habían elaborado los juristas convocados. Dicho proyecto se publicó el 7 de enero de 1995 en el Diario Oficial El Peruano.

Esta Comisión acordó realizar una reforma parcial al Código Civil para proponer las reformas pertinentes. Esta Comisión sólo funcionó cuatro meses, hasta marzo de 1995, y según el profesor Carlos Fernández Sessarego durante “este período de trabajo se revisó la parte correspondiente al derecho de las personas naturales”¹⁰.

B. Composición de la Comisión Reformadora del Código Civil en 1996. La “Comisión Muñiz”

El 22 de octubre de 1996, el Congreso de la República publicó la Ley 26673, por medio de la cual reconstituyó la Comisión de Reforma del Código Civil creada en 1994, ampliando el número de sus miembros de siete a trece. A modo de anécdota, el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena manifestó su negativa de que sean trece miembros, pidiéndole al doctor Jorge Muñiz que sean doce o catorce, o cualquier otro número pero no trece, ya que era un número de muy poca suerte.

Los integrantes de la nueva Comisión debían ser designados, cinco miembros por el Congreso y ocho por el Poder Ejecutivo. Los Congresistas nombrados originalmente para esta tarea legislativa fueron los doctores Jorge Muñiz Ziches, Ricardo Marcenaro Frers, Luis Delgado Aparicio, Jorge del Castillo y Jorge Avendaño Valdez, asumiendo la presidencia el doctor Jorge Muñiz Ziches (por ello denominamos a esta Comisión como la *Comisión Muñiz*). El Poder Ejecutivo designó a los doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Fernando Vidal Ramírez.

Durante el funcionamiento de la Comisión, el doctor Max Arias-Schreiber Pezet renunció por motivos de salud y en su lugar se nombró

al doctor Guillermo Velaochaga Miranda. El grupo de Congresistas también fue modificado, sustituyéndose a los doctores Ricardo Marcenaro, Luis Delgado y Jorge del Castillo por los doctores Oscar Medelius Rodríguez, Martha Chávez Cossío y Lourdes Flores Nano.

La *Comisión Muñiz* eligió como Presidente Honorario a uno de los juristas más representativos de nuestro medio, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle (1922-2007).

La *Comisión Muñiz* designó originalmente como Secretario Técnico al doctor Alonso Morales Acosta. Ante la renuncia del doctor Morales Acosta, se designó como Secretarios a los doctores Silvana Migliori Figueroa, Fernando Zambrano Ortíz y Carlos A. Soto Coaguila.

Durante esa época, muchos se preguntaban sobre las razones para reformar el Código Civil de 1984. Al respecto, el doctor Jorge Muñiz Ziches, en el marco del “I Congreso Nacional de Derecho Civil sobre la Reforma del Código Civil Peruano”¹¹, realizado en la ciudad de Arequipa en junio de 1998, presentó los argumentos que determinaban un cambio en la legislación civil. Según el doctor Muñiz Ziches, las razones que motivaban una reforma al Código Civil eran las siguientes:

- a) “Porque desde que se publicó y entró en vigencia el Código Civil, se han producido diversos avances en la ciencia y en la tecnología como la reproducción humana asistida, la fecundación in vitro, el proyecto genoma humano, los trasplantes de órganos, la contratación computarizada, etc.; hechos que ameritan se modifique el Código con la finalidad de regularlos.
- b) Porque se han producido diversas modificaciones parciales a determinadas normas del Código que traen como consecuencia su modificación y revisión con el objeto de lograr una adecuación integral del mismo cuerpo normativo.
- c) Porque resulta necesario adecuar las

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Breves comentarios sobre las enmiendas propuestas al Libro Primero del Código civil sobre el derecho del concebido y de las personas naturales”. En: “Reforma del Código Civil Peruano”. Instituto de Investigación Jurídico Notarial – INDEJ. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 1998. p. 74.

¹¹ Esta fue la primera actividad sobre la Reforma del Código Civil auspiciada por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República y la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, llevándose a cabo en la ciudad de Arequipa del 10 al 12 de junio de 1998.

normas del Código Civil a la Constitución Política de 1993, caracterizada por la relativización y flexibilización de los derechos económicos y sociales, el debilitamiento del Estado en cuanto a su función en la actividad productiva y el giro de la economía hacia una opción de libre mercado constitucionalmente exigida y protegida. Igualmente, es imprescindible concordar los postulados de la Constitución de 1993 con las del Código Civil. Un ejemplo es el artículo 62 de nuestra Carta Política que regula lo que en doctrina se conoce como la “santidad de los contratos”, en contradicción con el artículo 1355 del Código Civil que permite la intervención del Estado en los contratos.

- d) Porque se han detectado una serie de defectos en las figuras e instituciones que contiene el Código, resultando imperativo enmendar los errores a fin de no perder la calidad que lo caracteriza.
- e) Porque existe la necesidad de regular una serie de contratos modernos, que hoy en día son de uso frecuente en nuestro país.
- f) Porque la nueva tendencia en el Derecho moderno es la Unificación de las reglas del Derecho Civil y el Derecho Comercial en un solo texto de Derecho Privado. Unificación que se inició en el Código de 1984, pero que no fue completa. La razón de ésta unificación radica en la imposibilidad teórica y práctica de seguir dividiendo a los actos jurídicos, obligaciones y contratos en civiles y mercantiles. Por lo tanto, se requiere que el Código Civil recoja y regule todas las reglas aplicables a los actos civiles y mercantiles.”¹²

Sobre la reforma del Código Civil, recordemos que había muchas voces que defendían la tesis de reformar totalmente el Código Civil de 1984 y elaborar un nuevo Código que responda a los nuevos tiempos. Recuerdo que inclusive el doctor Manuel de la Puente y Lavalle presentó un documento a la Comisión Muñiz proponiendo la elaboración de un Código de Derecho Privado que unificaba los

Códigos Civil y de Comercio.

No obstante las diversas posturas sobre una reforma integral del Código Civil, la Comisión Muñiz decidió no cambiar la estructura del actual Código, ni reformarlo en su integridad, sino **proponer modificaciones necesarias**¹³.

La *Metodología de Trabajo* de la *Comisión Muñiz* consistió en descentralizar el trabajo para corregir los errores de las codificaciones pasadas. En este sentido, y de conformidad con el artículo 2 de la Ley 26394, se crearon *Subcomisiones* (integradas por especialistas en cada una de las materias) para estudiar cada uno de los Libros del Código Civil así como una subcomisión para analizar el Título Preliminar. Estas subcomisiones estarían presididas por un miembro de la *Comisión Muñiz*, además de estar integradas por consultores y asesores. Las *Subcomisiones* se reunían dos veces por semana desde su conformación el 18 de noviembre de 1996. Su labor era presentar al Pleno de la Comisión las propuestas de reforma a introducirse en cada uno de los libros del Código Civil, y luego el Pleno (integrado por todos los miembros de la *Comisión Muñiz*) aprobaba las modificaciones planteadas.

Adicionalmente, la *Comisión Muñiz* incluyó dentro de la metodología de trabajo el *intercambio escrito de opiniones*. Esta técnica consistía en solicitar a cada uno de los miembros de la Comisión su opinión en forma escrita sobre un determinado tema que se discutía en las reuniones plenarios. Esta opinión se distribuía entre todos los miembros con anterioridad a la reunión y, cuando todos se encontraban reunidos, se discutían las opiniones, los comentarios y/o las sugerencias de los miembros. La finalidad era que todos los miembros de la Comisión tengan por escrito las opiniones de los expertos y puedan analizarlas y estudiarlas para el día de debate y aprobación.

El Congreso de la República publicó en el año 1999-2000¹⁴ los trabajos de la *Comisión Muñiz* con la finalidad de promover el debate de la reforma del Código Civil en

¹² MUÑIZ ZICHES, Jorge. “Reformas al Código Civil de 1984”. En: “Reforma del Código Civil Peruano”. Instituto de Investigación Jurídico Notarial – INDEJ. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998. p. 32.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ COMISIÓN DE REFORMA DE CÓDIGOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República. 1999-2000.

las universidades, colegios de abogados, institutos, etc. Asimismo, la *Comisión Muñiz* organizó los más importantes congresos y seminarios nacionales e internacionales para difundir los trabajos de la Comisión y, a la vez, recoger las sugerencias y comentarios de la comunidad jurídica.

El 18 de agosto de 1999, el entonces presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil y de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso doctor Jorge Muñiz Ziches presentó el Proyecto de Ley 5072/99-CR con la finalidad de introducir reformas urgentes al Código Civil de 1984. Lamentablemente por razones políticas este proyecto fue observado por el Poder Ejecutivo. A modo de anécdota recuerdo que un Congresista dijo a los medios de prensa que este proyecto favorecía a los bancos que se querían quedar con las casas de los pobres, argumento político frente a la incorporación del pacto comisorio en las hipotecas y prendas. Lamentablemente el proyecto fue observado y archivado.

La *Comisión Muñiz* funcionó hasta el año 2001 y pese a los grandes esfuerzos por revitalizar el Código Civil de 1984 no logró su cometido, por la proximidad de las elecciones generales y debido a la crisis política que aconteció durante el año 2001.

La importancia de reformar el Código Civil peruano no sólo fue un tema preocupante en nuestro país. Argentina, Puerto Rico y Bolivia por entonces también habían creado Comisiones Reformadoras para sus respectivos Códigos Civiles.

En aquel contexto, el Congreso de la República y el Instituto de Investigación y Estudios Jurisdiccionales - INDEJ organizaron un congreso histórico en la comunidad jurídica nacional: "El Encuentro de las Comisiones Reformadoras de los Códigos Civiles de Perú, Argentina, Puerto Rico y Bolivia en el mes de agosto de 1999". El Congreso tuvo como sede la ciudad de Arequipa y el sucrito fue designado coordinador general del referido magno evento. En este importante Congreso, que contó con la participación de más sesenta expositores nacionales y extranjeros, las cuatro Comisiones Reformadoras suscribieron el 7 de agosto un documento que se denominó "*El Acta de Arequipa*", la que por su importancia transcribimos:

"Las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico, reunidas en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Civil denominado "Encuentro de las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Perú y Argentina" y "15 años del Código Civil Peruano y su Proceso de Reforma" en la ciudad de Arequipa - Perú, realizado entre el 04 y 07 de agosto de 1999, declaran:

- a) Que la codificación es el método más adecuado para la expresión del derecho privado, como lo demuestra el vasto movimiento codificador que se aprecia en todos los sistemas jurídicos;
- b) Que la vigencia innegable de ese método exige la puesta al día de los códigos existentes, para adecuarlos a las nuevas realidades sociales, culturales, políticas, económicas y tecnológicas;
- c) Que la internacionalización de las relaciones jurídico-económicas y el proceso de globalización imponen perseguir la armonización de las codificaciones en todo cuanto sea posible, incluso en sus lineamientos generales de técnica legislativa, respetando los particularismos de cada sociedad;
- d) Que la armonización en sectores relevantes del derecho privado es posible en América Latina, por la pertenencia a la familia romano-germánica, lo que constituye un indudable factor de identidad cultural;
- e) Que la redacción de los nuevos Códigos o la revisión de los existentes, se ha de hacer sobre la base de algunos principios fundamentales:
 - Su adecuación a la Constitución de cada Estado y a la eventual pertenencia a comunidades de integración;
 - La recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los códigos sigan siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona;
 - La protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación;
 - Reformular los principios de la contratación, los procesos de informatización y de circulación de los bienes,

- para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos, con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad;
- El reconocimiento de las nuevas formas de propiedad;
 - El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad civil;
 - El fortalecimiento de la familia;
 - El respeto por las minorías;
 - El reconocimiento de la identidad cultural de las poblaciones indígenas;
 - El facilitamiento, a través de la legislación interna, de la integración regional.
- f) Que las comisiones de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico se comprometen a:
- Estar en comunicación permanente para intercambiar opiniones e información;
 - Propiciar la difusión de sus trabajos;
 - Recomendar la rápida difusión de sus tareas y la sanción de los códigos o reformas en función de los principios expuestos (...)."

C. Nueva recomposición de la Comisión Reformadora del Código Civil en el 2002. La "Comisión Avendaño"

En el año 2002, el gobierno de entonces, mediante Resolución Ministerial 460-2002-JUS designó una nueva Comisión de Reforma del Código Civil de 1984, esta vez presidida por el doctor Jorge Avendaño Valdez e integrada por los doctores Pedro Arnillas Gamio, Camilo Carrillo Gómez, Manuel Reátegui Tomatis, Marcial Rubio Correa, Javier de Belaunde López de Romaña, Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Delia Revoredo Marsano, Enrique Varsi Rospigliosi y Fernando Vidal Ramírez. A este grupo se sumarían luego Hugo Forno Flórez en su condición de consultor, mediante Resolución Ministerial 239-2004-JUS de 7 de mayo de 2004, y como asesor y secretario de la Comisión se designó al doctor Carlos Soto Coaguila mediante Resolución Ministerial 260-2003-JUS de 4 de julio de 2003.

Sobre el trabajo de esta tercera Comisión, que denominaré *Comisión Avendaño*, su presidente, el doctor Jorge Avendaño, señaló:

"El tema que enfrentó inicialmente la

Comisión es el alcance de las reformas a proponer. Somos plenamente concientes de que el reclamo mayoritario es que no se modifique íntegramente el Código de 1984, tesis que la Comisión comparte. En este sentido, la Comisión acordó proponer únicamente modificaciones necesarias o urgentes. (...)"

La *Comisión Avendaño* se reunió interrumpidamente desde el año 2002 y tal como consta en la primera acta de fecha 6 de enero de 2003, los acuerdos de esta Comisión fueron:

- a) "(...) El trabajo de la Comisión consistiría en proponer reformas o enmiendas urgentes al Código Civil y no elaborar un nuevo texto de Código Civil. En consecuencia, se elaborará una "Ley de Enmiendas al Código Civil de 1984".
- b) Sesionar una vez por semana. Todos los lunes, en el horario de 6 a 8 p.m.
- c) La metodología inicial de la Comisión, la que consistirá en:
 - Distribuir a cada integrante de la Comisión el trabajo de proponer reformas urgentes y necesarias en cada uno de los Libros del Código Civil, incluido el Título Preliminar.
 - Someter los Anteproyectos de Reforma al pleno de la Comisión para su aprobación.
 - Recoger opiniones de instituciones y personas diversas y difundir las Propuestas de Reforma a nivel nacional mediante la organización de audiencias públicas, actividades académicas, como congresos, seminarios, forums, jornadas, conferencias, etc.
- d) Invitar al doctor Carlos Alberto Soto Coaguila, Secretario Técnico de la anterior Comisión de Reforma para que se incorpore al trabajo de la presente Comisión en su condición de Asesor.
- e) Remitir a todos los integrantes de la Comisión los antecedentes y proyectos de la anterior Comisión de Reforma, los mismos que serán proporcionados por el doctor Soto Coaguila para su reproducción.
- f) Los Libros del Código Civil de 1984 que cada integrante de la Comisión revisará a fin de que en la siguiente sesión presenten las Instituciones Jurídicas que deben

- reformarse. Los temas asignados y elegidos por los integrantes de la Comisión son:
- Título Preliminar:
Marcial Rubio Correa
 - Derecho de las Personas:
Juan Espinoza Espinoza
 - Acto Jurídico:
Fernando Vidal Ramírez
Guillermo Lohmann Luca
 - Derecho de Familia:
Enrique Varsi Rospigliosi
Guillermo Lohmann Luca
 - Derecho de Sucesiones:
Guillermo Lohmann Luca
Augusto Ferrero Costa
Camilo Carrillo Gómez
 - Derechos Reales:
Jorge Avendaño Valdez
 - Obligaciones:
Carlos Cárdenas Quirós
 - Contratos-Parte General:
Carlos Alberto Soto Coaguila
 - Contratos Nominados:
Camilo Carrillo Gómez
Guillermo Lohmann Luca
Carlos Alberto Soto Coaguila
 - Responsabilidad Civil Extracontractual:
Juan Espinoza Espinoza
 - Prescripción y Caducidad:
Guillermo Lohmann Luca
Fernando Vidal Ramírez
 - Registros Públicos:
Manuel Reátegui Tomatis
Carlos Cárdenas Quirós
 - Temas varios del Código Civil:
Pedro Arnillas Gamio.
- (...)"

La *Comisión Avendaño* trabajó con mucho entusiasmo todos los lunes en el auditorio del Ministerio de Justicia con el objetivo de lograr una revisión detallada de todas las

instituciones del Código Civil de 1984. Como consta en actas, el objetivo de la Comisión Avendaño era revisar todos los libros del Código Civil de 1984 y proponer reformas sustanciales dirigidas a revitalizar y actualizar el Código para beneficio de la sociedad, la persona humana y el intercambio de bienes y servicios. A este trabajo de revisión lo denominaremos como "Proyecto Extenso".

En el año 2005, el Ministro de Justicia de entonces, doctor Alejandro Tudela Chopitea, solicitó a la *Comisión Avendaño* un Anteproyecto de Reformas al Código Civil a fin de que sea aprobado por el Poder Ejecutivo mediante la modalidad de facultades delegadas¹⁵. La *Comisión Avendaño* respondió al señor Ministro que todavía no había culminado con la revisión de todos los Libros del Código Civil. Ante ello, el Ministro de Justicia consultó a la Comisión si era posible que enviaran únicamente las reformas urgentes y que la Comisión continúe con el trabajo de la revisión de todo el Código Civil (*Proyecto Extenso*). En tal sentido, la *Comisión Avendaño* no cesaría en sus funciones legislativas al momento de remitir el Anteproyecto de Reformas Urgentes, ya que luego de cumplir con este encargo continuaría con su trabajo legislativo de la revisión extensa de todo el Código Civil (*Proyecto Extenso*).

Ante el pedido del Ministro de Justicia, la *Comisión Avendaño* acordó suspender el trabajo de la revisión integral de todas las instituciones del Código Civil (*Proyecto Extenso*) y preparar el Anteproyecto de Reformas Urgentes (que denominaremos "*Proyecto Corto*"), para lo cual la Comisión acordó que el 27 de marzo de 2006 entregaría el Anteproyecto al Ministerio de Justicia.

En febrero y marzo del año 2006, la *Comisión Avendaño* entregó al entonces Ministro de Justicia, doctor Alejandro Tudela Chopitea, y al presidente del Congreso de la República, doctor Antero Flores-Aráoz Esparza, el Anteproyecto de Enmiendas Urgentes al Código Civil y la Exposición de Motivos correspondiente (*Proyecto Corto*). En las cartas que el doctor Jorge Avendaño remitió al Ministro de Justicia de entonces, doctor Alejandro Tudela Chopitea, y al presidente

¹⁵ Mediante proyecto de Ley 14040/2005-PE presentado al Congreso de la República con fecha 9 de noviembre de 2005, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República la delegación de facultades legislativas a fin de proceder a reformar el Código Civil de 1984.

del Congreso de la República, doctor Antero Flores-Aráoz Esparza, precisó lo siguiente:

“La Comisión ha venido reuniéndose semanalmente en el local del Ministerio de Justicia. Como fruto de su trabajo, durante ochenta y cinco semanas, cumple con proponer reformas al Título Preliminar y a los Libros de Personas, Acto Jurídico, Reales y Derecho Internacional Privado, así como a la Sección Sexta, Responsabilidad Extracontractual, del Libro de Fuentes de las Obligaciones.

Me es grato acompañar a la presente el texto del anteproyecto de enmiendas y la exposición de motivos correspondiente (*Proyecto Corto*).

Me permito sugerir, (...) que el anteproyecto y la exposición de motivos que se acompañan, sean publicados a fin de promover un debate en la comunidad jurídica nacional sobre las modificaciones que se proponen para este importante cuerpo legal.

Actualmente la Comisión continúa con el estudio de las modificaciones que se propondrán a los Libros de Familia, Sucesiones, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones (excepto Responsabilidad Extracontractual), Prescripción y Caducidad, y Registros Públicos.”

El Anteproyecto de Reformas Urgentes elaborado (*Proyecto Corto*) por la *Comisión Avendaño* se publicó en diversos medios y se organizaron varios eventos a nivel nacional para su discusión con la finalidad de recoger los comentarios y sugerencias de la comunidad jurídica peruana.

El Ministerio de Justicia, mediante la Resolución Ministerial 043-2006-JUS, dispuso la publicación de las propuestas de reformas urgentes al Código Civil de 1984 y su correspondiente exposición de motivos, elaboradas por la *Comisión Avendaño*. Los proyectos publicados comprendían el Título Preliminar, el Libro de Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Registros Públicos, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

El 9 de marzo del 2006, el doctor Alejandro Tudela Chopitea, Ministro de Justicia, remitió al Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento el Oficio 150-2006-JUS-DM, mediante el cual expone el trabajo realizado

por la Comisión.

Con finalidad de continuar con el trámite legislativo y lograr la delegación de facultades legislativas del Congreso de la República al Poder Ejecutivo, la Comisión Permanente del Congreso de la República invitó a la *Comisión Avendaño* para que sustente las reformas propuestas.

Luego de la presentación de la *Comisión Avendaño* ante la Comisión Permanente del Congreso ocurría un hecho particular no previsto en las leyes que crearon la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, Leyes 26394 y 26673. En lugar de promulgar la ley con las facultades delegadas para aprobar las reformas urgentes al Código Civil elaboradas por la *Comisión Avendaño*, el Congreso de la República decidió constituir una “Comisión Especial de estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil”. Esta decisión se materializó mediante la dación de la Ley 28776 publicada el 7 de julio de 2006.

Esta Comisión Especial de Estudio, de acuerdo al mandato legal conferido por su ley de creación-Ley 28776, debía realizar un estudio de los 141 artículos que constituían las reformas urgentes elaboradas por la *Comisión Avendaño* y presentar sus conclusiones a la Comisión de Constitución y Reglamento y a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso. Los miembros de esta Comisión Especial de Estudio fueron, por el Poder Legislativo: Víctor Rolando Sousa Huanambal, Aurelio Pastor Valdivieso, Mercedes Cabanillas Bustamante, Raúl Castro Stagnaro y Javier Velásquez Quesquén; y por el Poder Ejecutivo, Jorge Muñoz Ziches, Mario Eduardo Castillo Freyre, Miguel Bueno Olazábal, Gastón Fernández Cruz y César Humberto Bazán Naveda.

La Comisión Especial de Estudio, sobre la base de un Informe elaborado por los doctores Mario Castillo Freyre y Miguel Bueno Olazábal, “estudió” los ciento cuarenta y un artículos de las reformas urgentes al Código Civil elaborado por la *Comisión Avendaño* y decidió aceptar la enmienda del Código Civil en 58 artículos, objetar la enmienda de setenta y ocho artículos y proponer una objeción parcial de cuatro artículos, para los que se sugiere un texto viable, que permitiría su aceptación.

Con fecha 29 de marzo de 2011, luego de casi

cinco años de “estudio”, la Comisión Especial de Estudio presentó su “Informe Final” ante la Comisión de Constitución y Reglamento y la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

Pero una vez más el Anteproyecto de Reformas Urgentes no fue aprobado en el Congreso de la República. Era la segunda vez que las reformas urgentes se quedaban en el tintero y en la agenda parlamentaria. Recordemos que la *Comisión Muñiz* lo intentó en el año 2001.

D. El Ministerio de Justicia convoca a la “Comisión Avendaño” en el año 2011

En este momento tal vez es conveniente recordar que por Ley 26394 se creó una Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Luego, por Ley 26673 se modificó la constitución de la Comisión Reformadora, estableciéndose que tendría cinco representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución, uno de los cuales debía presidirla, y ocho representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministro de Justicia. A partir de la mencionada Ley 26673 y mediante la Resolución Ministerial 460-2002-JUS publicada el 3 de diciembre de 2002, la Comisión quedó integrada por los representantes del Poder Legislativo: Jorge Avendaño Valdez, en su condición de presidente, Pedro Arnillas Gamio, Camilo Carrillo Gómez, Manuel Reátegui Tomatis y Marcial Rubio Correa; y como representantes del Poder Ejecutivo: Javier de Belaunde López de Romaña, Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Delia Revoredo Marsano de Mur, Enrique Varsi Rospigliosi y Fernando Vidal Ramírez. A este grupo se sumó Hugo Forno Flórez, nombrado Consultor mediante Resolución Ministerial 239-2004-JUS de 7 de mayo de 2004 y como Asesor y Secretario de la Comisión al suscrito, designado por Resolución Ministerial 260-2003-JUS de 4 de julio de 2003.

Con fecha 24 de febrero de 2005, la *Comisión Avendaño* entregó al presidente del Congreso de la República de entonces doctor Antero Flores-Aráoz Esparza y al señor Ministro de Justicia de entonces doctor Alejandro Tudela Chopitea un Anteproyecto de Reformas

Urgentes al Código Civil de 1984. Las reformas urgentes comprendían el Título Preliminar, Personas, Acto Jurídico, Reales, Sucesiones, Obligaciones, Contratos-Parte General, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

Pese a que la *Comisión Avendaño* entregó un proyecto de reformas urgentes, en cumplimiento de la Ley 26394, debía continuar con el encargo legislativo para proponer las reformas a los demás libros del Código Civil y culminar el denominado “*Proyecto Extenso*”.

El Poder Ejecutivo, mediante Proyecto de Ley 14040/2005-PE de fecha 9 de noviembre de 2005, solicitó al Congreso de la República la delegación de facultades legislativas para reformar el Código Civil; sin embargo, el Congreso de la República, mediante Ley 28776 de fecha 6 de julio de 2006, decidió constituir una Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil.

Luego de casi 5 años de “estudio”, el 29 de marzo de 2011, la Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil emite su Informe Final.

Frente a este hecho, el 2 de marzo de 2011, la Ministra de Justicia de entonces, doctora Rosario del Pilar Fernández Figueroa, mediante Oficio 131-2011-JUS/AT, convocó nuevamente a los miembros de la *Comisión Avendaño* para retomar su trabajo legislativo de Reformar el Código Civil de 1984 y revisar el Informe Final de la Comisión Especial de Estudio creada en el 2006.

Cumpliendo con el encargo, el 7 de marzo de 2011 la *Comisión Avendaño* retornó a su labor legislativa, reuniéndose todos los días lunes en el auditorio del Ministerio de Justicia.

Luego de 5 meses de trabajo, el 20 de julio de 2011, la *Comisión Avendaño* entregó a la Ministra de Justicia, doctora Rosario Fernández Figueroa, el proyecto de reformas urgentes al Código Civil. Este proyecto contenía las reformas a las siguientes partes del Código Civil: Título Preliminar, Personas Jurídicas, Acto Jurídico, Derecho de Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Prescripción y Caducidad, Registros Públicos y Derecho Internacional Privado. La *Comisión Avendaño* decidió continuar con el estudio de las reformas a los libros de Personas Naturales, Derecho de Familia y

Fuentes de las Obligaciones.

La Ministra de Justicia y también Presidenta del Consejo de Ministros, doctora Rosario Fernández, informó a la *Comisión Avendaño* que el Poder Ejecutivo solicitaría al Congreso de la República la delegación de facultades legislativas para aprobar las reformas urgentes al Código Civil. Este hecho se materializó en el Proyecto de Ley 4714/2010-PE de fecha 9 de marzo de 2011.

Sin embargo, el citado proyecto de ley de facultades delegadas no fue debatido en el Congreso de la República.

Una vez más la finalización de la legislatura en el 2011 impidió que las reformas urgentes al Código Civil de 1984 fuesen aprobadas.

Quiero pensar que los trabajos de la Comisión Reformadora no están condenados por la superstición del número 13 (número de miembros que la componen: trece, tal como lo advirtió el doctor Guillermo Lohmann en 1996 cuando se reconstituyó la Comisión Reformadora.

Quiero pensar que las coyunturas no fueron favorables en las tres ocasiones que se intentaron introducir reformas urgentes al Código Civil de 1984 con la finalidad de revitalizarlo y actualizarlo. Recordemos que en el año 2001, la Comisión Muñiz intentó la primera reforma, luego la Comisión Avendaño lo intentaría dos veces, en el 2006 y en el 2011.

El tiempo nos dará las respuestas. Tal vez a estas alturas, el Código Civil ya no requiera reformas urgentes sino una reforma integral, un trabajo de largo aliento dirigido a dotar al Perú de un Código Civil para el siglo XXI.

V. A MODO DE CONCLUSION: NECESIDAD DE REVISAR Y ACTUALIZAR EL CÓDIGO CIVIL DE 1984. CREACIÓN DE UNA COMISIÓN CODIFICADORA PERMANENTE

El Derecho es un orden social destinado a regular y brindar seguridad a las relaciones jurídicas de las personas dentro de la sociedad. Para el logro de tales fines, la *Codificación* debe ser clara, precisa, coherente y sistemática.

El recordado maestro Manuel de la Puente y Lavalle, comentando el carácter de los códigos, expresaba que "(...) debe abandonarse la idea de que el Código Civil sólo debe estar al alcance de los peritos en Derecho; por el contrario, debe tenderse a hacer del Código un instrumento claro y sencillo, que permita a cualquier persona consultarlo y entenderlo"¹⁶.

Coincidimos plenamente con el maestro peruano, ya que *cómo podemos exigirle a un ciudadano que cumpla con la ley si no la entiende*. Teniendo en cuenta los sabios consejos del maestro, creemos que la ley debe ser clara y debe estar redactada en un lenguaje simple, sin tecnicismos. Este es el deber que también tienen los magistrados y autoridades administrativas de todas las instancias de que al dictar sus sentencias lo hagan en forma clara y sencilla y no en un lenguaje que solo lo entienden los iluminados.

La vigencia y eficacia de un Código Civil no deben fundarse en el *papel*. El texto legal debe estar respaldado por la vigencia real y el ejercicio eficaz de los derechos y deberes de las personas, ya que de poco o nada sirve tener un Código Civil cuando sus artículos son oscuros, ambiguos, obsoletos, incompatibles o inaplicables. Si queremos contar con un Código Civil vivo, dinámico, sistemático, funcional y eficaz, es necesario que constantemente se revisen y actualicen sus instituciones. Por ello coincidimos con el profesor Jorge Mosset Iturraspe, cuando advierte que los "(...) Códigos de los tiempos presentes pueden salvarse de la desintegración sólo a partir de las actualizaciones: constantes, ágiles, oportunas, adecuadas"¹⁷.

En consecuencia, la reforma de un código debe ser permanente y constante, y no momentánea ni coyuntural, de allí que el estudio y revisión de los códigos debe formar parte del espíritu y la esencia de la comunidad jurídica. Si el concepto de Derecho parte de la premisa de su dinámica con la sociedad, los Códigos, como expresión de aquél, no pueden carecer de tal observación y crítica continuas.

En este contexto, recordamos que en 1999, el doctor Jorge Muñiz Ziches, por entonces

¹⁶ Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios del Contrato Privado". Tomo I. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. 1983. p. 26.

¹⁷ Véase: MOSSET ITURRASPE, Jorge. "La Codificación en Latinoamérica". En: "Reforma del Código Civil Peruano". Instituto de Investigación Jurídico Notarial – INDEJ. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 1998. p. 24.

presidente de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República y presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984, presentó un proyecto de ley proponiendo la creación de una Comisión Codificadora Permanente, tomando como referencia la existencia –eficiente y eficaz– de una Comisión similar en España. La finalidad de crear una Comisión Codificadora Permanente era evitar que los códigos y leyes orgánicas más importantes se desactualicen y queden obsoletos, por lo que el trabajo de esta Comisión sería revisar permanentemente y proponer las reformas necesarias a los Códigos y leyes Civil, Penal, Comercial, Tributario, Laboral, Societarios, etc. Este proyecto de Ley fue presentado el 2 de julio de 1999 y tenía como finalidad crear Comisiones permanentes de estudio e investigación del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Penal, Ley General de Sociedades, Ley de Títulos Valores, Ley de Arbitraje, Ley de Conciliación y legislación de mecanismos alternativos de solución y de la legislación complementaria. Entre las facultades que tendrían estas Comisiones estaba: (i) proponer anteproyectos; (ii) conformar subcomisiones de trabajo; (iii) coordinar con las instituciones y organismos del Estado que tengan relación con la materia correspondiente; (iv) estudiar la jurisprudencia emitida por el poder judicial, tribunales arbitrales y demás organismos emisores de jurisprudencia; (v) absolver las consultas formuladas sobre los proyectos presentados ante el Congreso de la República, etc. Lamentablemente, por razones políticas, este proyecto no fue aprobado.

Regresando a la necesidad de contar con un Código Civil moderno y vigente, no es extraño que las normas que rigen devengan muchas veces en letra muerta, tampoco es insólito observar que los preceptos legales que en algún momento fueron idóneos para regular determinadas relaciones jurídicas devengan después en obsoletas. En consecuencia, los operadores del Derecho (jueces, profesores y abogados en general), deben advertir las contradicciones y errores que puedan existir al interior de un cuerpo normativo, en este caso el Código Civil, y solucionarlas de tal modo que se dote a la sociedad de leyes que garanticen

la seguridad de sus relaciones jurídicas. En este contexto, debemos tener presente lo que decía el reconocido jurista francés Louis Josserand: “o *el Derecho se adecua a la nueva realidad, o ésta prescinde el Derecho*”.

Desde estas líneas, hacemos un llamado a las autoridades pertinentes (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) para que tomen una decisión respecto a la necesidad de reformar el Código Civil de 1984 y reactiven la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984 creada en 1994 a fin de actualizar el Código Civil a los nuevos tiempos, a la realidad de hoy, y con una visión de futuro para que sus normas perduren en el tiempo.

Para esta nueva tarea legislativa, sugiero que la nueva Comisión esté integrada, además de ilustres juristas y abogados en ejercicio, por prestigiosos Magistrados, pues considero que la correcta jurisprudencia es y debe ser una de las fuentes importantes al momento de elaborar un nuevo Código Civil o las propuestas de enmiendas al Código Civil de 1984 según corresponda.

Seguramente no faltarán voces, en conferencias, artículos y libros, que defiendan las viejas tradiciones como dogmas inquebrantables y que consideren de herético nuestro planteamiento de reformar el Código Civil de 1984, tal vez bajo el argumento de que las cosas no deben alterarse, que el *status quo* no debe cambiarse, que los operadores jurídicos están acostumbrados y familiarizados con las instituciones vigentes, que las cosas están bien así y no tiene sentido cambiarlas¹⁸; que al fin y al cabo todo ello implica ir contra la *tradición jurídica* establecida por el Código Civil de 1984.

A todos habría que decirles, lo que sabiamente enseñaba el Papa Juan XXIII:

“¿La tradición? Pero sabéis ¿qué es la tradición? Es el progreso que fue hecho ayer, como el progreso que nosotros debemos hacer hoy constituirá la tradición de mañana”.

En tal sentido, considero que todos los juristas y operadores del Derecho tenemos el deber moral de participar en este reto: reformar el Código Civil de 1984.

Peruano”. Instituto de Investigación Jurídico Notarial – INDEJ. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 1998. p. 24.

¹⁸ No debe extrañarnos que algunas editoriales y algunos autores de libros levanten sus voces de protesta por los intentos de reforma del Código Civil.



abogados

Gonzalez & Asociados
CONSULTORES LABORALES

LIBRO II ACTO JURIDICO

I. PRESENTACIÓN

Fiel al propósito de la Comisión de modificar solamente aquellos preceptos que fueran indispensables, también en este Libro se ha seguido el mismo criterio.

El artículo 140 se acomoda a los cambios en materia de capacidad y su inciso 2 ha tenido que ser modificado porque en la redacción original se exigía el requisito copulativo de que el objeto fuera física y además jurídicamente posible, lo que ciertamente no es posible en aquellos casos en los que el acto no tiene nada propiamente físico como su objeto. Por eso se ha precisado “en su caso”. También, por evidentes razones de concordancia con el numeral 3 del artículo 219, se ha aludido a la determinabilidad.

El numeral 3 sustituye la expresión “fin” por “finalidad”, que es más apropiada, en el sentido de propósito del acto jurídico singular, lo que es distinto del fin del acto jurídico como institución.

El cambio del numeral 4 es perfectamente explicable. Con frecuencia el ordenamiento contiene una exigencia de formalidad obligatoria, imperativa, pero omite establecer una sanción ante el incumplimiento. Por ejemplo, el artículo 832 del Código dispone que la dispensa de colación debe ser establecida en testamento o en otro instrumento público, pero no contempla la sanción de nulidad. Empero, la expresión “debe” denota que el legislador impone una formalidad.

En materia de representación se han modificado los textos originales para suprimir dudas de interpretación y consiguientemente de aplicación. Por ejemplo, el artículo 148 se presta a numerosas interpretaciones y a dificultades para definir qué se entiende por “acto único para un objeto de interés común”. Además, una lectura excesivamente ancha permitiría suponer que también hay solidaridad cuando la representación sea indistinta o sucesiva. La redacción propuesta es más sencilla, concreta y precisa.

El artículo 153 sobre el pacto de irrevocabilidad fue censurado casi desde la entrada en

vigencia del Código. Salvo opiniones aisladas, la doctrina nacional acepta el pacto de irrevocabilidad, pero se ha cuestionado la manera de haberlo legislado. El texto que se propone precisa los casos en los que se permite el pacto, su duración y sus consecuencias. Las partes podrán estipular el plazo por tanto tiempo cuanto deseen según las circunstancias e intereses, y si no lo determinan es de un año.

La conveniencia de precisar se justifica porque el apoderamiento irrevocable contiene, en estricto, dos pactos: el principal de apoderamiento propiamente dicho y el accesorio de irrevocabilidad durante un plazo. Lo accesorio nunca determina lo principal, de manera que el vencimiento del plazo de irrevocabilidad no ocasiona el decaimiento de las facultades de representación, que duren mientras la revocación no se haga efectiva.

En materia de ratificación las modificaciones han sido en los numerales 3 y 4 del artículo original. La del tercero es indispensable, porque el texto original posibilita que el representante y con quien éste contrate dejen sin efecto el acto jurídico sin darle al representado la posibilidad de ratificarlo. Por tanto, se consideró necesario regular este derecho y el plazo. En el numeral 5 se ha agregado un plazo de caducidad, del que antes se carecía.

En materia de interpretación se han ampliado las reglas. Se trata de criterios que la doctrina acepta sin reparos y que conducen a descubrir el sentido de lo que se hubiera expresado. La intención de la Comisión ha sido, pues, poner de manifiesto que el resultado de la interpretación debe estar de acuerdo con lo expresado pero que lo expresado no es el único elemento de juicio en la tarea interpretativa.

En materia de plazos se han mejorado las normas de acuerdo a las nuevas corrientes y recogiendo experiencias procesales. Así, por ejemplo, se hace menos necesario recurrir a la fijación judicial del plazo.

En nulidad las modificaciones son importantes. Se precisa, en primer lugar, que no podrán pedir la nulidad quienes no tengan interés directo, o sea, que el vicio de nulidad les afecte de manera inmediata; se excluye, pues, el interés indirecto o mediato. Se incorpora una novedad: si el vicio de nulidad

no causa perjuicio no hay interés que justifique la pretensión de nulidad. Piénsese, por ejemplo, en la persona que haya celebrado el acto siendo menor de edad pero que lo haya ejecutado luego de cumplida la mayoría. O si el acto carece de la formalidad necesaria, pero las partes lo han ejecutado sin reparo alguno.

Guillermo Lohmann Luca de Tena

II. REFORMAS APROBADAS POR LA COMISIÓN

TITULO I

Disposiciones generales

Artículo 140.- Noción. Requisitos.

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

1. Sujeto capaz.
2. Objeto jurídica y, en su caso, físicamente posible, determinado o determinable de la relación jurídica respectiva¹.
3. Finalidad lícita.
4. Observancia de la formalidad que la ley establece con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.

TITULO II

Formalidad del acto jurídico

Artículo 143.- Clases de formalidad.

1. Cuando la ley no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.
2. Salvo disposición legal o pacto distinto, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste.

Artículo 144.- Exigencia de la formalidad.

Cuando la ley no establece una formalidad con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, las partes pueden compelerse recíprocamente a satisfacerla.

TITULO III

Representación

Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos.

En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado.

Artículo 150.- Representación común.

Tratándose de un poder otorgado por varias personas, si se hubiera estipulado que la revocación deberá realizarse por todos, la que hiciere alguno de los poderdantes será eficaz sólo para él y deberá indemnizar por los daños que el incumplimiento de la estipulación cause a los demás representados.

Artículo 153.- Poder irrevocable.

1. El poder es irrevocable siempre que se estipule en interés común del representado y del representante o de un tercero y para un acto o actos específicos.
2. La estipulación de irrevocabilidad debe expresar plazo determinado. A falta de éste, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.

Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento.

1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por documento de fecha cierta.
2. El acto celebrado en contravención de lo establecido en el numeral 1 es ineficaz respecto del representado.

Artículo 158.- Sustitución.

1. Mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto. Debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento.
2. La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable.

¹ También se debe modificar el artículo 1403 del CC con el siguiente tenor: "La obligación que es efecto del contrato debe ser lícita. La prestación y el bien, servicio o abstención, que es objeto de ella, deben ser posibles."

3. La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado.
4. El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto.
5. Si el representado concedió la facultad de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección. La acción de responsabilidad por la elección caduca a los tres meses de la fecha que el sustituyente hubiera comunicado la sustitución al representado.
6. El representado puede accionar directamente contra el sustituto por los actos que éste realice.

Artículo 158-A.- Delegación.

1. Salvo disposición distinta del representado, el representante puede delegar todas o parte de sus facultades, y es directamente responsable ante al representado por la elección del delegado y por los actos que éste celebre o ejecute.
2. La delegación no supone la extinción de las facultades del representante.

Artículo 159.- Revocación.

1. La sustitución no puede ser revocada por el representante para reasumir el poder.
2. La delegación puede ser revocada en cualquier momento.

Artículo 162.- Ratificación.

1. En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración.
2. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.
3. El que actúa como representante sin serlo o con facultades insuficientes y el tercero que hubieran celebrado

el acto jurídico, no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su celebración al supuesto representado, quien podrá ratificarlo dentro de los treinta días de haber sido informado del acto mediante comunicación de fecha cierta.

4. Si no lo ratificara, el acto será ineficaz respecto del supuesto representado. Queda a salvo su derecho para exigir al tercero y al supuesto representante la indemnización por los daños causados y, cuando corresponda, procederá la restitución de la prestación.
5. La facultad de ratificar se trasmite a los herederos y caduca al año del fallecimiento de su causante.

Artículo 167.- Representantes especiales.

Los padres, tutores, curadores y demás representantes de sujetos con capacidad restringida² requieren de autorización judicial expresa para celebrar los actos que establece la ley o dispuestos en el acto de nombramiento del representante.

TITULO IV

Interpretación del acto jurídico

Artículo 168.- Lo expresado y el propósito de los declarantes.

1. El acto jurídico debe ser interpretado de conformidad con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.
2. Cuando el sentido literal de las palabras fuera contrario a la voluntad exteriorizada, prevalece ésta sobre aquél.
3. Salvo estipulación distinta, para determinar la voluntad exteriorizada del sujeto o los sujetos, se deberá tener en cuenta su comportamiento total, incluso el anterior y el posterior a la celebración del acto jurídico.

Artículo 169.- Interpretación sistemática. Disposiciones explicativas. Principio de conservación.

1. 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.

² Tener en cuenta que hay que ver si se aprueba lo de sujetos con capacidad restringida.

2. Cuando el acto contenga una disposición explicativa, se entenderán incluidos en ella los supuestos a los que según las circunstancias tal disposición pueda razonablemente aplicarse.
3. El acto jurídico y cada una de sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto, y no en aquel según el cual no tendrían ninguno.

Artículo 170.- Interpretación finalista.

Disposiciones generales. Aplicación de los usos.

1. Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza, objeto y finalidad del acto.
2. Cualquiera que sea la generalidad de las expresiones del acto, no se entenderán incluidos supuestos diferentes de aquellos sobre los que los sujetos se propusieron celebrarlo.
3. Cuando las circunstancias lo requieran, en la interpretación del acto jurídico se debe atender a los usos y costumbres aplicables.

TITULO V

Modalidades del acto jurídico

Artículo 179.- Beneficio del plazo.

Los plazos se presumen establecidos en beneficio de las partes, salvo estipulación distinta.

Artículo 182.- Fijación del plazo.

1. Si en el acto no se estipula plazo determinado para su ejecución se aplica lo dispuesto en el artículo 1240 en cuanto fuera pertinente.
2. Si en el acto no se estipula plazo de duración, se aplica lo dispuesto en el artículo 1365 en cuanto fuera pertinente.
3. Es de aplicación lo dispuesto en los numerales 1 y 2 precedentes cuando la fijación de un plazo haya quedado a voluntad de una de las partes o de un tercero y no lo determinaren dentro del plazo de quince días de haber sido requeridos de manera fehaciente para que lo determinen.

4. La controversia judicial por aplicación de este artículo se tramita como proceso sumarísimo.

TITULO IX

Nulidad del acto jurídico

Artículo 219.- Causales de nulidad.

El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto o éste carece de discernimiento.
2. Cuando se ha celebrado por las personas a las que se refiere el artículo 43, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 o disposición legal diferente.
3. Cuando el objeto de la relación es jurídica o, en su caso, físicamente imposible o cuando es indeterminable.
4. Cuando su finalidad es ilícita.
5. Cuando es aparente por simulación absoluta o relativa.
6. Cuando no reviste la formalidad prescrita con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.

Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio. Efecto.

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada sólo por quienes tengan interés directo o por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes que con conocimiento del vicio hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.

1. Si el Juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el Juez puede declarar la nulidad de oficio.
2. El acto jurídico nulo lo es desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, quedando a salvo el derecho del tercero contratante a título oneroso y de buena fe³.
3. No puede ser convalidado, salvo disposición legal diferente.

³ La Comisión evaluará integralmente los supuestos de protección al tercero para establecer si la protección debe comprender también al tercero contratante a título gratuito.

Artículo 221.- Causales de anulabilidad.

El acto jurídico es anulable:

1. Cuando se haya celebrado por las personas a que se refiere el artículo 44.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Cuando la ley lo declara anulable.

Artículo 222.- Legitimados para solicitar la anulación. Efecto de la declaración.

1. La anulación se pronunciará sólo a petición de parte del sujeto afectado.
2. El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.
3. La declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe.

Artículo 226.- Capacidad restringida de uno de los sujetos.

Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la restricción de capacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sean indivisibles la prestación o su objeto⁴.

Artículo 228.- Restitución de prestaciones.

1. Como consecuencia de la declaración de nulidad o de anulación, procede la restitución de lo recibido o, si esto no fuera posible, de su valor actual.
2. Si la nulidad hubiera sido declarada por aplicación de los artículos 219.2 o 221.1, el sujeto afectado está exonerado de restituir solamente lo que hubiera empleado en su subsistencia.

⁴ Pendiente de concordancia final con lo que se establezca en los artículos 1192 y 1193 del Libro de Obligaciones.

**LIBRO V
DERECHOS REALES**

I. PRESENTACIÓN

El proyecto contiene las reformas consideradas urgentes. La prenda no ha sido incluida porque es un derecho real derogado.

Se han introducido cambios en lo relativo a la adquisición por prescripción, en especial a la posibilidad de que un coposeedor prescriba a su favor cuando su posesión es exclusiva.

En el artículo 952, tercer numeral, se ha insistido en que cuando median la protección registral al adquirente de buena fe y la prescripción adquisitiva, se prefiere la primera.

En lo referente a la hipoteca hay dos modificaciones relevantes: la supresión de las hipotecas legales y la ejecución de la garantía. Respecto de lo primero, se consideró que en casi todos los casos del artículo 1118 la hipoteca se pacta por lo que la hipoteca legal resulta inútil. En cuanto a la ejecución de la garantía, que en la práctica a veces toma años, se ha seguido el modelo de lo dispuesto en la ley de la garantía mobiliaria.

Jorge Avendaño V.

II. REFORMAS APROBADAS POR LA COMISIÓN

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales

Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar.

Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.

SECCIÓN TERCERA

Derechos reales principales

Título II

Propiedad

Artículo 923.- Noción. Ejercicio.

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

Artículo 950.- Prescripción adquisitiva. Requisitos.

1. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.
2. Cuando un bien es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los coposeedores.
3. Cuando un bien es objeto de copropiedad y lo posee sólo alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción, salvo que se pruebe que la posesión fue exclusiva.

Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014.

Artículo 971.- Decisiones de los copropietarios.

Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

1. Unanimidad, para disponer o gravar el bien, así como en los demás casos que establece este Código.
2. Mayoría absoluta, para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, se adopta la decisión por sorteo.

Artículo 985.- Imprescriptibilidad.

La acción de partición es imprescriptible.

Artículo 993.- Plazo y efectos del pacto de indivisión.

1. Los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo no mayor de diez años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente.
2. El pacto de indivisión que no consigne plazo se presume que es por cuatro años.

3. Para que produzca efecto contra terceros, el pacto de indivisión debe inscribirse en el registro correspondiente.
4. Si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo.

Titulo III

Hipoteca

Capítulo Primero

Disposiciones Generales

Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien.

La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado, tanto actuales como futuros, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.

Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro.

La hipoteca sobre un bien futuro queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir.

Artículo 1107.- Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito.

La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos que origine la cobranza. El importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.

Capítulo Quinto

Hipotecas Legales

Artículo 1118.- Se deroga.

Artículo 1119.- Se deroga.

Artículo 1120.- Se deroga.

Artículo 1121.- Se deroga.

Capítulo Sexto

Ejecución de la Hipoteca

Artículo 1118.- Ejecución de la hipoteca.

1. Si es exigible la obligación garantizada con hipoteca, el acreedor puede proceder a la venta del bien afectado en garantía en la forma establecida en los numerales siguientes o en el título constitutivo de la garantía, conforme a lo pactado por las partes. A falta de

pacto o en la situación prevista en el numeral 6, se venderá el bien con arreglo al Código Procesal Civil.

2. En el título se otorgará poder específico e irrevocable a un representante para realizar y formalizar la transferencia del bien afectado en garantía mediante subasta notarial convocada a través de algún medio de comunicación. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. Para estos efectos no son aplicables el segundo numeral del artículo 153 ni el artículo 156.
3. Producido el incumplimiento, de lo cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida simultáneamente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 2 y, en su caso, al constituyente de la garantía, el representante procederá a la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía, después de transcurridos tres días de remitida la carta notarial.
4. Si el bien estuviese afecto a gravámenes anteriores a la hipoteca que dio lugar a la venta por subasta notarial, el representante deberá consignar a la orden del Juez competente, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía que ha dado lugar a la enajenación, el representante consignará a la orden del Juez el saldo del precio que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor. El Juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.
5. Una vez iniciada la ejecución, en ningún caso podrá suspenderse la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta en arbitraje o por el Juez competente conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la enajenación del bien afectado en garantía, bajo responsabilidad.
6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y en su caso al constituyente y al representante, sin que el bien hubiese sido vendido, el acreedor

podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.

7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación al tiempo de la enajenación del bien gravado. El representante es igualmente responsable por el cumplimiento de las estipulaciones pactadas para la venta por subasta notarial.

Artículo 1119.- Venta en caso de hipotecas sucesivas.

Cuando hubiere hipotecas sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada en la forma y en el valor previstos en el título constitutivo de la hipoteca de primer rango.

Artículo 1120.- Modo de entrega del bien hipotecado.

1. Las partes podrán regular mediante pacto el modo de entrega del bien hipotecado.
2. A falta de pacto, el representante encargado de la venta del bien o, en su caso, el adquirente de dicho bien, pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la notificación notarial al deudor y, en

su caso, al constituyente, de que se va a proceder a tomar posesión de éste, hecho lo cual se extenderá la certificación notarial del acto en la que se dejará constancia del estado y características principales del bien hipotecado.

3. El representante encargado de la venta del bien o el adquirente podrán solicitar al Juez competente la entrega del bien hipotecado.

El Juez no correrá traslado del pedido de entrega, y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El Juez expedirá el mandato de entrega por el solo mérito de la solicitud y de la documentación presentada.

4. El mandato de entrega se cursará mediante oficio a la autoridad policial del lugar.

La autoridad policial encargada de ejecutar el mandato judicial a que se refiere el numeral anterior, deberá ejecutarlo dentro de las 24 horas de haberlo recibido. El bien hipotecado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o, en su caso, al adquirente.

Artículo 1121.- Arbitraje.

Las partes pueden someter a arbitraje todas las controversias que se susciten en relación con la hipoteca incluida su ejecución.

LIBRO VI LAS OBLIGACIONES

I. PRESENTACIÓN

Debe señalarse que la reforma que se propone en materia de Obligaciones se circunscribe a aquellos aspectos cuya modificación o supresión se ha considerado absolutamente indispensable. El propósito ha sido ajustar el contenido de determinadas reglas respecto de las cuales se ha advertido que su sentido no resulta el más recomendable atendiendo a las necesidades del tráfico y del equilibrio contractual.

Así, no se justifica que diversas soluciones legislativas en materia de obligaciones en el Código Civil de 1984 tengan como sustento únicamente la regla del *favor debitoris*.

Por ejemplo, a propósito de la elección en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar un bien incierto y con prestaciones alternativas, el Código Civil opta en ambos casos por establecer sobre la base del *favor debitoris* que el derecho a elegir corresponde en principio al deudor, si bien admite que pueda acordarse en favor del acreedor o de un tercero. No resulta justificada dicha solución, pues es razonable considerar que en tales obligaciones lo que corresponde es atender fundamentalmente al interés del acreedor y no al del deudor como principio. Es entonces el acreedor el que debe ostentar la primera opción para determinar el objeto de cumplimiento, particularmente en el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas. Así lo plantea el proyecto.

Otro caso lo plantea el artículo 1171 que establece que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa se la tiene por la segunda. Resolver la duda tomando la obligación por alternativa tiene un sentido práctico que justifica plenamente sus alcances. En efecto, partiendo de los términos del artículo 1171 del Código, ¿cómo identificar indubitablemente la prestación debida y la solutoria?

Este problema se agudizará todavía más si la duda se presenta a propósito de una relación obligatoria constituida por un número de prestaciones mayor de dos, lo que el propio Código no sólo no descarta sino que más bien presupone. En cambio, si la duda se

esclarece en el sentido de que la obligación es alternativa no se suscitarán mayores inconvenientes. Así lo propone el proyecto.

El mismo fundamento del *favor debitoris* tiene la regla del artículo 1183 del Código Civil que consagra como principio la no presunción de la solidaridad. No es ésta una solución coherente con la realidad, particularmente cuando existe pluralidad de deudores. De allí que en el proyecto se opte, para este caso, por presumir la solidaridad.

También se propone modificar la regla del artículo 1238 referida al lugar del pago, que se apoya en el mismo fundamento del *favor debitoris*, de modo que el cumplimiento se efectúe, como principio, en el domicilio del acreedor, dejándose a salvo la posibilidad del pacto en contrario.

Inspirada también en el *favor debitoris*, es cuestionable la solución del Código que establece como regla la necesidad de la intimación por el acreedor para quedar configurada la mora del deudor, particularmente en el caso de que exista establecido expresamente un plazo suspensivo para el cumplimiento.

Debe ser suficiente su retraso en el cumplimiento para que vencido el plazo quede constituido en mora, sin necesidad de interpelación alguna. Por ello, se plantea la reforma del artículo 1333 con el objeto de establecer que habrá constitución automática en mora del deudor cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que operará por su solo vencimiento.

En materia de cláusula penal, el régimen vigente del Código Civil no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. Se autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente excesiva pero no su aumento, en caso de ser notoriamente diminuta, nuevamente sobre la base de la regla del *favor debitoris*.

Ponderando las distintas opciones que ofrece la cuestión, se opta en el proyecto por autorizar al juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, a reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta, siendo nulo todo pacto en contrario. En concordancia con ello, se suprime la indemnización del daño ulterior.

En otros aspectos, conviene llamar la atención sobre algunas propuestas.

Se plantea en el proyecto corregir la confusión en que incurre el Código –al ocuparse de la responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones indivisibles y solidarias– entre el cumplimiento por equivalente pecuniario y la indemnización por daños. También se corrige los errores de contenido de los artículos 1197, segundo numeral, y 1198, que confunden repetición con subrogación y atribuyen efectos liberatorios a la prescripción:

Igualmente, se cubre un vacío, al especificarse las reglas de las obligaciones solidarias que no son aplicables cuando la obligación es además indivisible.

Por resultar más congruente con el carácter solidario de deudores o de acreedores, que impone asumir las consecuencias de los actos atribuibles a cualquiera de ellos, el proyecto contempla que la mora afecte a todos. Es evidente que en tales casos, los deudores o acreedores no culpables podrán obtener el reembolso de lo que hubieran tenido que pagar por concepto de mora contra el culpable, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

El proyecto contempla unificar el régimen de los intereses por mora descartando así la diferenciación que plantean los artículos 1246 y 1324 del Código que no tiene justificación.

También acerca de los intereses se propone generalizar la posibilidad de pactar su capitalización anticipada, pues no existe razón para que tal posibilidad esté limitada privilegiadamente a sólo ciertos casos. Igualmente se plantea reducir a seis meses de atraso en el pago de intereses el plazo para acordar la capitalización de no mediar dicho pacto anticipado.

Respecto de la imputación legal, se esclarece el concepto de la deuda más antigua optando por considerar como tal la que venza primero.

Se perfilan con mayor claridad los alcances de la dación en pago de modo de precisar sus rasgos propios que diferencian la figura de la novación por cambio de objeto.

Acerca del pago indebido se corrige el artículo

1271 del Código de modo de someterlo al principio general de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos. Además, se reduce el plazo de prescripción de la pretensión de restitución de lo indebidamente entregado.

A fin de esclarecer debidamente la naturaleza jurídica de la condonación, el proyecto distingue, de un lado, la existencia de la condonación propiamente dicha, para la cual se requiere únicamente la voluntad del acreedor, y del otro, su eficacia, que exige, sin duda, la aceptación del deudor.

A propósito de la transacción, se descarta en el proyecto la necesidad de la homologación para que produzca efectos plenos.

Carlos Cárdenas Quirós

II. REFORMAS APROBADAS POR LA COMISIÓN

SECCIÓN PRIMERA

Las obligaciones y sus modalidades

TÍTULO I

Obligaciones de dar

Artículo 1133.- Deber de información.

El obligado a dar uno o más bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor.

Artículo 1143.- Elección en los bienes inciertos.

1. En las obligaciones con prestación de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al acreedor, salvo que resulte atribuida al deudor o a un tercero por mandato de la ley, por el título de la obligación o por las circunstancias del caso.
2. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

TÍTULO II

Obligaciones de hacer

Artículo 1156.- Imposibilidad sin culpa de las partes.

Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la relación obligatoria queda resuelta. En este caso, el acreedor está obligado a pagar la contraprestación por la parte proporcional de la prestación ejecutada y el deudor a devolver el exceso que hubiere recibido. Corresponden al acreedor los derechos y acciones relativos a la prestación imposible¹.

CAPITULO TERCERO

Obligaciones con prestación de no hacer

Artículo 1160.- Remisión.

Son aplicables a las obligaciones con prestación de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, 1155, 1156 y 1157.

TITULO IV

Obligaciones alternativas y facultativas

Artículo 1161.- Obligaciones alternativas. Cumplimiento.

1. El obligado a diversas prestaciones alternativas, debe cumplir por completo sólo una o algunas de ellas.
2. Quien deba efectuar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Artículo 1162.- Elección.

1. La elección corresponde al acreedor, salvo que resulte atribuida al deudor o a un tercero por mandato de la ley, por el título de la obligación o por las circunstancias del caso.
2. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.

Artículo 1171.- Caso de duda.

En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa.

TÍTULO VI

Obligaciones divisibles e indivisibles

Artículo 1174.- Beneficio de la división.

El beneficio de la división no puede ser opuesto por el sucesor del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encuentre en posesión del bien debido, si éste es cierto y determinado.

Artículo 1180.- Inejecución.

La obligación indivisible se resuelve en la de

indemnizar los daños irrogados al acreedor. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

Artículo 1181. Remisión.

1. Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.
2. Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, con excepción de lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, 1191, 1200, 1201 y 1202.

TÍTULO VI

Obligaciones mancomunadas y solidarias

Artículo 1183.- Presunción de solidaridad pasiva. Pluralidad de acreedores.

1. Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.
2. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.

Artículo 1184.- Pluralidad de vínculos. Modalidades distintas.

1. La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.
2. Tampoco queda excluida la solidaridad si la obligación no es válida respecto de uno de los deudores o acreedores.
3. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.

Artículo 1185.- Principio de prevención.

1. El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidari-

¹ Comparar con el artículo 1788.

os, mientras no haya sido emplazado judicialmente por alguno. En tal caso, se libera sólo por el pago hecho al acreedor demandante.

2. El acreedor que cobra la deuda responde ante los demás acreedores por la parte que les corresponde en la obligación.

Artículo 1192.- Defensas oponibles.

A cada uno de los acreedores solidarios puede oponérsele sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los acreedores. A su turno, cada uno de los deudores solidarios puede oponer sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los deudores.

Artículo 1194.- Mora.

La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible. El codeudor o coacreedor no culpable tiene derecho al reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

Artículo 1195.- Inejecución.

El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de pagar solidariamente la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

Artículo 1196.- Interrupción de la prescripción.

Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible.

Artículo 1197. Suspensión de la prescripción.

1. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.
2. Sin embargo, el deudor que pagó tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación,

aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción contra el acreedor. A su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.

Artículo 1198.- Renuncia a la prescripción.

1. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho a reembolso contra los codeudores favorecidos con la prescripción declarada.
2. La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.

Artículo 1204.- Insolvencia.

1. Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, incluyendo al que hizo el pago, de acuerdo con sus intereses en la obligación.
2. Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.
3. El deudor solidario que soporta la insolvencia de otro, conserva el derecho a reclamarle posteriormente el reembolso de lo pagado, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

TITULO V

Transmisión de las obligaciones

CAPITULO UNICO

Cesión de derechos

Artículo 1207.- Formalidad.

1. La existencia y contenido de la cesión pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiere celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.
2. Cuando la cesión se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Artículo 1209.- Cesión de derechos sucesorios.

1. Los herederos y legatarios de parte alícuota pueden ceder total o parcial-

mente sus derechos de participación en la sucesión indivisa.

2. El cesionario sucede al cedente en las obligaciones patrimoniales sucesorias de éste.
3. En la cesión que se haga sin especificación de los bienes y derechos que componen la sucesión indivisa, se responde sólo como enajenante de cosa ajena si no fuera cierta la calidad sucesoria.
4. Salvo disposición testamentaria distinta, los coherederos y, en su caso, co-legatarios, tienen preferencia absoluta entre sí, y de acuerdo a su cuota, para la adquisición de la cuota indivisa que uno de ellos desee transferir por cualquier título a quien no sea cosucesor.
5. Si la cesión a quien no sea cosucesor es a título oneroso, se aplican las disposiciones del retracto en cuanto sean pertinentes.

Artículo 1210. Nulidad e ineficacia de la cesión. Excepciones.

1. La cesión será nula cuando se opone a la ley o a la naturaleza de la obligación o de su objeto. Será ineficaz si se opone al pacto con el deudor, salvo lo dispuesto en el numeral siguiente.
2. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión no es oponible al cesionario, salvo que conste del instrumento por el que se constituyó la obligación o se pruebe que el cesionario conocía dicho pacto al momento de la cesión.

Artículo 1216.- No liberación del deudor.

El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

SECCION TERCERA

Efectos de las obligaciones

TITULO II

Pago

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones Generales

Artículo 1221.- indivisibilidad del pago.

1. No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.
2. Sin embargo, cuando la deuda tiene

una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir al acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda.

3. Se entiende por parte líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas sólo con los datos que proporcione el título de la obligación.

Artículo 1225.- Pago al acreedor aparente.

Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímelmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de ella.

Artículo 1229.- Prueba del pago.

1. En las obligaciones con prestación de dar y de hacer, la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.
2. En las obligaciones con prestación de no hacer, si el acreedor alega el incumplimiento del deudor, le corresponde probarlo.

Artículo 1233.- Pago con títulos valores.

1. La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, extinguirá la obligación primitiva sólo cuando hubiesen sido pagados, salvo pacto en contrario o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.
2. Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.
3. La obligación primitiva se extingue igualmente cuando el acreedor trasmite el título a un tercero.

Artículo 1238.- Lugar de pago.

El pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. Designados varios lugares para el pago, el deudor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al acreedor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del deudor.

CAPITULO SEGUNDO

Pago de intereses

Artículo 1246.- Interés por mora.

Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor está obligado a pagar por causa de mora el interés legal. Si antes de la mora se debían intereses, ellos continuarán devengándose

después del día de la mora con la calidad de intereses por mora, sumados al interés legal.

Artículo 1249.- Capitalización de intereses.

1. Puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo disposición legal diferente.
2. A falta de pacto previo, puede acordarse la capitalización de intereses, siempre que medie no menos de seis meses de atraso en el pago de los intereses.
3. En los casos de los numerales 1 y 2, el convenio debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Artículo 1250.- Se deroga.

CAPITULO CUARTO
Imputación del pago

Artículo 1259.- Imputación legal.

No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la que venza primero. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente”.

CAPITULO SEXTO
Dación en pago

Artículo 1265.- Concepto.

Si el acreedor consiente en que el deudor se libere ejecutando una prestación distinta de la debida, la obligación se extingue sólo cuando aquélla se cumple.

Artículo 1266.- Se deroga.

CAPITULO SÉPTIMO
Pago indebido

Artículo 1271.- Buena fe.

El que de buena fe recibe un bien indebidamente hace suyos los frutos percibidos y responde de su pérdida o deterioro en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.

Artículo 1274.- Prescripción de la pretensión.

La pretensión de restitución de lo indebidamente pagado prescribe a los dos años de realizada la entrega.

TÍTULO III

Novación

Artículo 1280.- Novación por cambio de acreedor.

1. En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor.
2. Si no media tal asentimiento, se reputa que hay cesión de derechos.

TITULO V

Condonación

Artículo 1295.- Efectos.

1. La condonación de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.
2. La condonación es eficaz sólo desde que es aceptada por el deudor. Mientras tanto, el acreedor puede retractarse de ella, sin perjuicio del derecho de tercero.

Artículo 1296.- Se deroga.

TITULO VII

Transacción

Artículo 1302. Definición

1. 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.
2. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.
3. La transacción tiene valor de cosa juzgada y causa ejecutoria sin necesidad de homologación judicial.

Artículo 1308. Nulidad o anulabilidad de la obligación.

Si la obligación sobre la cual versa la cuestión dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción será nula. Si fuera anulable y las partes lo manifestarán así expresamente, tiene validez la transacción.

Artículo 1309.- Anulabilidad de la obligación.

Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida.

TITULO IX

Inejecución de obligaciones

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1322.- Daño a la persona.

El daño a la persona, cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de reparación.

Artículo 1324.- Se deroga.

CAPITULO SEGUNDO

Mora

Artículo 1333.- Interpelación. Casos de mora automática.

1. Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
2. No es necesaria la intimación para que la mora exista:
 - a) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

- b) Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su solo vencimiento.
- c) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- d) Cuando la intimación no fuese posible por causa

CAPITULO TERCERO

Cláusula penal

Artículo 1341.- Concepto.

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere, salvo lo dispuesto en el artículo 1346.

Artículo 1346.- Aumento o reducción de la pena.

1. El juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, puede reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta. Es nulo todo pacto en contrario.
2. También podrá reducirla cuando la obligación principal hubiese sido cumplida parcial o irregularmente con asentimiento del acreedor.

35 Años



La Unión

CORREDORES DE SEGUROS S. A. C.

CORREDORES DE SEGUROS S. A. C.

La Unión

Vehículos
Salud
Patrimoniales

Calle la Habana 440 San Isidro, Lima-Perú. Telf.: 421 1575. Fax: 441 4302

LIBRO DE ACTO JURÍDICO



LIBRO DE ACTO JURÍDICO

LIBRO II ACTO JURIDICO: COMENTARIOS A LA REFORMA

Juan Guillermo Lohmann*

La Comisión Reformadora se ha limitado a proponer modificaciones estrictamente necesarias basadas en tres razones básicas: guardar concordancia con otros artículos, modificados o no, corregir la redacción imprecisa o aquellos conceptos errados, y para recoger aportes doctrinarios necesarios en la práctica. Es decir, aunque a juicio de los ponentes hubiese sido recomendable e incluso muy convenientes agregar otras modificaciones, estas se han mantenido al mínimo.

El autor es el miembro de la Comisión Reformadora encargado de la redacción del Libro de Acto Jurídico. Aquí se explicará las razones de estos cambios y su importancia para el ordenamiento jurídico.

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.

“TÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 140.- Noción. Requisitos

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

1. Sujeto capaz.
2. Objeto jurídico y, en su caso, físicamente posible, determinado o determinable de la relación jurídica respectiva¹.
3. Finalidad lícita.
4. Observancia de la formalidad que la ley establece con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.”

Se hubiera deseado una definición más apropiada, pero se ha preferido mantener la actual, ya acrisolada.

En el inciso 1 se sustituye la expresión “agente” por la más exacta de “sujeto”. En el inciso 2 se propone la modificación porque en la redacción actual se exige el requisito copulativo de que el objeto sea física y además jurídicamente posible, lo que ciertamente no es posible en aquellos casos en los que el acto no tiene nada propiamente físico como su objeto. Por eso se ha precisado “en su caso”.

También se ha aludido a la determinabilidad en este inciso por evidentes razones de concordancia con el inciso 3 del artículo 219. El inciso 3 sustituye la expresión “fin” por “finalidad”, que es más apropiada, en el sentido de propósito del acto jurídico singular, lo que es distinto del fin del acto jurídico como institución.

El cambio del inciso 4 es perfectamente explicable. Con frecuencia el ordenamiento contiene una exigencia de formalidad obligatoria, imperativa, pero omite establecer una sanción ante el incumplimiento. Por ejemplo, el artículo 832 del Código dispone que la dispensa de colación debe ser establecida en testamento o en otro

instrumento público, pero no contempla la sanción de nulidad. Empero, la expresión “debe” denota que el legislador impone una formalidad.

“TÍTULO II

Formalidad del acto jurídico

Artículo 143.- Clases de formalidad

1. Cuando la ley no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.
2. Salvo disposición legal o pacto distinto, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste.”

El inciso 1 de la propuesta corresponde al párrafo único del artículo 143, pero se modifica para que tenga concordancia con el inciso 4 del 140.

El inciso 2 sí es novedad y establece para todos los actos jurídicos una regla que el 1413 actual ya dispone para los contratos.

“Artículo 144.- Exigencia de la formalidad

Cuando la ley no establece una formalidad con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, las partes pueden compelerse recíprocamente a satisfacerla.”

La idea ha sido suprimir el concepto de formalidad *ad probationem*, que en realidad es exigencia sumamente discutible, pues si el acto no se pudiera probar en su existencia o contenido con la formalidad que la ley establece, en la práctica el acto no existe. Es una especie de formalidad *ad substantiam* disimulada.

Por otra parte han abonado en pro del cambio otros aportes. Primero, reducir las formalidades al mínimo indispensable. Segundo, que la formalidad que la ley establece pero sin atribuirle carácter

¹ También se debe modificar el artículo 1403 del Código Civil con el siguiente tenor: “La obligación que es efecto del contrato debe ser lícita. La prestación y el bien, servicio o abstención, que es objeto de ella, deben ser posibles.”

imperativo o bajo sanción de nulidad, puede ser exigida en su cumplimiento por cualquiera de los interesados. Tercero, la ciencia y legislación procesal ha suprimido los medios probatorios privilegiados, de modo que la existencia y contenido del acto podrán probarse empleando o recurriendo a todos los medios probatorios y no a uno solo.

“TITULO III

Representación

Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos

En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado.”

En materia de representación se proponen modificaciones de los textos originales para suprimir dudas de interpretación y consiguientemente de aplicación. Por ejemplo, el artículo 148 vigente se presta a numerosas interpretaciones y a dificultades para definir qué se entiende por “acto único para un objeto de interés común”. Además, una lectura excesivamente ancha permitiría suponer que también hay solidaridad cuando la representación sea indistinta o sucesiva. La redacción propuesta es más sencilla, concreta y precisa.

“Artículo 150.- Representación común

Tratándose de un poder otorgado por varias personas, si se hubiera estipulado que la revocación deberá realizarse por todos, la que hiciere alguno de los poderdantes será eficaz sólo para él y deberá indemnizar por los daños que el incumplimiento de la estipulación cause a los demás representados.”

La práctica ha demostrado la rigidez e inconveniencia de la norma original según la cual la revocación de un poder otorgado por varias personas sólo surte efecto si es efectuado por todas. Sus efectos sobre las relaciones comerciales o empresariales han sido muy inconvenientes. La propuesta mantiene incólume el principio, pero lo hace menos severo. En primer lugar la revocación por todos los poderdantes debe haber estado estipulada. Si no lo hubiese estado, se permite sin restricción

la revocación individual. Si se hubiese estipulado, también cabe la revocación, pero si se incumple habrá que indemnizar el daño que se cause. Porque si no causa inconveniente o daño, ¿para qué impedir la revocación individual?

“Artículo 153.- Poder irrevocable

- 1. El poder es irrevocable siempre que se estipule en interés común del representado y del representante o de un tercero y para un acto o actos específicos.**
- 2. La estipulación de irrevocabilidad debe expresar plazo determinado. A falta de éste, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.”**

El texto del artículo 153, sobre el pacto de irrevocabilidad, fue censurado casi desde la entrada la vigencia del Código. Salvo opiniones aisladas, la doctrina nacional acepta el pacto de irrevocabilidad, pero se ha cuestionado la manera de haberlo legislado, porque permite la irrevocabilidad por un tiempo o para un acto especial incluso prescindiendo de los intereses en juego. El texto que se propone precisa que la irrevocabilidad solamente se justifica por la comunidad de intereses de mantener el poder en vigencia y que debe ser para actos determinados, no con carácter general.

A diferencia del texto actual, se propone que las partes podrán estipular el plazo por tanto tiempo cuanto deseen según las circunstancias e intereses, y si no lo determinan es de un año.

La conveniencia de precisar se justifica porque el apoderamiento irrevocable contiene, en estricto, dos pactos: el principal de apoderamiento propiamente dicho y el accesorio de irrevocabilidad durante un plazo. Lo accesorio nunca determina lo principal, de manera que el vencimiento del plazo de irrevocabilidad no ocasiona el decaimiento de las facultades de representación, que durarán mientras la revocación no se haga efectiva.

“Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento

- 1. Para disponer o gravar bienes**

o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por documento de fecha cierta.

2. **El acto celebrado en contravención de lo establecido en el párrafo 1 es ineficaz respecto del representado.”**

Se reduce la exigencia de formalidades y para los actos de disposición y gravamen ya no es menester escritura pública, sino documentos de fecha cierta. No tiene sentido que, por ejemplo, para ventas de poca monta se requiera que el poder conste por escritura pública.

En el inciso 2 se corrige un error en que incurre la norma actual, pues establece una sanción de nulidad sin que quede preciso si afecta el acto de apoderamiento o el acto celebrado en uso del poder que no cumple la formalidad suficiente. Al establecer en la propuesta la ineficacia se permite la ratificación, a diferencia de la nulidad que fulmina el acto de manera insalvable.

“Artículo 158.- Sustitución

1. **Mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto. Debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento.**
2. **La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable.**
3. **La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado.**
4. **El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omite proporcionar al sustituto.**
5. **Si el representado concedió la facultad de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección. La acción de responsabilidad por la elección caduca a los tres meses de la fecha que el sustituyente**

hubiera comunicado la sustitución al representado.

6. **El representado puede accionar directamente contra el sustituto por los actos que éste realice.”**

El propósito ha sido hacer más claro el mecanismo y consecuencias de la sustitución. Es de especial relevancia el plazo de caducidad dispuesto en el inciso 5, pues la intención es que se entienda que después de dicho tiempo el poderdante consiente en la sustitución.

“Artículo 158-A.- Delegación

1. **Salvo disposición distinta del representado, el representante puede delegar todas o parte de sus facultades, y es directamente responsable ante al representado por la elección del delegado y por los actos que éste celebre o ejecute.**
2. **La delegación no supone la extinción de las facultades del representante.”**

La delegación no está actualmente regulada y la norma propuesta pretende cubrir el vacío.

“Artículo 159.- Revocación

1. **La sustitución no puede ser revocada por el representante para reasumir el poder.**
2. **La delegación puede ser revocada en cualquier momento.”**

Los textos se explican por sí mismos y también tratan de cubrir vacíos. Además, el texto actual dispone que el poder sustituido puede ser reasumido por el sustituyente, “salvo pacto distinto” sin que quede claro si es estipulación que debe constar en el poder original o en el acto de sustitución.

“Artículo 162.- Ratificación

1. **En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración.**
2. **La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.**
3. **El que actúa como representante sin serlo o con facultades insuficientes y el tercero que hubieran celebrado**

el acto jurídico, no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su celebración al supuesto representado, quien podrá ratificarlo dentro de los treinta días de haber sido informado del acto mediante comunicación de fecha cierta.

4. Si no lo ratificara, el acto será ineficaz respecto del supuesto representado. Queda a salvo su derecho para exigir al tercero y al supuesto representante la indemnización por los daños causados y, cuando corresponda, procederá la restitución de la prestación.
5. La facultad de ratificar se trasmite a los herederos y caduca al año del fallecimiento de su causante.”

En materia de ratificación las modificaciones han sido para los párrafos tercero y cuarto del artículo original. La del tercero es indispensable, porque el texto original posibilita que el representante y con quien éste contrató dejen sin efecto el acto jurídico sin darle al representado la posibilidad de ratificarlo. Por tanto, se considera necesario regular este derecho y el plazo. En el párrafo quinto se ha agregado un plazo de caducidad, del que antes se carecía.

“Artículo 167.- Representantes especiales Los padres, tutores, curadores y demás representantes de sujetos con capacidad restringida² requieren de autorización judicial expresa para celebrar los actos que establece la ley o dispuestos en el acto de nombramiento del representante.”

Sobre la base de antecedentes de controversias judiciales, la propuesta persigue dejar en claro que se refiere a los representantes legales de incapaces, no a los de personas jurídicas, que tienen tratamiento especial según sea el caso y los estatutos, legislación singular, etcétera.

“TITULO IV

Interpretación del acto jurídico

Artículo 168.- Lo expresado y el propósito de los declarantes

1. El acto jurídico debe ser interpretado de conformidad con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.
2. Cuando el sentido literal de las palabras fuera contrario a la voluntad exteriorizada, prevalece ésta sobre aquél.
3. Salvo estipulación distinta, para determinar la voluntad exteriorizada del sujeto o los sujetos, se deberá tener en cuenta su comportamiento total, incluso el anterior y el posterior a la celebración del acto jurídico.

Artículo 169.- Interpretación sistemática. Disposiciones explicativas. Principio de conservación

1. 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.
2. Cuando el acto contenga una disposición explicativa, se entenderán incluidos en ella los supuestos a los que según las circunstancias tal disposición pueda razonablemente aplicarse.
3. El acto jurídico y cada una de sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto, y no en aquel según el cual no tendrían ninguno.

Artículo 170.- Interpretación finalista. Disposiciones generales. Aplicación de los usos

1. Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza, objeto y finalidad del acto.
2. Cualquiera que sea la generalidad de las expresiones del acto, no se entenderán incluidos supuestos diferentes de aquellos sobre los que los sujetos se propusieron celebrarlo.
3. Cuando las circunstancias lo requieran, en la interpretación del acto ju-

² Es preciso tener en cuenta que se debe esperar a comprobar si se aprueba la cuestión referente a los sujetos con capacidad restringida.

rídico se debe atender a los usos y costumbres aplicables.”

En materia de interpretación se han ampliado las reglas. En cuanto a todas las normas antes citadas, se trata de criterios que la doctrina acepta sin reparos y que conducen a descubrir el sentido de lo que se hubiese expresado. La intención de la Comisión ha sido, pues, poner de manifiesto que el resultado de la interpretación debe estar de acuerdo con lo expresado, pero que lo expresado no es el único elemento de juicio en la tarea interpretativa.

“TITULO V

Modalidades del acto jurídico

Artículo 179.- Beneficio del plazo.

Los plazos se presumen establecidos en beneficio de las partes, salvo estipulación distinta.”

El cambio es fundamental. El texto actual de la norma establece una presunción que favorece al deudor cuando el plazo es suspensivo y abre un amplio margen para interpretación. Es la antigua idea del *favor debitoris*. Con este cambio se guarda concordancia con modificaciones en el mismo sentido en el Libro de Obligaciones.

La Comisión considera que no hay motivo para establecer preferencias entre deudor y acreedor ni distinciones entre plazo suspensivo y resolutorio. Además, con frecuencia en una única relación jurídica el acreedor de una prestación es deudor de otra y viceversa.

Naturalmente, queda a salvo lo que disponga la ley especial.

“Artículo 182.- Fijación del plazo.

- 1. Si en el acto no se estipula plazo determinado para su ejecución se aplica lo dispuesto en el artículo 1240 en cuanto fuera pertinente.**
- 2. Si en el acto no se estipula plazo de duración, se aplica lo dispuesto en el artículo 1365 en cuanto fuera pertinente.**
- 3. Es de aplicación lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 precedentes cuando la**

fijación de un plazo haya quedado a voluntad de una de las partes o de un tercero y no lo determinaren dentro del plazo de quince días de haber sido requeridos de manera fehaciente para que lo determinen.

- 4. La controversia judicial por aplicación de este artículo se tramita como proceso sumarísimo.”**

La propuesta apunta a reducir al máximo los casos en los que sea inevitable acudir a la fijación judicial, y para esa hipótesis establece la vía procedimental. Por aplicación de las reglas de los artículos 1240 y 1365 serán muy pocas las ocasiones en que haya que recurrir a proceso judicial o arbitral para discutir la duración o vencimiento del plazo.

“TITULO IX

Nulidad del acto jurídico

Artículo 219.- Causales de nulidad

El acto jurídico es nulo:

- 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto o éste carece de discernimiento.**
- 2. Cuando se ha celebrado por las personas a las que se refiere el artículo 43, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 o disposición legal diferente.**
- 3. Cuando el objeto de la relación es jurídica o, en su caso, físicamente imposible o cuando es indeterminable.**
- 4. Cuando su finalidad es ilícita.**
- 5. Cuando es aparente por simulación absoluta o relativa.**
- 6. Cuando no reviste la formalidad prescrita con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.**
- 7. Cuando la ley lo declara nulo.**

Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio. Efecto

- 1. La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada sólo por quienes tengan interés directo o por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes que con conocimiento**

del vicio hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.

2. Si el Juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el Juez puede declarar la nulidad de oficio.
3. El acto jurídico nulo lo es desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, quedando a salvo el derecho del tercero contratante a título oneroso y de buena fe³.
4. No puede ser convalidado, salvo disposición legal diferente.”

Respecto a la nulidad del acto jurídico se puede decir que en nulidad las modificaciones son importantes. Con carácter general, se hacen los cambios que exigen las concordancias apropiadas.

Se precisa, en primer lugar, que no podrán pedir la nulidad quienes no tengan interés directo, o sea, que el vicio de nulidad les afecte de manera inmediata; se excluye, pues, el interés indirecto o mediato. Se incorpora una novedad: si el vicio de nulidad no causa perjuicio no hay interés que justifique la pretensión de nulidad. Piénsese, por ejemplo, en la persona que haya celebrado el acto siendo menor de edad pero que lo haya ejecutado luego de cumplida la mayoría. O si el acto carece de la formalidad necesaria, pero las partes lo han ejecutado sin reparo alguno.

Refiriéndonos al artículo 220 se puede destacar que son de particular importancia los numerales 1 y 2 respecto de la nulidad de oficio, corrigiendo los problemas que causa la norma actual.

“Artículo 221.- Causales de anulabilidad

El acto jurídico es anulable:

1. **Cuando se haya celebrado por las personas a que se refiere el artículo 44.**

2. **Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.**
3. **Cuando la ley lo declara anulable.”**

Se suprime la anulabilidad por simulación, que es un defecto.

“Artículo 222.- Legitimados para solicitar la anulación. Efecto de la declaración

1. **La anulación se pronunciará sólo a petición de parte del sujeto afectado.**
2. **El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.**
3. **La declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe.”**

Tiene por objeto aclarar las dudas que cause la defectuosa redacción del texto original.

“Artículo 226.- Capacidad restringida de uno de los sujetos

Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la restricción de capacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sean indivisibles la prestación o su objeto⁴.”

La propuesta tiene por objeto aclarar las dudas que cause la defectuosa redacción del texto original, por una poco exacta traducción del texto en portugués.

“Artículo 228.- Restitución de prestaciones

1. **Como consecuencia de la declaración de nulidad o de anulación, procede la restitución de lo recibido o, si esto no fuera posible, de su valor actual.**
2. **Si la nulidad hubiera sido declarada por aplicación de los artículos 219.2 ó 221.1, el sujeto afectado está exonerado de restituir solamente lo que hubiera empleado en su subsistencia.”**

Establece las consecuencias de declaración de nulidad, de lo que antes se carecía.

³ La Comisión evaluará integralmente los supuestos de protección al tercero para establecer si la protección debe comprender también al tercero contratante a título gratuito.

⁴ Pendiente de concordancia final con lo que se establezca en los artículos 1192 y 1193 del Libro de Obligaciones.

Desarrollo Social

En THEMIS sentimos la necesidad de estar comprometidos con la realidad social de la que somos parte, por ello, en el 2006, se creó la Comisión de Desarrollo Social, que busca difundir la cultura jurídica a personas que viven en situación de pobreza mediante la realización de talleres de derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales como paternidad, alimentos, seguridad ciudadana, violencia familiar, denuncias, entre otros. De tal manera, queremos proveerles de las herramientas necesarias para que conociendo cuáles son sus derechos y deberes en diferentes ámbitos, puedan participar en nuestra sociedad y mejorar, tanto su vida como la de su familia. A lo largo de la historia de THEMIS, hemos logrado capacitar a más de 500 personas.



“Los papás valoran bastante esto y ellos lo aplican. Lo van a saber transmitir. Ya no van a quedarse con los brazos cruzados, sin saber qué hacer. Van a valorar más a su familia y los derechos que tienen.” – Profesora del Colegio Fe y Alegría

De esta manera promovemos la responsabilidad social. Así, ya sea en la realización de un seminario, el lanzamiento de una revista o las publicaciones de Enfoque Derecho, hacemos que la cultura jurídica sea más accesible, promoviendo una formación legal integral.



MANIFIESTO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y SOBRE EL TRABAJO DE LA COMISIÓN REFORMADORA

Freddy Escobar Rozas*

El sistema legal es el reflejo de los acuerdos políticos que las sociedades adoptan en un momento determinado para resolver un conjunto complejo de problemas económicos y morales. Así, el sistema legal no debe reducirse a un conjunto de axiomas y corolarios propios de una ciencia ni a la fe ciega de las creencias del jurista.

Freddy Escobar hace un estudio del surgimiento de los sistemas legales y en particular explora el contenido político del vigente Código Civil. A partir de ello concluye que son necesarias reformas sustanciales que afirmen las libertades de la persona. Con este marco, el autor comenta, finalmente, las principales reformas propuestas para el Libro de Acto Jurídico.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por Harvard Law School. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Socio de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade.

The law cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.

La ley no puede ser tratada como si contuviera sólo axiomas o corolarios de un libro de matemáticas.

Oliver Wendel Holmes (1881)

I. INTRODUCCIÓN

THEMIS-Revista de Derecho ha tenido la gentileza de invitarme a participar en un evento en el que se discutirá el trabajo de la Comisión de Reformadora del Código Civil. Mi labor consistirá en analizar: (i) la necesidad de reformar el Código Civil; y, (ii) las propuestas de modificación al Libro de Acto Jurídico que la referida comisión ha elaborado. Esta es la versión escrita de la ponencia que presentaré en el evento indicado.

II. EL SURGIMIENTO DE LOS SISTEMAS LEGALES

Thomas Hobbes sostuvo que si los hombres permanecieran en estado natural, es decir, sin leyes ni gobiernos, terminarían solos, pobres y embrutecidos a causa de las luchas que inevitablemente se desatarían entre ellos¹. Parece que Hobbes estuvo equivocado. Los antropólogos consideran que durante la mayor parte del tiempo los hombres han vivido sin leyes ni gobiernos. La evidencia arqueológica sugiere que hasta hace 12,000 años atrás, la mayoría de seres humanos vivía en grupos o *bandas*. Las *bandas* carecían de una estructura formal de reglas y de gobierno. Las acciones de sus

miembros eran coordinadas a través de la tradición, del consenso, de la persuasión de los mayores, etc. A pesar de la falta de leyes y de gobiernos, las *bandas* desarrollaron un orden espontáneo de cooperación que no sólo les permitió sobrevivir en un entorno hostil sino además evolucionar².

Las leyes, pues, no fueron necesarias para crear los niveles de cooperación requeridos para la supervivencia o la evolución. Factores biológicos impulsaron a los hombres a buscar cooperación casi de manera instintiva, generando un orden espontáneo que hasta ahora subsiste en diferentes niveles de la vida social³.

¿Por qué surgieron los sistemas legales? En un momento de la evolución, las disputas entre los miembros del grupo se tornaron más complejas y extensas a todo nivel. El crecimiento poblacional, el agotamiento de recursos antes disponibles, el cambio en los entornos ecológicos y la necesidad de expansión de las fronteras agrícolas generaron problemas que, además de involucrar diversos valores o principios en conflicto, afectaban a porciones cada vez más numerosas del estamento social. Los métodos tradicionales (orden espontáneo, cultura, religión, etc.) no podían resolver tales o problemas o, cuanto menos, no podían hacerlo a un costo bajo.

Las instituciones legales surgieron para permitir que las comunidades puedan superar lo complejo, lo controversial y lo arbitrario de la vida social⁴ a través del desarrollo de formas de solución de problemas económicos y morales que no podían ser resueltos—o que no podían ser satisfactoriamente resueltos— a

¹ HOBBS, Thomas. "Leviathan". Cambridge: Cambridge University Press. 1996. p. 89.

² CARNEIRO, Robert L. "A Theory of the Origin of the State". En: Science 21. Volumen 169. 1970. pp. 733 y siguientes.

³ El orden espontáneo es consecuencia de los patrones emergentes que producen tanto los grupos de personas como los grupos de animales. Estos patrones surgen de manera espontánea en los niveles inferiores de la pirámide organizacional y tienen la virtud de generar la uniformidad de conductas grupales *desde abajo hacia arriba*. Esta uniformidad es percibida como *natural* por los miembros de la colectividad y genera un efecto de dependencia en las generaciones futuras (*path dependence*). A diferencia de las reglas impuestas *desde arriba hacia abajo*, los patrones emergentes gozan *per se* de legitimidad en la medida en que nacen de modo no coercitivo. Ver: JOHNSON, Steven. "Emergence. The Connected Lives of Ants, Brains, Cities and Software". Nueva York: Simon and Schuster. 2001. pp. 29 y siguientes.

⁴ "Rights do not come from God, because God does not speak to human beings in a single voice, and rights should exist even if there is no God. Rights do not come from nature, because nature is value-neutral. Rights do not come from logic, because there is little consensus about the a priori premises from which rights may be deduced (...) Rights come from human experience, particularly experience with injustice. We learn from the mistakes of history that a rights-based system and certain fundamental rights—such as freedom of expression, freedom of and from religion, equal protection of the laws, due process, and participatory democracy—are essential to avoid repetition of the grievous injustices of the past. Working from the bottom

bajo costo por mecanismos tradicionales no legales⁵.

El sistema legal, en consecuencia, constituye una respuesta a la necesidad de resolver, no un problema económico o moral en particular, sino un conjunto numeroso, complejo, serio y controversial de problemas económicos y morales⁶. Por tal razón, el sistema legal ha de reflejar los acuerdos políticos que las sociedades adopten de tiempo en tiempo, estos son los acuerdos que fijan las preferencias económicas, morales e institucionales que en una época determinada satisfacen las convicciones, creencias y valores de los ciudadanos.

III. EL CONTENIDO POLÍTICO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El Código Civil ha sido elaborado en función de modelos legislativos que reflejan acuerdos políticos contradictorios, opuestos

e irreconciliables. En efecto, los Libros de Derechos Reales y de Obligaciones han sido elaborados a la luz del Código Civil francés⁷, mientras que el Libro de Contratos ha sido elaborado a la luz del Código Civil italiano de 1942⁸.

El Código Civil francés se basó en dos pilares fundamentales: la razón y la libertad⁹. En función a los mismos consagró principios y reglas que protegían la voluntad individual, la propiedad privada, el libre mercado y la culpa como factor de internalización de costos. El material que alimentó a este código era una mezcla del Derecho romano y de las costumbres existentes en la región norte de Francia¹⁰.

A pesar del surgimiento de la corriente romántica que sostenía que el hombre no sólo actuaba en función de la razón sino también en función de sus emociones¹¹, el Código Civil alemán no pudo resistir la tentación del

up, from a dystopian view of our experience with injustices, rather than from the top down, from a utopian theory of perfect justice, we build rights on a foundational of trial, error, and our uniquely human ability to learn from our mistakes in order to avoid replicating them.” En: DERSHOWITZ, Alan. “Rights from Wrongs. A Secular Theory of Rights”. Nueva York: Basic Books. 204. pp. 8-9.

- ⁵ SHAPIRO, Scott J. “Legality”. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2011. p. 171.
- ⁶ *Ibíd.* p. 173.
- ⁷ “(...) el Código Civil Peruano de 1936 (...) constituye antecedente inmediato del Libro VI del Código Civil de 1984, dedicado al Derecho de Obligaciones. Los preceptos de ese cuerpo legislativo se inspiraron básicamente en las normas del Código Civil peruano de 1852 y su fuente más importante, el Código de Napoleón (...)”. OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Parte. Tomo I. p. 43.
- ⁸ “En el curso de este trabajo veremos cuáles han sido las fuentes del Código en materia contractual (...), no puedo desconocer la enorme influencia que ha tenido el Código Civil italiano de 1942, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta que es el producto de una avanzada cultura y que, en su conjunto, presenta una depurada técnica legislativa”. ARIAS SCHEREIBER, Max. “Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios”. Delia Revoredo Compiladora. Volumen 6. p. 10. En el mismo sentido: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Influencia del Código Civil Italiano en los Libros de las Obligaciones y Contratos en la Codificación Peruana”. En: “Estudios Sobre El Contrato en General”. Leysser L. León Editor. Lima: ARA Editores. 2003. pp. 54 y siguientes.
- ⁹ “The French Revolution of 1789 was widely greeted as the dawn of a new age in human history, an age in which reason would banish superstition from any position of dominance in human affairs, and in which human beings would be able to live together as brothers, enjoying each in equal measure the benefits of freedom (...) The inspiration of the jurists who framed the Code Civil was (...) completely in harmony with the spirit of the age (...) Domat had already indicated the order in which a rational code of law should be arranged. Equally, Pothier during the eighteenth century had already begun the task of actually arranging both the substance of the Roman law of the Digest and the principles underlying the customary laws of France according to a rational, institutional scheme.” Ver: GLYN WATKIN, Thomas. “An Historical Introduction to Modern Civil Law”. Sydney: Ashgate. 1999. pp. 130 y 134.
- ¹⁰ *Ibíd.* p. 136.
- ¹¹ La corriente romántica llegó a generar su propia versión dentro de la iluminación. En efecto, los filósofos morales británicos moldearon un discurso iluminista que se basaba tanto en la razón como en la emoción. A diferencia del discurso iluminista francés, radicalmente opuesto a la religión, el discurso británico aceptó el lado positivo de la religión, aceptando la coexistencia de diversos credos dentro del mismo perímetro social e influyendo en el desarrollo de políticas más receptivas del derecho a ser diferentes, a ser desiguales. La importancia del factor emocional jugó un rol decisivo en esa actitud frente a la religión. Ver: HIMMELFARB, Gertrude. “The Roads to Modernity. The British, French and American Enlightenments”. New York: Vintage Books. 2005. pp. 25 y siguientes.

orden científico¹² ni la fuerza del pensamiento liberal. Al igual que el Código Civil francés, el Bürgerliches Gesetzbuch (“BGB”) se basó en los pilares de la razón y la libertad, consagrando principios afines al modelo liberal. El material que alimentó al BGB es una mezcla de las Pandectas y de las costumbres vigentes en la zona germana¹³.

A diferencia de los dos códigos mencionados, el Código Civil italiano de 1942 respondió a una concepción política contraria a la que privilegia la libertad de los individuos¹⁴. En efecto, el código italiano rindió tributo a la filosofía corporativista, que consideraba que el Estado era una entidad orgánica –y no una institución designada para proteger derechos individuales– cuyos intereses tenían más importancia que los intereses individuales de los miembros que la conformaban. Adicionalmente, el código italiano no fue ajeno a la corriente totalitaria, que propugnaba el control por parte del Estado de todos los aspectos de la vida social, política, cultural, religiosa y económica.

Un ejemplo concreto de cómo los cambios de concepciones políticas impactaron en el entendimiento de las instituciones legales lo hallamos en el causa del contrato. Los comentaristas del Código Civil francés consideraban que la causa del contrato era la

finalidad que las partes buscaban¹⁵. Para que el contrato fuese válido, tal finalidad debía ser lícita. Esto significaba que el contrato era exigible si es que lo que las partes perseguían no violaba norma imperativa alguna. Los comentaristas del Código Civil italiano, por el contrario, consideraban que la causa del contrato era la función *económico-social* que –desde una perspectiva objetiva– el consentimiento debía cumplir¹⁶. La imposición del aspecto *económico* de la causa respondía a la idea –ampliamente compartida en todos los estados europeos– de que las relaciones familiares que habían formado parte de verdaderos feudos económicos y legales durante siglos precedentes fuesen reguladas, no a través de contratos, sino a través de normas estatales basadas en las costumbres y las creencias religiosas locales. La imposición del aspecto “social”, por su parte, respondía a la idea de que los contratos no solo debían ser relevantes para los contratantes sino también para la colectividad en general. En consecuencia, no importaba qué es lo que las partes querían. Importaba cuál era la contribución del contrato al plano *económico-social*. Un funcionario del Estado –el juez– decidía si es que el acuerdo de las partes era socialmente relevante para obtener protección legal¹⁷.

Los códigos civiles mencionados por razones

¹² “Nowhere was this antipathy to the French model more keenly felt during the nineteenth century than in the emerging nation of Germany, where the spirit of romanticism had produced some of the greatest poetry, music and art of the period (...) For Savigny, law was an expression of the tradition of a people and to be acceptable to its subjects had to be a manifestation of their spirit at a particular point in time (...) Despite the tremendous influence of Savigny’s ideas and scholarship, the notion of a codification continued to seduce the jurists and the statesmen of nineteenth-century Germany. Savigny most likely delayed the introduction of a German code but he did not succeed on preventing it. His pupil, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), while upholding many of Savigny’s theses, nevertheless engaged in attempts to reduce the laws of Germany into a scientific order.” Ver: GLYN WATKIN, Thomas. Op. cit. pp. 140-141.

¹³ GLYN WATKIN, Thomas. Op. cit. p. 142.

¹⁴ Sobre la base de las ideas expuestas por el papa Leo XIII en *Rerum Novarum*, surgió en Italia un movimiento que se presentaba como una alternativa esperanzadora a frente al modelo liberal y comunista. Este modelo, sin embargo, terminó dando forma a los Estados más totalitarios que haya conocido el mundo occidental durante el siglo XX. En efecto, de la mano de Gabriele D’Annunzio, el fascismo exaltó el valor supremo del Estado frente al individuo, reduciendo las libertades (económica, política, cultural, etc.) de este último hasta donde fuese necesario para lograr la consolidación de los objetivos corporativos –entre los que brillaba el ideal de la restauración de la supremacía de la raza.

¹⁵ TABOADA, Lizardo. “La Causa del Negocio Jurídico”. Lima: Grijley. 1996. pp. 117 y siguientes.

¹⁶ TABOADA, Lizardo. Op. cit. pp. 253 y siguientes.

¹⁷ “(...) durante la vigencia del modelo de la ideología dirigista, en el cual se inspiraba el legislador del 42, y con la cual se intentó teñir el sistema del Código Civil italiano, la causa fue degradada (...) a instrumento de control de la circulación de la riqueza (circulación realizada mediante el negocio); ello en la medida en la cual –siempre según una visión del ciudadano como funcionario– la fórmula de la función económico-social (invocada en la Relazione al Código Civil también en materia de propiedad y empresa [...]) era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran justamente la propiedad y la empresa)”. Ver: FERRI, Giovanni B. “El Negocio Jurídico”. En: “Teoría General del Negocio Jurídico. Cuatro Estudios Fundamentales”. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: Ara Editores. 2001. p. 226.

de tradición fueron incapaces de reflejar la evolución política de las concepciones sobre las cuales fueron elaborados. Dicha evolución no generó un modelo radicalmente distinto de los dos modelos anteriores sino más bien uno basado en la combinación amorfa e imperfecta de tales modelos, en el que predomina la idea de desarrollar políticas públicas bajo enfoques pragmáticos¹⁸. La legislación especial, esto es, la legislación generada para regular áreas diferentes de las comprendidas por los códigos civiles, es la que mejor refleja esa combinación inacabada de modelos opuestos.

Un ejemplo interesante de este enfoque lo encontramos en la legislación que regula los contratos de estabilidad jurídica. De acuerdo con esta legislación, los referidos contratos

son contratos de Derecho privado y están sometidos al Código Civil. No obstante, los contratos de estabilidad jurídica regulan materias propias del Derecho público; por ejemplo: el régimen de impuesto a la renta¹⁹. La creación de estos contratos respondió a la imperiosa necesidad de fomentar la inversión privada (política pública). En el intento de ofrecer las seguridades y garantías requeridas por los inversionistas privados, el legislador no tuvo reparo alguno en borrar la clásica división entre Derecho Privado y Derecho Público (enfoque pragmático).

El siguiente cuadro, basado en el trabajo de Duncan Kennedy²⁰, resume el impacto que la evolución política ha tenido en el discurso legal de los últimos 160 años:

CRITERIOS	PENSAMIENTO CLÁSICO 1850 – 1914	PENSAMIENTO SOCIAL 1900 – 1968	POLÍTICAS PÚBLICAS 1945 – 2010
Derechos	derechos individuales derechos de propiedad	derechos sociales derechos colectivos	derechos humanos
Igualdad	igualdad formal	justicia social	no discriminación
Ideal Legal	libertad derecho como ciencia	solidaridad ciencia social	Democracia regla de la ley pragmatismo
Centro Legal	derecho privado	derecho público	derecho constitucional
Enfoque Filosófico	positivismo legal	pluralismo legal	multidisciplinariedad enfoques reconstructivos

¹⁸ “Contemporary legal consciousness harbors a plethora of normative reconstruction projects, designed to transcend the opposition of CLT [classical legal thought] and the social, and thereby restore Reason to rulership in law. It also harbors a plethora of methodologies through which legal theorists attempt to achieve a distanced understanding of the relation of law to other domains. In place of, or along side, the normative projects of CLS and the social –utilitarianism, natural rights, social Darwinism, Catholic natural law, Marxism, pragmatism, Conteanism, and so on- we have Legal Process, liberal rights theory (often puzzlingly combined with analytical jurisprudence), efficiency analysis, republicanism, communitarianism, legal neo-pragmatism, feminist legal theory, critical race theory. And that is just the United Statesean array. There is no more a dominant reconstruction Project today than there was a dominant philosophy of law in late 19th century or between the World Wars”. Ver: KENNEDY, Duncan. “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”. En: “The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal”. David Trubek y Alvaro Santos Editores. Cambridge: Cambridge University Press. 2006. p. 66.

¹⁹ El artículo 26 del Decreto Supremo 162-92-EF establece que “[l]os convenios de estabilidad jurídica tienen las siguientes características: (a) Son contratos de derecho civil, por lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil (...). Por su parte, el artículo 19 del referido decreto establece que “[l]a estabilidad jurídica garantiza a los inversionistas y a las empresas en que éstos participan, según el caso, los siguientes derechos: (a) Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta vigente al momento de celebrarse el contrato (...).”

²⁰ KENNEDY, Duncan. Op. cit. p. 20

Ideas Normativas	derecho voluntad culpa	bienestar social	derechos humanos políticas públicas
Idea de Gobierno	estado unitario	Corporativismo	federalismo
Unidad Social	persona	clases sociales minorías nacionales	identidades pluriculturales
Unidad Socio-legal	estado nación	institución	sociedad civil
Fronteras	derecho / moral	derecho / sociología	derecho / política
Instrumento Legal	códigos	legislación especial	constitución / tratado
Técnica Legal	deducción lógica	deducción finalista	equilibrio de intereses neo-formalismo
Agente Legal	profesor	sociólogo	juez
Mercado	libre mercado	mercado planificado	mercado regulado

El Código Civil de 1984 está edificado sobre las bases de dos modelos opuestos: el liberal y el corporativista. Por otro lado, este código está fuertemente influenciado por la Constitución de 1979, marcadamente intervencionista y paternalista. En términos generales es posible afirmar que el Código Civil de 1984 es un instrumento legal más cercano a la concepción corporativista que a la concepción libertaria.

Desde una perspectiva política, el Código Civil de 1984 es un instrumento desfasado que requiere modificaciones sustanciales que reflejen los acuerdos políticos contenidos en

la Constitución vigente.

IV. LA NECESIDAD DE REFORMA

El Código Civil de 1984 no requiere una reforma *técnica* o *conceptual* basada en el *desarrollo doctrinario*²¹.

Lamentablemente, hemos sido educados bajo una concepción que reconoce la existencia de problemas y de soluciones legales a partir de conceptos lógico-formales²². No reconocemos problemas que no puedan ser explicados en función de categorías

²¹ Para una interesante explicación de por qué los problemas legales no son meramente *técnicos*: KENNEDY, Duncan. "The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law". En: *European Review of Private Law* 7. 2001. pp. 7-28.

²² A raíz del redescubrimiento de las Institutas de Justiniano (1080 d.c.), el Derecho Romano, fundamentalmente casuístico, recobró cierta vigencia en Europa continental gracias a la poderosa influencia gremial que en ese entonces ejerció la Universidad de Bologna. En el siglo XVII, sin embargo, el conocimiento casuístico era sinónimo de conocimiento asistemático y, por consiguiente, de conocimiento no científico. La comunidad científica de entonces veía en la geometría el modelo que la ciencia en general debía seguir, en tanto que, al posibilitar la obtención de teoremas mediante inferencias derivadas de axiomas, el método geométrico ofrecía la recompensa de una verdad atemporal libre de las vaguedades de la labor empírica. Por tal razón, Descartes y otros pensadores de la época consideraban que la geometría era la ciencia que debía inspirar a todas las demás disciplinas en su pretensión de convertirse en ciencias. El sabio Gottfried Wilhem Leibniz (1646-1716) –abogado, físico, filósofo, geómetra, ingeniero, político– buscó desde temprana edad revitalizar el poder del Derecho a través de una aproximación científica que prometiese un conocimiento verdadero y cierto de la ley natural, de modo tal que nadie pudiese dudar de su existencia y autoridad. Para ello se basó en el principio de la razón suficiente e impulsó un cambio trascendental en el foco de atención del estudio del Derecho: en lugar de conocer lo que la ley establecía, había que conocer las razones, bases y justificaciones de eso que la ley establecía. Partiendo de la idea final de que el Derecho debía basarse en el ideal de justicia según la voluntad de Dios, Leibniz se embarcó en la elaboración de un código científico, aplicando para ello el método de la geometría. A diferencia de los códigos antiguos –Hammurabi por ejemplo–, que eran una colección de leyes válidas, el código científico era una colección de normas válidas sistemáticamente ordenadas, que podían ser lógicamente deducidas de principios fundamentales. El *Codex Leopoldus*, la obra científica de Leibniz, estaba organizado sobre la base de axiomas y teoremas. De este modo, así como los más diversos teoremas geométricos podían ser explicados a partir de unos cuantos axiomas elementales, las reglas legales contenidas en dicho código podían ser lógicamente derivadas de unos pocos principios de justicia. El objetivo confeso de Leibniz era reducir todo el Derecho Romano a sus principios generales (axiomas) para derivar de tales principios, mediante procedimientos lógicos, todas las reglas legales que la comunidad necesitase (teoremas), de modo tal que cualquier persona común que conociera los axiomas (que no eran numerosos) pudiese resolver el más intrincado problema legal a través de un sencillo proceso

o esquemas previamente validados por los juristas²³. No somos capaces de crear soluciones que no puedan ser sustentadas en conceptos previamente validados por los juristas. El resultado final es que tanto los problemas que vemos como las soluciones que ofrecemos son muy diferentes a los problemas y a las soluciones que los demás ven y requieren, respectivamente²⁴.

Por si esto no fuera poco, sufrimos la tara de la concepción paternalista que en los hechos afirma sin vergüenza alguna la idea de que el Estado sabe más que los ciudadanos acerca de lo que es mejor para ellos. Esta nefasta concepción es una de las causas que genera que el orden espontáneo que toda sociedad desarrolla tenga en nuestro caso un rasgo de marginalidad, de informalidad.

El sistema legal jamás cumplirá su misión si es que los operadores legales no nos desprendemos de: (i) la concepción científica

del Derecho que reduce el sistema legal a un conjunto de axiomas y corolarios; (ii) de la concepción religiosa del Derecho que profesa la pureza del discurso legal y la fe ciega en las creencias del jurista; y, (iii) de la concepción paternalista del Derecho que parte de la premisa de que los funcionarios estatales saben más que los ciudadanos acerca de lo que es mejor para estos últimos.

Si las leyes sólo reflejan teorías o postulados creados en el escritorio de algún profesor universitario, aquéllas fracasarán estrepitosamente. Si deseamos que las leyes sean obedecidas debemos cuidar que aquéllas sean consistentes con las preferencias económicas, morales e institucionales de los ciudadanos; no con las de los académicos.

El Código Civil de 1984 requiere reformas sustanciales. Estas reformas deben afirmar la dignidad de las personas a través de la eliminación de las barreras que limitan sus

deductivo. El Emperador Leopoldo I rechazó el pedido de Leibniz de convertir al Codex Leopoldus en la ley suprema del Imperio Austro-Húngaro. No obstante, con esa obra Leibniz marcó para siempre el destino de una buena parte de la humanidad, pues su método científico no solo inspiró a la Escuela Histórica fundada por Friedrich Carl von Savigny sino que se vio finalmente reflejado en la arquitectura del BGB y en la escuela de la jurisprudencia de conceptos. El resultado último de la labor de Leibniz fue ciertamente irónico. El sabio quiso acercar la ciencia a la justicia para que esta última se fortaleciera; no obstante, la concepción del Derecho que heredamos de aquél, esa que opera con axiomas y teoremas conectados por procesos lógicos formales, privilegia la forma sobre la sustancia, la coherencia deductiva sobre lo económicamente eficiente o moralmente exigible; en suma, el "conocimiento" sobre la justicia. De no haber existido un *script* geométrico sobre el proceso científico, quizás hoy tendríamos un sistema legal mucho más justo y eficiente. Ver: BERKOWITZ, Roger. "The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition". Cambridge-London: Harvard University Press. 2005. pp. 17 y siguientes.

²³ Una categoría es el resultado de un proceso de clasificación (grupal) de elementos, experiencias, ejemplos o argumentos; mientras que un esquema es un conjunto organizado de conocimientos sobre una categoría. Como afirman Chen y Hanson, la categorización (o el uso de categorías) deriva en la clasificación de la información sobre la experiencia, mientras que la esquematización deriva en el conocimiento desarrollado sobre la experiencia. Este conocimiento nos permite extraer inferencias o derivar predicciones. En términos comparativos, mientras las categorías constituyen las *cajas* en las cuales *colocamos* o *guardamos* la información que nos rodea, los esquemas constituyen los cuerpos de conocimiento que hemos desarrollado sobre el contenido de esas cajas y nos sirven para poder inferir o predecir situaciones, conductas o resultados. Ver: CHEN, Ronald y Jon HANSON. "Categorically Biased: The Influence of Knowledge Structures on Law and Legal Theory". En: Southern California Law Review 77. 2004. p. 1132. Una explicación más detallada se encuentra en: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. "Categorías, Esquemas y Sombras. El Caso del Fideicomiso Peruano". En: *Advocatus* 19. 2008. pp. 85 y siguientes.

²⁴ El empleo de categorías y esquemas conduce a resultados paradójicos, originados quizás por nuestras limitaciones cognitivas. En efecto, las categorías y los esquemas han sido creados para representar la realidad que nos rodea en condiciones tales que los componentes de esa realidad resulten procesables y administrables por nosotros. La experiencia, sin embargo, demuestra que generalmente empleamos categorías y esquemas para crear una meta realidad, que resulta de la tendencia que tenemos de explicar los nuevos fenómenos en función de categorías y esquemas pre-existentes; tendencia que encuentra su explicación en nuestras propias limitaciones cognitivas y en el deseo de obtener beneficios al menor costo posible. Así, en lugar de analizar si los nuevos fenómenos responden realmente a categorías y esquemas pre-existentes y, de ser el caso, de desarrollar nuevas categorías y esquemas para representar correctamente la realidad, tratamos de explicar dichos fenómenos en función de categorías y esquemas ya desarrollados, pues ello resulta "menos costoso". En otras palabras, en lugar de tratar de desarrollar categorías y esquemas apropiados para nuevos hechos, forzamos el ingreso de estos últimos en categorías ya desarrolladas y, en consecuencia, explicamos estos nuevos sucesos en función de tales categorías y esquemas, aun cuando no tengan correspondencia. De este modo, las categorías y esquemas nublan nuestra vista, adormecen nuestros sentidos y refuerzan la tradición en su más nocivo sentido.

libertades²⁵ y de las barreras que les permiten evadir las responsabilidades derivadas de sus actos y decisiones²⁶. Libertad y responsabilidad han de ser las guías centrales de la reforma del Derecho privado.

V. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL LIBRO DE ACTO JURÍDICO

La Comisión Reformadora del Código Civil ha presentado un trabajo que contiene veintitrés propuestas de modificación al Libro II del Código Civil. Casi ninguna de ellas refleja una concepción similar a la que defiende en líneas precedentes. No obstante ello, para cumplir con el pedido de la THEMIS-Revista de Derecho, a continuación paso a comentar las referidas propuestas²⁷.

A. Requisitos de validez del acto jurídico

“Artículo 140.- Noción. Requisitos.

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

1. *Sujeto* capaz.
2. Objeto jurídica y, *en su caso, físicamente posible*, determinado o determinable de la relación jurídica respectiva.
3. *Finalidad* lícita.
4. Observancia de la formalidad que la ley establece con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.”(El énfasis es nuestro).

Esta propuesta presenta tres modificaciones: en lugar de *agente* capaz, *sujeto* capaz; en lugar de *fin* lícito, *finalidad* lícita; en lugar de *objeto física y jurídicamente posible*, *objeto jurídicamente posible y, de ser el caso, físicamente posible*. Ninguna de estas modificaciones genera un impacto real. Hasta donde

llega mi conocimiento ningún juez ha declarado inválido un contrato en base a diferenciaciones entre *agente* y *sujeto*, y *fin* y *finalidad*; ni tampoco ha pretendido aplicar el requisito del objeto físicamente posible en casos en los que el componente físico ha estado ausente. Y si algún juez ha hecho algo de esto, el problema es de ese juez, no del Código Civil.

B. Forma del acto jurídico

“Artículo 143.- Clases de formalidad.

1. Cuando la ley *no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad*, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.
2. Salvo disposición legal o pacto distinto, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste.”(El énfasis es nuestro).

Esta propuesta determina que todas las formalidades actuales cuya inobservancia no se encuentren sancionadas con nulidad, pasen a ser formalidades *ad solemnitatem*. En otras palabras, esta propuesta genera que todas las formalidades impuestas por el legislador, tengan o no sanción de nulidad en caso de inobservancia, pasen a tener la misma condición: formalidades obligatorias. Como es obvio, este cambio incrementa automáticamente los costos de transacción.

¿No sería mejor que en lugar de emplear un razonamiento formal –si el legislador impuso una forma, entonces ésta debe ser *ad solemnitatem*– que eleve *per se* los costos de transacción, analicemos si son necesarias las formalidades legales contenidas en el Código Civil? En otras palabras, ¿no sería mejor realizar un trabajo de sustancia que determine qué

²⁵ Innumerables son los ejemplos de barreras que limitan las libertades individuales. Tales ejemplos incluyen prohibiciones de pactar plazos mayores a los que el legislador arbitrariamente establece, prohibiciones de establecer reglas de responsabilidad por debajo del límite que el legislador arbitrariamente establece, etc.

²⁶ Un ejemplo de barrera que permite evadir la responsabilidad derivada del acto propio se encuentra en el texto del artículo 207 del Código Civil, que permite actuar de manera estratégica, provocar el vicio y no internalizar los costos generados. Ver: ESCOBAR, Freddy. “Apuntes Sobre la Responsabilidad por Ineficacia Contractual”. En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2004. pp. 154 y siguientes.

²⁷ He dejado de lado las propuestas sobre interpretación del acto jurídico debido a que serán materia de otro trabajo.

formas legales son razonables y qué formas legales no lo son? ¿No sería mejor invertir un poco de tiempo para librarnos de una buena vez de las formas legales innecesarias?²⁸

C. Responsabilidad de los representantes

“Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos.

En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado.”

La intención de esta propuesta es saludable, ya que la literalidad del texto vigente del artículo 148 permite asignar responsabilidad solidaria a los representantes indistintos, sucesivos, alternos, etc., cuando la lógica de la responsabilidad solidaria descansa en la actuación conjunta de los representantes. Los representantes conjuntos –qué duda cabe– actúan conjuntamente pero los representantes indistintos también pueden hacerlo. Por lo tanto, la responsabilidad solidaria debería operar no sólo en los casos en los que exista representación conjunta sino también en los casos en los que –al margen del tipo de representación– los representantes hayan intervenido en la decisión. Esta propuesta debería considerar esta circunstancia.

C. Responsabilidad de los representantes

“Artículo 150.- Representación común.

Tratándose de un poder otorgado por varias personas, si se hubiera *estipulado* que la revocación deberá realizarse por *todos*, la que hiciera alguno de los poderdantes será eficaz sólo para él y deberá indemnizar por los daños que el incumplimiento de la estipulación cause a los demás representados.”(El énfasis es nuestro).

El texto actual del artículo 150 establece que la revocación del poder otorgado por varios representados solo es posible si todos estos así lo desean. En términos de Calabressi y Melamed, dicho texto contempla una *regla*

de propiedad. Esta propuesta permite que cualquier representado pueda revocar el poder otorgado de manera unilateral, a pesar de haber pactado expresamente que la revocación solo opere cuando todos los representados estén de acuerdo en ella. Por consiguiente, pasamos a estar regidos por una *regla de responsabilidad*²⁹.

Al adoptar una *regla de responsabilidad*, la propuesta comentada admite incumplimientos eficientes en el campo de la representación. La pregunta que surge es si los comisionados permitirán tales incumplimientos en los demás campos. Si la respuesta es negativa, requeriremos una buena explicación para admitir rupturas eficientes en unos casos y prohibirlas en otros.

E. Poder irrevocable

“Artículo 153.- Poder irrevocable.

1. El poder es irrevocable siempre que se estipule en interés común del representado y del representante o de un tercero y para un acto o actos específicos.
2. La estipulación de irrevocabilidad debe expresar plazo determinado. A falta de éste, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.”

Esta propuesta es saludable en la medida en que elimina la restricción temporal de la irrevocabilidad del poder impuesta por el texto actual del artículo 153. Los costos de transacción se reducirán como consecuencia de esta modificación. Pensemos en el siguiente ejemplo: el Banco A ha otorgado un préstamo subordinado al Banco B, con aprobación de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (“SBS”). El préstamo contempla diversos supuestos que generan la aceleración de plazo. Por razones regulatorias, el Banco B no puede pagar antes del plazo inicialmente previsto si no cuenta con autorización de la SBS. El Banco A requiere un poder irrevocable para tramitar ante la SBS, en nombre del

²⁸ Existen innumerables ejemplos de formas legales innecesarias: la carta notarial para resolver un contrato por incumplimiento, la escritura pública para donar un bien inmueble, etc.

²⁹ La regla de propiedad protege la titularidad legal de modo pleno: ningún tercero puede tomar o afectar tal titularidad a no ser que su propietario así lo permita. La regla de responsabilidad protege la titularidad legal de modo semi-pleno: cualquier tercero puede tomar o afectar tal titularidad pagando una indemnización.

Banco B, la autorización de pago anticipado en caso se produzca algún evento de aceleración. De no tener ese poder, el Banco A puede no tramitar la referida autorización y de ese modo convertir las causales de aceleración de plazo en letra muerta. El texto actual del artículo 153 establece que el poder irrevocable tiene un plazo máximo de un año. Para superar esta barrera legal, el Banco A tiene que estructurar alambicadas estructuras contractuales sobre las que pende la amenaza del fraude a la ley. La eliminación del referido plazo máximo evitará la necesidad de recurrir a tales estructuras, con la certeza de que el representado no podrá actuar estratégicamente para desconocer su promesa.

La única observación que puede efectuarse a esta propuesta es la siguiente: ¿Por qué para ser irrevocable el poder debe ser un poder en *interés común*? ¿Por qué no se respeta la voluntad del representante de establecer la irrevocabilidad del poder aunque éste no sea de *interés común*?

F. Forma del poder para disponer o gravar

“Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento.

1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por *documento de fecha cierta*.
2. El acto celebrado en contravención de lo establecido en el numeral 1 es ineficaz respecto del representado.”(El énfasis es nuestro).

El texto actual del artículo 156 exige que el poder para disponer o gravar bienes sea indubitable y conste en escritura pública. Esta propuesta suprime la necesidad de contar con una escritura pública. Los costos de transacción se reducirán ¿Por qué no se utilizó un criterio similar en el caso del artículo 143? ¿Por qué en el caso del artículo 156 reducimos los costos de transacción y en el caso del artículo 143 los incrementamos ciegamente?³⁰

G. Sustitución de representantes

“Artículo 158.- Sustitución.

1. Mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto. Debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento.
2. La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable.
3. La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado.
4. El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto.
5. Si el representado concedió la facultad de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección. La *acción de responsabilidad* por la elección *caduca* a los *tres meses* de la *fecha* que el sustituyente hubiera *comunicado* la *sustitución* al representado.
6. El representado puede accionar directamente contra el sustituto por los actos que éste realice.”(El énfasis es nuestro).

Esta propuesta tiene una finalidad loable: la limitación de la responsabilidad del representante que designa a un sustituto generará más incentivos para que las personas acepten tener la condición de representantes, lo que, a su vez, dinamizará las transacciones contractuales. Esta propuesta, sin embargo, presenta un grave defecto: ¿Por qué el plazo de caducidad de la acción de responsabilidad se computa desde la fecha de comunicación de la designación del sustituto? ¿Qué pasa si transcurren tres meses desde esa fecha y el sustituto aun no ha actuado? Más aun: ¿Qué pasa si, para quedar liberado de

³⁰ ¿Por qué para que alguien pueda disponer o gravar mis bienes la ley solo exige que el poder conste en documento de fecha cierta, mientras que para resolver un contrato la ley exige que la comunicación resolutoria sea notarial?

responsabilidad, el representante instruye al sustituto a actuar después de que transcurran tres meses de la fecha de comunicación de su nombramiento, aun cuando ello suponga dañar al representado?

El plazo previsto en esta propuesta crea incentivos perversos, ya que los representantes oportunistas instruirán a los sustitutos a actuar una vez que el plazo de caducidad de su responsabilidad haya vencido a pesar de que ello sea perjudicial para el representado. El plazo de caducidad debería ser computado de otra forma; en todo caso, sería prudente establecer que el representante no podrá emplear la defensa de la caducidad si es que indebidamente instruyó al sustituto a actuar una vez transcurrido el plazo de dicha defensa.

H. Ratificación de acto ineficaz

“Artículo 162.- Ratificación.

1. En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración.
2. La *ratificación tiene efecto retroactivo*, pero queda a salvo el derecho de tercero.
3. El que actúa como representante sin serlo o con facultades insuficientes y el tercero que hubieran celebrado el acto jurídico, *no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su celebración al supuesto representado, quien podrá ratificarlo* dentro de los treinta días de haber sido informado del acto mediante comunicación de fecha cierta.
4. *Si no lo ratificara, el acto será ineficaz respecto del supuesto representado.* Queda a salvo su derecho para exigir al tercero y al supuesto representante la indemnización por los daños causados y, cuando corresponda, procederá la restitución de la prestación.
5. La facultad de ratificar se trasmite a los herederos y caduca al año del fallecimiento de su causante.”(El énfasis es nuestro).

Esta propuesta no solo es confusa sino inadecuada. Su texto indica que la ratificación tiene efecto retroactivo. Esto significa que en tanto no exista ratificación, el acto celebrado es ineficaz. Pero su texto también indica que

si el supuesto representado no ratifica el acto, entonces éste será ineficaz. ¿La ineficacia del acto depende de que no exista ratificación? ¿No es acaso ineficaz el acto por el simple hecho de haber sido celebrado por alguien que no tiene facultades para vincular al representado? ¿Por qué se vincula la ineficacia con la falta de ratificación?

La propuesta, por otro lado, parte de la idea de que es apropiado que los contratantes, representantes y terceros no puedan eliminar el acto celebrado del espectro legal sin antes haber comunicado al representado la celebración del mismo. Siendo esta idea *per se* discutible (¿por qué el tercero no puede liberarse del acto celebrado de inmediato?), la redacción propuesta genera problemas: ¿Qué pasa si el representante y/o el representado actúan de manera oportunista evitando la notificación de la existencia del acto celebrado? En este supuesto, la carga y el costo de la notificación de la celebración del acto serán del tercero. ¿Pero qué ocurre si ese tercero no puede notificar al representado? Después de todo, el tercero contrata con el representante porque el representado no está a su alcance. En tal hipótesis el tercero estará atado a un acto que si bien no es eficaz puede serlo en cualquier momento en función de la decisión que tome el representado. En términos económicos, por efecto de la ley, el representado tendrá una opción que ejercerá o no dependiendo de la relación existe entre el precio del contrato y el precio de mercado del bien sustituto. A diferencia de las opciones voluntarias, por las que los optantes pagan, el costo de la opción del representado no será asumido por este último sino por el tercero, sin que exista justificación alguna para que esto ocurra. Veamos un ejemplo para graficar el problema en toda su extensión.

Imaginemos que A (comprador) ha celebrado un contrato de compraventa del bien X con B, que actúa en representación de C (vendedor). Imaginemos que el precio pactado es \$ 100. Imaginemos finalmente que B no cuenta con poderes suficientes y que A se da cuenta de esta situación después de haber celebrado el contrato de compraventa. A, como es natural, deseará eliminar el referido contrato para poder adquirir un sustituto de X en el mercado. De acuerdo con la propuesta, para eliminar el contrato de compraventa A y/o B deben comunicar a C que han celebrado dicho contrato. Si B y C actúan de manera oportunista, o si C actúa de manera oportunista, no se producirá la

notificación exigida por la propuesta. Por lo tanto, A deberá realizar tal notificación. ¿Pero qué ocurre si A no sabe cómo notificar a C? En tal hipótesis A no podría eliminar el contrato de compraventa. C gozará de una opción para activar dicho contrato a través de la ratificación. Esta opción le permitirá ratificar el contrato de compraventa en caso que el precio de mercado de X sea menor a \$ 100 y no ratificar dicho contrato en caso que sea mayor a \$ 100 (ya que así podrá vender X a otro tercero por una suma mayor al precio pactado con A). Por efecto de la ley, C habrá ganado una opción sin pagar precio alguno por la misma. El costo de tal opción, que supone no obtener el sustituto de X en tanto no se elimine el contrato de compraventa del espectro legal³¹, será asumido injustamente por A.

I. Plazo

“Artículo 179.- Beneficio del plazo.

Los plazos se presumen establecidos en beneficio de las partes, salvo estipulación distinta.”

Esta propuesta modifica la regla supletoria actual, según la cual el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, por lo que éste puede pagar antes del vencimiento previsto si así lo desea. Con este texto ni el deudor podrá pagar antes del vencimiento del plazo ni el acreedor podrá exigir el pago antes del vencimiento del plazo. Se trata de una regla razonable, que no concede privilegio alguno por el solo hecho de ser deudor o acreedor.

“Artículo 182.- Fijación del plazo.

1. Si en el acto no se estipula plazo determinado para su ejecución se aplica lo dispuesto en el artículo 1240 en cuanto fuera pertinente.
2. Si el acto no se estipula plazo de duración, se aplica lo dispuesto en el artículo 1365 en cuanto fuera pertinente.
3. Es de aplicación lo dispuesto en los numerales 1 y 2 precedentes cuando la fijación de un plazo haya quedado a voluntad de una de las partes o de un tercero y no lo determinaren dentro del plazo de quince días de haber sido

requeridos de manera fehaciente para que lo determinen.

4. La controversia judicial por aplicación de este artículo se tramita como proceso sumarísimo.”

Esta propuesta es curiosa. El texto actual del artículo 182 contempla un supuesto concreto: ¿Qué ocurre cuando las partes no han fijado plazo pero de la naturaleza del acto o de las circunstancias del caso se deduce que el acreedor ha querido o ha aceptado conceder un plazo al deudor? La solución que brinda el referido texto es que el juez fije tal plazo. La propuesta modifica el supuesto de hecho comentado. En efecto, el numeral 1. plantea de la hipótesis de que el acto no tiene plazo de ejecución. Ante esa hipótesis, el numeral en cuestión establece que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1240, según el cual el acreedor puede exigir el pago inmediato. El numeral 2., por su parte, plantea la hipótesis de que el acto no tiene plazo de duración. Ante esa hipótesis, el numeral en cuestión establece que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1365, según el cual cualquiera de las partes puede poner fin a la relación con un pre-aviso de 30 días. Los numerales 3. y 4. desarrollan el ámbito de aplicación de los numerales precedentes. ¿Son necesarios los numerales 1. y 2.? No. Si los eliminamos, igual serán de aplicación los artículos 1240 y 1365 en caso que el acto no tenga plazo de ejecución o de duración, respectivamente. Se trata, pues, de dos numerales innecesarios.

Ahora bien, ¿qué pasa en la hipótesis en la que el acto no tiene plazo pero de su naturaleza o de las circunstancias se deduce que el acreedor ha querido o ha aceptado otorgar plazo al deudor? Con la propuesta, esta pregunta no tendrá respuesta.

J. Nulidad

“Artículo 219.- Causales de nulidad.

El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto o éste carece de discernimiento.
2. Cuando se ha celebrado por las perso-

³¹ Si A tiene aversión al riesgo (como la mayoría de personas), A no obtendrá un sustituto de X mientras el contrato de compraventa no sea eliminado del espectro legal; si lo hace, asumirá el riesgo de que C ratifique tal contrato y haga que A tenga que pagar un precio (presumiblemente) alto por un bien que ya no necesita.

nas a las que se refiere el artículo 43, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 o disposición legal diferente.

3. Cuando el objeto de la relación es jurídica o, en su caso, físicamente imposible o cuando es indeterminable.
4. Cuando su finalidad es ilícita.
5. Cuando es aparente por simulación absoluta o relativa.
6. Cuando no reviste la formalidad prescrita con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.”

Esta propuesta elimina el inciso 8. del actual texto del artículo 219, que establece que el acto es nulo *en el caso del artículo V del Título Preliminar*. Se trata de una eliminación saludable en la medida en que el referido inciso no solo era innecesario sino también contradictorio³².

“Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio. Efecto.

1. La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada sólo por quienes tengan *interés directo* por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes que con conocimiento del vicio hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.
2. Si el Juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el Juez puede declarar la nulidad de oficio.
3. El acto jurídico nulo lo es desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, quedando a salvo el derecho del tercero contratante a título oneroso y de buena fe.
4. No puede ser convalidado, salvo disposición legal diferente.” (El énfasis es nuestro)

Esta propuesta limita la petición de nulidad

por parte de terceros a aquellos casos en los que éstos tengan *interés directo*. Por supuesto que el *interés directo* es un estándar manipulable, que depende de la capacidad de argumentación del abogado. Pero aun cuando podamos definir con precisión cuándo existe un *interés directo*, no queda claro por qué razón quedan excluidos los terceros que tengan *interés indirecto*. Si un interés indirecto es objeto de tutela en materia de responsabilidad extracontractual, ¿por qué no lo es en materia de nulidad? En otras palabras, si el titular de un interés indirecto puede reclamar el pago de una indemnización en sede extracontractual, ¿por qué no puede evitar el daño acudiendo a la acción de nulidad del contrato? ¿Por qué solo quien tiene interés directo puede evitar el daño a través de la referida acción? Otra vez, tenemos un doble estándar de reglas de propiedad y reglas de responsabilidad.

Esta propuesta, por otro lado, elimina la posibilidad de que el juez declare la nulidad de oficio. Si las partes están litigando sobre interpretación o incumplimiento y el juez considera que existe nulidad, el juez sólo puede notificar a las partes con la existencia de la causal de nulidad; si éstas deciden no invocarla, el juez tendrá que decidir cómo se interpreta un contrato nulo o cómo se remedia el incumplimiento de un contrato nulo. Una vez que su decisión quede consentida, ningún otro juez, por razones obvias, podrá declarar la nulidad del contrato. Esto significa que la formalidad solemne, la ilicitud, la imposibilidad jurídica, la incapacidad absoluta, etc., serán anomalías absolutamente disponibles para las partes. Si las partes desean ejecutar un contrato ilegal o un contrato que no reviste la formalidad exigida por la ley, el juez tendrá someter su decisión a la voluntad de aquéllas, emitiendo una sentencia que convalide los efectos de una operación contraria al ordenamiento. En este escenario, la regla que establece que la nulidad no puede ser convalidada –ver numeral 4– es sólo una broma de mal gusto³³.

Esta propuesta es nociva. Si el contrato es nulo, el juez debe declararlo nulo y evitar

³² Ver: ESCOBAR, Freddy. “Causales de Nulidad Absoluta”. En: “Código Civil Comentado”. Lima: Gaceta Jurídica. Tomo I. pp. 913 y siguientes.

³³ Del mismo modo, la regla que establece la obligación del juez de notificar al Ministerio Público la causal de nulidad es una broma de mal gusto. ¿Qué va a hacer el Ministerio Público si las partes no observan la formalidad solemne o pretenden ejecutar un contrato jurídicamente imposible?

así costos al mercado y al sistema. Las partes no deben tener el poder de decidir que la nulidad no tenga consecuencias, que sea neutral, que no afecte sus planes, aun cuando éstos sean contrarios a lo que mínimamente exige el sistema legal.

“Artículo 228.- Restitución de prestaciones.

1. Como consecuencia de la declaración de nulidad o de anulación, procede la restitución de lo recibido o, si esto no fuera posible, de su valor actual.
2. Si la nulidad hubiera sido declarada por aplicación de los artículos 219.2 ó 221.1, el sujeto afectado está exonerado de restituir solamente lo que hubiera empleado en su subsistencia.”

Esta propuesta genera una distribución de pérdidas injusta e ineficiente. Como consecuencia de la invalidez, las partes deben restituir lo que recibieron en los hechos; y si ello no es posible, deben restituir en valor dinerario de lo que recibieron en los hechos. ¿Pero por qué razón han de restituir el valor actual de las prestaciones recibidas? Si ese valor es diferente del pactado en el contrato, la fórmula propuesta supone que alguien ganará y alguien perderá. Veamos un ejemplo:

Imaginemos que A vende a B el bien X a \$ 100. Imaginemos que luego B vende a C el referido bien a \$ 110. Imaginemos finalmente que después de un tiempo A decide demandar la nulidad del contrato celebrado con B. Si el juez declara nulo el referido contrato, B no podrá restituir el bien que recibió, ya que

ahora le pertenece a C (tercero adquirente a título oneroso y con buena fe). B tendrá que restituir el valor del referido bien. ¿Qué valor ha de tomarse en consideración? ¿El valor del contrato nulo? ¿El valor del contrato con C? ¿O el valor actual? Si consideramos esta última opción como la más conveniente, ¿qué ocurre si ese valor es \$ 50? En ese caso, la fórmula legal determinará que B gane ($\$ 110 - \$ 50 = \$ 60$)³⁴ y que A pierda ($\$ 50 - \$ 100 = -\$ 50$)³⁵. ¿Y qué ocurre si el valor en cuestión es \$ 150? En tal supuesto, la fórmula legal determinará que A gane ($\$ 150 - \$ 100 = \$ 50$)³⁶ y que B pierda ($\$ 110 - \$ 150 = \$ 40$)³⁷. ¿Es esto justo? ¿Es esto razonable? ¿La atribución legal de ganancias y pérdidas debe depender de un hecho fortuito como la variación del precio de mercado del bien que no es susceptible de restitución in natura?

Si el contrato es inválido, las partes deben restituir lo que recibieron; si tal cosa no es posible, aquéllas deben restituir el valor que eso que recibieron tenía al momento de la celebración del contrato, ya que en ese momento aceptaron tomar el riesgo de la variación –hacia arriba o hacia abajo– de los precios de mercado de las prestaciones comprometidas³⁸. Si una de las partes es responsable de la causa de invalidez, entonces debe indemnizar a la otra por el daño causado³⁹. Si ninguna de las partes es responsable de la causa de invalidez, entonces cada parte debe asumir la pérdida que la variación de precios de mercado genere. La ley no debe favorecer ni castigar. Si ambas partes tienen responsabilidad en la nulidad o en la anulabilidad, ambas deben internalizar sus pérdidas o tomar sus ganancias.

³⁴ Como B tendrá la obligación de restituir \$ 50 cuando recibió \$ 110 por el bien X, la fórmula legal determinará que B obtenga un resultado neto positivo de \$ 60.

³⁵ Como A tendrá la obligación de restituir \$ 100 y el derecho de recibir \$ 50, la fórmula legal determinará que A obtenga un resultado neto negativo de \$ 50.

³⁶ Como A tendrá la obligación de restituir \$ 100 y el derecho de recibir \$ 150, la fórmula legal determinará que A obtenga un resultado neto positivo de \$ 50.

³⁷ Como B tendrá la obligación de restituir \$ 150 cuando recibió \$ 110 por el bien X, la fórmula legal determinará que B obtenga un resultado neto negativo de \$ 40.

³⁸ Las partes asumen el riesgo de la variación del precio de mercado al momento en que celebran el contrato. Si A (comprador) y B (vendedor) pactan que el precio del bien es \$ 100, A toma el riesgo de que el precio de mercado disminuya y B toma el riesgo de que el precio de mercado aumente. Si al momento de la ejecución el precio de mercado es \$ 80, B habrá ganado, ya que cobrará \$ 100 (precio de contrato) y no \$ 80 (precio de mercado). Inversamente, si al momento de la ejecución el precio de mercado es \$ 120, A habrá ganado, ya que pagará \$ 100 (precio de contrato) y no \$ 120 (precio de mercado). Si la ley altera esta distribución voluntaria de riesgos, el contrato deja de ser útil.

³⁹ Ver: ESCOBAR, Freddy. “Apuntes Sobre la Responsabilidad por Ineficacia Contractual”. En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2004. p. 159.

Alvarez

Consultores y Asesores S.R.L.

Dirección: Jr. Libertad N° 416 - Of. 201 - 202 - Piura

E-mail: acasrl@speedy.com.pe

Teléfonos: 073 - 331755/ 328641/304781

Fax: 073-336496 / R.P.M.: *442099 / Nextel: 829*2880



BALBI

CONSULTORES
ASOCIADOS

Av. Pablo Carriquirri 349, San Isidro
Teléfono: 225-5333 225-5332
balbi@balbiconsultores.com
www.balbiconsultores.com



LIBRO DE DERECHOS REALES



DERECHOS REALES

Jorge Avendaño V.*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

Los derechos reales vienen a ser un numerus clausus de facultades y prerrogativas que relacionan al hombre con las cosas o, en su sentido más amplio, los bienes. Son recogidos por ordenamientos jurídicos desde Roma, y están en constante movilidad. Así, la Comisión de Reforma propone algunas modificaciones al libro de Derechos Reales del Código Civil.

Jorge Avendaño, Presidente actual de la Comisión Reformadora del Código Civil y miembro de dicha comisión desde su fundación en 1994 comenta el proyecto del libro de reales bajo la premisa que las modificaciones se han limitado a las reformas urgentes.

* Abogado. Doctor en Derecho Privado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Presidente de la actual Comisión Reformadora del Código Civil. Socio del Estudio Jorge Avendaño & Forsyth Abogados.

Pienso que las reformas “urgentes” son cosa distinta de las reformas “convenientes”. Nuestra tarea era hacer lo primero. Admito, sin embargo, que en la práctica, lo urgente o necesario tiende a confundirse con lo aconsejable o conveniente.

En este proyecto de Reales hay dos modificaciones que claramente no son urgentes. Son los artículos 882 (prohibición de enajenar o gravar) y los relativos a las hipotecas legales (artículos 1118 al 1121). Todas las demás son en mi concepto necesarias o urgentes. Así, el artículo 923 sobre facultades del propietario, la adquisición por prescripción de un bien común cuando media posesión exclusiva (artículo 950), la preeminencia de la protección registral a la adquisición por prescripción (artículo 952, párrafo 3), las decisiones de los copropietarios cuando no se trata de actos de disposición o gravamen (artículo 971), el pacto de indivisión (artículo 993), la extensión de la hipoteca en cuanto al bien (artículo 1101) y en cuanto al crédito (artículo 1107), la hipoteca de un bien futuro (artículo 1106) y la ejecución de la hipoteca (1118 y siguientes).

No se ha insistido esta vez en la clasificación de bienes en registrados y no registrados porque la ley de la garantía mobiliaria ha derogado los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885, con lo cual el criterio de la movilidad ya está respetado.

“SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales

Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar.

Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.”

El Código actual establece la prohibición absoluta de pactar la prohibición de enajenar o gravar los bienes.

La razón es que los bienes en general están destinados a circular, que es lo que conviene

a la economía. El derecho de propiedad, por otra parte, atribuye a su titular los derechos de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien (ver artículo 923). La facultad de disposición se vería seriamente afectada si pudiese pactarse la prohibición de enajenar o gravar el bien.

El tema es controvertido en la doctrina porque, de otro lado, el propietario, que tiene plenos poderes sobre el bien, debería poder, precisamente en ejercicio de estos poderes y por convenir a su derecho, obligarse a no disponer o gravar el bien.

Sin embargo, en la práctica se ha visto la necesidad de que determinados bienes no se puedan enajenar. Por ejemplo, en algunos proyectos de inversión privada, puede convenir al Estado que los titulares de esos bienes no cambien. Precisamente por esto la Ley General de Sociedades ha establecido en su artículo 101 que se puede establecer la prohibición de enajenar o gravar las acciones de las sociedades pero por un plazo máximo de diez años renovables.

Entre las reformas vigentes del Código Civil se ha incluido una norma semejante. La diferencia radica en que no se ha dicho que los diez años de plazo máximo son renovables. Personalmente opino que este silencio no impide que se celebre un pacto por otros diez años.

“SECCIÓN TERCERA

Derechos reales principales

Título II

Propiedad

Artículo 923.- Noción. Ejercicio.

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.”

Se ha introducido sólo un cambio: se reemplaza el interés social como regulador del ejercicio de los derechos del propietario, por el bien común. La razón es que en el artículo 70 de la Constitución actual se ha incluido el bien común en vez del

interés social que estaba en anteriores constituciones.

“Artículo 950.- Prescripción adquisitiva. Requisitos.

- 1. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.**
- 2. Cuando un bien es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los coposeedores.**
- 3. Cuando un bien es objeto de copropiedad y lo posee sólo alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción, salvo que se pruebe que la posesión fue exclusiva.”**

El primer párrafo es copia textual del actual artículo 950. Los párrafos segundo y tercero son nuevos.

La regla del segundo párrafo tiene como antecedente el artículo 898 del Código de 1936, que se descartó en el Código actual por razones que nunca se explicitaron en la Comisión Reformadora. El fundamento de la norma es que cuando hay coposesión, quien posee no lo hace para sí sino en nombre de todos los coposeedores.

En el tercer párrafo se ha previsto una situación distinta a la del Código actual. El caso es que hay varios copropietarios, pero sólo uno posee en forma exclusiva, es decir, sin reconocer el estado de copropiedad. El Código actual dispone en el artículo 985 que ninguno de los copropietarios puede adquirir por prescripción los bienes comunes, sin admitir excepción alguna. La nueva norma admite la posibilidad de que haya prescripción pero siempre que el poseedor lo sea de modo exclusivo, sin reconocer la copropiedad de los otros copropietarios.

“Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

- 1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.**
- 2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y**

para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

- 3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014.”**

Los dos primeros párrafos repiten lo que dispone el Código actual.

El tercer párrafo pretende resolver una antigua discusión sobre quién tiene preferencia: si el que adquiere por prescripción o el que lo hace bajo la protección del Registro. La figura puede ser la siguiente: Juan es propietario de un inmueble, con derecho inscrito. El poseedor es Manuel, quien está próximo a adquirir por prescripción larga. En estas circunstancias, Jorge compra el bien a Juan e inscribe su adquisición. Al mismo tiempo Manuel culmina sus diez años de prescripción. ¿Quién es el propietario del bien, Jorge que adquirió bajo el amparo del artículo 2014 ó Manuel de conformidad con el artículo 950?

“Artículo 971.- Decisiones de los copropietarios.

Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

- 1. Unanimidad, para disponer o gravar el bien, así como en los demás casos que establece este Código.**
- 2. Mayoría absoluta, para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, se adopta la decisión por sorteo.”**

No hay justificación en que para arrendar el bien común, darlo en comodato o introducir modificaciones en él, sea preciso el voto unánime de los copropietarios. Este debe reservarse a los casos de disposición y gravamen del bien común. La mayoría absoluta es suficiente para todas las demás decisiones, computándose los votos, al igual que hoy, por el valor de las cuotas.

“Artículo 985.- Imprescriptibilidad.

La acción de partición es imprescriptible.”

La norma proyectada recoge lo que queda de este artículo, luego de haberse trasladado su parte final al artículo 950, tercer párrafo.

“Artículo 993.- Plazo y efectos del pacto de indivisión

- 1. Los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo no mayor de diez años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente.**
- 2. El pacto de indivisión que no consigne plazo se presume que es por cuatro años.**
- 3. Para que produzca efecto contra terceros, el pacto de indivisión debe inscribirse en el registro correspondiente.**
- 4. Si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo.”**

El primer párrafo de la norma consignada en el proyecto, contiene un cambio con respecto al Código actual. Es el plazo del pacto de indivisión, que puede alcanzar los diez años y no sólo cuatro. Sin embargo, si los copropietarios no hubiesen consignado plazo, se reputará que es de cuatro años.

“Título III

Hipoteca

Capítulo Primero

Disposiciones Generales

Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien.

La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado, tanto actuales como futuros, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.”

El cambio que se introduce en este artículo está referido a las partes integrantes y a los accesorios, que por cierto están comprendidos en la hipoteca. Pero con esta aclaración: tanto los actuales como futuros. Esta precisión es del todo pertinente porque con frecuencia la hipoteca asegura la construcción de una casa o edificio. Así, el propietario del terreno solicita un crédito para la construcción sobre dicho terreno. El préstamo queda garantizado con hipoteca pero únicamente del terreno porque la edificación aún no existe. El día de mañana

cuando la edificación exista, la hipoteca la cubrirá también a título de parte integrante.

La regla parece obvia porque la doctrina unánimemente reconoce la extensión de la hipoteca en los términos indicados, pero era oportuno aclararlo porque no han faltado sentencias –incluso una célebre del Tribunal Constitucional– que negaron la extensión del gravamen a la edificación posterior y mandaron, una vez producido el incumplimiento, que se sacara a remate sólo el terreno. ¡Como si esto fuera posible habiendo una fábrica encima! El sustento para tan equivocado fallo fue que conforme al artículo 1106 no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.

“Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro.

La hipoteca sobre un bien futuro queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir.”

Esta prohibición de constituir hipoteca sobre bienes futuros, que no estaba incluida en el Código de 1936, fue, como ya se indicó, el fundamento para considerar que la futura construcción sobre el terreno hipotecado no quedaba comprendida en el gravamen.

En general, la regla actual se ha prestado a discusiones, entre otras cosas porque se discute en doctrina qué es un bien futuro, un bien que no existe o uno que aún no se ha adquirido.

Al elaborar este proyecto de reformas urgentes, se tuvo en cuenta lo que dispone el artículo 1534 a propósito de la venta de un bien futuro: el contrato queda sujeto a la condición suspensiva en que llegue a tener existencia.

“Artículo 1107.- Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito.

La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos que origine la cobranza. El importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.”

La norma actual ha dado lugar a sentencias contradictorias. El tema en debate es el de

los intereses. Lo de las primas de seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio de cobro no ofrece mayor problema. Pero lo de los intereses sí porque el monto de la deuda puede crecer significativamente, en especial si el plazo de la deuda es prolongado.

Hay ejecutorias que han dicho que como un requisito de la hipoteca es que ella sea por cantidad determinada o determinable (artículo 1099, inciso 3), los intereses sólo estarán cubiertos hasta el monto de la hipoteca. Se afirma además que el monto del gravamen no puede exceder el importe del capital adeudado porque si así fuera la hipoteca dejaría de ser accesoria, violándose el artículo 1099, inciso 2.

En mi opinión estos argumentos no tienen solidez. No olvidemos que el Código se refiere al monto determinado o determinable. En este último concepto se comprende el importe de los intereses, que se determina en función del tiempo que ha corrido. Sin embargo, para clarificar el asunto y evitar las sentencias contradictorias se ha dicho expresamente que el importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.

“Capítulo Quinto

Hipotecas Legales

Artículo 1118.- Se deroga.

Artículo 1119.- Se deroga.

Artículo 1120.- Se deroga.

Artículo 1121.- Se deroga.”

Se ha considerado conveniente eliminar las hipotecas legales porque en la práctica se las utiliza muy poco. Lo frecuente es que, en los casos del artículo 1118, la hipoteca se pacte. Otra razón para la supresión de estas hipotecas es que, conforme al artículo 1119, ellas se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador. En los hechos ocurre que el acreedor debe estar atento para que esta inscripción de oficio se produzca. Igual podrá estar atento para que se formalice la hipoteca convencional.

“Capítulo Sexto

Ejecución de la Hipoteca

Artículo 1118.- Ejecución de la hipoteca.

1. Si es exigible la obligación garantizada con hipoteca, el acreedor puede proceder a la venta del bien afectado en garantía en la forma establecida en los numerales siguientes o en el título constitutivo de la garantía, conforme a lo pactado por las partes. A falta de pacto o en la situación prevista en el numeral 6, se venderá el bien con arreglo al Código Procesal Civil.
2. En el título se otorgará poder específico e irrevocable a un representante para realizar y formalizar la transferencia del bien afectado en garantía mediante subasta notarial convocada a través de algún medio de comunicación. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. Para estos efectos no son aplicables el segundo numeral del artículo 153 ni el artículo 156.
3. Producido el incumplimiento, de lo cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida simultáneamente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 2 y, en su caso, al constituyente de la garantía, el representante procederá a la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía, después de transcurridos tres días de remitida la carta notarial.
4. Si el bien estuviese afecto a gravámenes anteriores a la hipoteca que dio lugar a la venta por subasta notarial, el representante deberá consignar a la orden del Juez competente, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía que ha dado lugar a la enajenación, el representante consignará a la orden del Juez el saldo del precio que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor. El Juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.

5. **Una vez iniciada la ejecución, en ningún caso podrá suspenderse la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta en arbitraje o por el Juez competente conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la enajenación del bien afectado en garantía, bajo responsabilidad.**
6. **Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y en su caso al constituyente y al representante, sin que el bien hubiese sido vendido, el acreedor podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.**
7. **El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación al tiempo de la enajenación del bien gravado. El representante es igualmente responsable por el cumplimiento de las estipulaciones pactadas para la venta por subasta notarial."**

Largo debate ha provocado la eventual ejecución extrajudicial de la hipoteca. El Poder Judicial también se pronunció sobre ello y dijo que dicha venta extra judicial no es posible en razón de lo dispuesto por la parte final del artículo 1097.

Cuando se discutió el Código actual se logró incluir el artículo 1069, que regulaba la ejecución extrajudicial de la prenda. Con posterioridad a ello, se dictó la ley de la garantía mobiliaria, que establece en detalle cómo se venden, sin intervención judicial, los bienes afectos a la garantía.

En este proyecto se incluye la venta extrajudicial del bien hipotecado con una normatividad muy semejante a la de la garantía mobiliaria.

Es interesante señalar que en otros países el bien hipotecado puede venderse extrajudicialmente. Así, en varios Estados de la Unión Europea y en países de América Latina como Argentina, Chile, Panamá, Colombia y México, la introducción de esta

venta sin juez ha acertado significativamente los plazos de cobro de crédito garantizado.

"Artículo 1119.- Venta en caso de hipotecas sucesivas.

Cuando hubiere hipotecas sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada en la forma y en el valor previstos en el título constitutivo de la hipoteca de primer rango."

Es el caso de que se hayan establecido varias hipotecas sucesivas sobre el mismo bien, pero quien está procediendo a la venta del bien hipotecado no es el primer acreedor sino del segundo en adelante. En este caso la venta debe hacerse de acuerdo a lo pactado por el primer acreedor.

"Artículo 1120.- Modo de entrega del bien hipotecado.

1. **Las partes podrán regular mediante pacto el modo de entrega del bien hipotecado.**
2. **A falta de pacto, el representante encargado de la venta del bien o, en su caso, el adquirente de dicho bien, pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente, de que se va a proceder a tomar posesión de éste, hecho lo cual se extenderá la certificación notarial del acto en la que se dejará constancia del estado y características principales del bien hipotecado.**
3. **El representante encargado de la venta del bien o el adquirente podrán solicitar al Juez competente la entrega del bien hipotecado. El Juez no correrá traslado del pedido de entrega y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El Juez expedirá el mandato de entrega por el solo mérito de la solicitud y de la documentación presentada.**

4. **El mandato de entrega se cursará mediante oficio a la autoridad policial del lugar.**

La autoridad policial encargada de ejecutar el mandato judicial a que se refiere el numeral anterior deberá ejecutarlo dentro de las 24 horas de haberlo recibido. El bien hipotecado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o, en su caso, al adquirente.”

La hipoteca, lo sabemos todos, no despoja al constituyente de la garantía. Este es generalmente el deudor, que es precisamente el incumplidor. En esta norma se regula como entra en posesión el acreedor o el representante encargado de la ejecución del

bien. La regla está también tomada en buena parte de la ley de la garantía mobiliaria.

“Artículo 1121.- Arbitraje.

Las partes pueden someter a arbitraje todas las controversias que se susciten en relación con la hipoteca incluida su ejecución.”

La norma habilita la posibilidad de que las partes sometan a arbitraje todos los conflictos derivados de la hipoteca, incluida su ejecución.

Lima, 7 de octubre de 2011

Jorge Avendaño V.

LA FE PÚBLICA REGISTRAL

Francisco Avendaño Arana*

¿Qué nos ofrece la Comisión Reformadora respecto a la fe pública registral?, ¿se le dará más peso a la buena fe en nuestro ordenamiento?, ¿se le protegerá contra aquel que adquiere por prescripción?

Francisco Avendaño nos plantea algunas modificaciones al Código Civil Peruano, recogidas del Proyecto de Reforma. Nos muestra cómo el registro de bienes puede solucionar y prevenir conflictos sobre propiedad y posesión. Además de eso, sorprende con un análisis (no realizado por la Comisión de Reforma) sobre la información extra registral que afecta la fe pública.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jorge Avendaño & Forsyth Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Reformadora del Código Civil ha propuesto la modificación del Principio de Fe Pública Registral, consagrado en el artículo 2014 del Código Civil. Este principio protege a los terceros que contratan con quien figura con derecho inscrito. El texto actual del artículo 2014 es el siguiente:

“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

El texto alternativo que la Comisión propone es el siguiente:

1. En el caso del Registro de Bienes, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el asiento registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes.
2. En el caso de los Registros de Personas Jurídicas y Naturales, la inexactitud o invalidez de los asientos registrales no perjudicará a quien de buena fe hubiere adquirido un derecho u obtenido algún beneficio patrimonial sobre la base de ellos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes.
3. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud de los asientos registrales o de los títulos archivados correspondientes.
4. Las inscripciones registrales no convalidan los actos que sean nulos o anulables con arreglo a este Código o a otras leyes”.

Con respecto al Registro de Bienes, son cuatro los cambios que se proponen: (i) precisar que el derecho del otorgante no sólo decae por anulación, rescisión o resolución, sino también si es declarado nulo; (ii) determinar que las causas que hacen que se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el derecho de la persona que figura con derecho inscrito, no deben aparecer en los asientos registrales ni en los títulos archivados; (iii) establecer que la buena fe –civil– se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del asiento registral y de los títulos archivados; y, (iv) aclarar que la inscripción registral no convalida actos nulos o anulables.

De otro lado, la Comisión ha propuesto la modificación del artículo 952, que trata sobre la declaración judicial de la prescripción adquisitiva. El texto actual de este artículo señala lo siguiente:

“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

El texto propuesto por la Comisión es el siguiente:

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014”.

El numeral 3 está relacionado con la Fe Pública Registral. Según la propuesta, si se adquiere un derecho de la persona que figura con derecho inscrito, pero resulta que la persona no era titular del derecho porque un poseedor había adquirido el bien por prescripción, la Fe Pública Registral protege al adquirente registral.

En el presente artículo analizaré algunas propuestas de la Comisión Reformadora

vinculadas con el Principio de Fe Pública Registral respecto del Registro de Bienes. En particular, me referiré a las causas que no deben constar en los asientos registrales ni en los títulos archivados, a la prescripción adquisitiva en relación con la Fe Pública Registral y al efecto convalidatorio de la inscripción.

Además, me pronunciaré sobre un tema que no ha sido abordado por la Comisión y que tiene que ver con la información extra registral que afecta la fe pública.

En todos los casos, haré comentarios teniendo en cuenta resoluciones judiciales o registrales.

II. ASIENTO DE INSCRIPCIÓN Y TÍTULO ARCHIVADO

Para que el tercero quede protegido conforme al actual artículo 2014 del Código Civil, se deben cumplir cuatro requisitos: (i) que tenga buena fe; (ii) que su adquisición sea a título oneroso; (iii) que inscriba su derecho; y, (iv) que se anule, rescinda o resuelva el derecho del otorgante por “causas que no consten en los registros públicos”.

Existe polémica en la doctrina nacional acerca del alcance de la expresión “causas que no consten de los registros públicos”. Para algunos, debe entenderse que el vicio no debe aparecer en el asiento registral; para otros, el vicio no debe aparecer en el asiento registral ni del título archivado que lo originó. Es más, para un sector más extremo, el vicio no debe aparecer en los asientos ni títulos archivados de todos los Registros Públicos.

El requisito de la buena fe está directamente relacionado con lo que se entiende por “causas de anulación, rescisión o resolución “que no consten en los registros públicos””. Dependiendo de amplitud de este concepto, la buena fe será entendida de distinta manera. En un caso, alcanzará al conocimiento del asiento registral; en otro, al asiento registral y a los títulos archivados, siempre sin perjuicio del conocimiento de la información extra registral.

En doctrina se han dado razones a favor y en contra de una y otra posición. A pesar de ello, existe la tendencia a favor de que las causas

de anulación, rescisión o resolución no deban aparecer tampoco en los títulos archivados. Por otro lado, en sede judicial no hay discusión alguna. La Corte Suprema en forma reiterada ha venido señalando que por “causas que no consten en los registros públicos” debe entenderse que las causas de anulación, rescisión o resolución no deben constar en el asiento registral, en el título archivado que le da origen ni en los asientos registrales y sus correspondientes títulos archivados de todos los Registros Públicos.

La jurisprudencia se apoya principalmente en la denominada Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984, según la cual:

“(…) limitar la aplicación del principio de fe pública registral al sólo contenido del asiento, tendrá lógica si el público y en particular el que pretende ser tercero, tuviera acceso solamente a los asientos. Sucede, sin embargo, que tenemos acceso también a los libros, títulos archivados, índice y demás documentos, lo cual puede permitir que la publicidad y sus distintas manifestaciones puedan extenderse al concepto más general del término inscripción, esto es, a todo lo que tiene acogida en el registro y no sólo al término restringido del asiento.

También tendría sentido si, como en el caso del sistema francés, nuestro sistema fuera de transcripción, pues en este caso la integridad del título se transcribe en el asiento, de tal modo que cuando una persona estudia el asiento en verdad se encuentra examinando la integridad del título.

Título y asiento, pues, se confunden.

Pero en nuestro sistema, que es de inscripción, lo que aparece del asiento no es sino un resumen del título (...)”¹.

La propuesta de la Comisión va en la línea de la jurisprudencia, es decir que las causas del vicio no deben aparecer en el asiento registral ni en el título archivado que lo origina. Discrepo con la propuesta porque la exigencia de revisar títulos archivados encarece enormemente la contratación.

El sistema legal tiene entre sus funciones la

¹ “Exposición de Motivos Oficial del Código Civil”. Diario oficial “El Peruano”. 19 de noviembre de 1990. p. 16.

de disminuir los costos de transacción. Sin embargo, muchas veces el mismo sistema puede ocasionar el incremento de estos costos. Esto, a su vez, genera informalidad y hace que un país pierda competitividad.

La informalidad tiene diversas causas, tales como las migraciones del campo a la ciudad, las guerras o catástrofes, la diversidad cultural o la pobreza, pero en general se acepta que una de sus causas es el excesivo costo de cumplir con las normas legales. Las elevadas tasas de impuestos, la dificultad en despedir a los trabajadores de las empresas, lo engorroso del sistema de garantías, la dificultad para acceder al crédito, la ineficiencia del sistema de administración de justicia, el número de trámites legales para constituir empresas, para acceder a la vivienda o para cobrar créditos, son causas de informalidad.

Una equivocada regulación puede incrementar los costos de transacción, desincentivando la inversión nacional o extranjera. En otras palabras, elevados costos de transacción implican menor inversión.

En materia de contratación inmobiliaria, adquirir un inmueble cuesta. Hay que ubicar el inmueble e identificar al vendedor, revisar los títulos de la propiedad y verificar que el predio no tenga cargas ni gravámenes. Hay que verificar que el vendedor sea en efecto el dueño, que esté al día en el pago de sus obligaciones tributarias, contratar un abogado, negociar y finalmente celebrar el contrato de compraventa. Todos esos costos, en tiempo y dinero, llamados de transacción, pueden dificultar y hasta impedir que se compre el inmueble. Así, si el bien no está registrado y por tanto si el costo de acceder a la información respecto de los gravámenes que lo afectan es elevado, es más difícil su venta o ésta se produce a un precio menor.

Los principales costos que genera la adquisición de inmuebles están relacionados con la existencia y reconocimiento de los derechos de propiedad. Esto es muy importante porque la propiedad incentiva la inversión en los bienes y su utilización eficiente. Además, hace que los bienes tengan mayor valor y facilita su transferencia y gravamen. Esto último es vital porque la transferencia tiene por objeto que los bienes circulen para que lleguen a quien les puede dar un uso más eficiente. A través del intercambio se asignan los recursos. El gravamen de los bienes, por su lado,

busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Los bienes sirven para acceder al crédito, porque con ellos disminuye el riesgo de no pago que tiene el acreedor. La ausencia del derecho de propiedad, o su inadecuado reconocimiento legal, puede ocasionar que los bienes se estancuen en el mercado, que no sean objeto de intercambios ni sirvan de garantía; lo que genera en buena cuenta que no haya inversión.

Para que cumpla su rol económico, la propiedad debe estar bien determinada. Ello supone no sólo que el titular cuente con un título, sino que el derecho esté debidamente inscrito en los Registros Públicos. Al publicitar las relaciones jurídicas sobre bienes, el Registro Público permite que se conozca fácilmente quién es el titular y los gravámenes que afectan a la propiedad. Además, hace oponible el derecho a terceros, elemento central en el derecho de propiedad. El Registro, entonces, constituye un mecanismo que disminuye los costos de transacción, facilitando el intercambio de los bienes, el acceso al crédito y la consiguiente inversión privada.

Resulta vital por tanto que el sistema registral sea simple y barato y que incentive las inscripciones. Debe ser un sistema que reduzca al mínimo los costos de transacción. Teniendo en cuenta esto, las normas registrales, como el artículo 2014 del Código Civil, deben propiciar la reducción de los costos de transacción.

Resulta pues contrario a la propia función que deben cumplir los registros Públicos, la exigencia de revisar títulos archivados.

Sin perjuicio de todo lo anterior, puede resultar kafkiano revisar títulos archivados. Un ejemplo. Los esposos Ricardo Manuel Cáceres Muñoz y Betzabeth Deifilia Gamero Tejada eran propietarios de un inmueble ubicado en Arequipa. Los mencionados esposos suscribieron una escritura pública sustituyendo su régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. En mérito de la misma escritura pública, transfirieron el inmueble como anticipo de legítima a sus hijos. La separación de patrimonios se inscribió en el Registro Personal de Arequipa, pero la transferencia de propiedad a favor de los hijos no se inscribió en la partida registral del inmueble. Años después, los esposos hipotecaron a favor de un banco el inmueble que habían transferido a sus hijos. En estas circunstancias, los hijos,

dueños del inmueble, demandaron la nulidad de la hipoteca. El Juez declaró infundada la demanda. La Corte Superior la revocó declarándola fundada. Finalmente, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación (Casación 227-2002 Arequipa, publicada en El Peruano el 30 de octubre de 2003). Es decir, para la Corte Suprema la hipoteca fue nula. En su resolución, la Corte Suprema sostuvo que el artículo 2014 del Código Civil no amparaba al banco porque en el título archivado que dio origen a la separación de patrimonios constaba que el inmueble había sido anticipado a los hijos, lo que significaba que el banco no tenía buena fe 2014².

En el caso mencionado, ¿era razonable exigir al banco que revisara los títulos archivados del Registro Personal, que entonces no tenían relación con el Registro de la Propiedad Inmueble? ¿Es razonable exigir tal diligencia – con los costos que ello implica– a las personas naturales en general?

La adquisición de los inmuebles, confiando en la información que aparece en los Registros Públicos, tiene que ser simple (y barata). Eso incentiva y facilita la contratación, y hace que la propiedad cumpla su rol económico. Por eso, estimo sólo se debe exigir el conocimiento del asiento registral. La exigencia de revisar también los títulos archivados crea costos y dificulta la transferencia de inmuebles.

Sin perjuicio de lo anterior, sorprende la propuesta de la Comisión porque la tendencia legislativa es a proteger al tercero cuando el vicio aparece exclusivamente en el asiento registral. Así, el artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 079-2005-SUNARP/NS, publicada en El Peruano el 30 de marzo de 2005, señala, a propósito del Principio de Fe Pública Registral, que “La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales”.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 40 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley 28677, publicada el 1 de marzo de 2006 en El Peruano, dice que “Si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información del asiento electrónico, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último”.

Aprovechando la tendencia legislativa, la Comisión debió aclarar el artículo 2014 y señalar expresamente que las “causas que

² La Corte Suprema dijo lo siguiente:

“(…) **Segundo:** El artículo 2014 del Código Civil consagra el principio de buena fe registral, en el que para su aplicación deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: **a)** que el adquirente obtenga el derecho a título oneroso; **b)** que actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, presunción *iuris tantum*; **c)** que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho, entendiéndose que no se refiere a una clase de Registro, sino al conjunto de estos que integran los Registros Públicos, **d)** que de los asientos registrales ni de los títulos inscritos, se observen causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. **Tercero:** El principio de buena fe registral, se fundamenta en la necesidad de buscar la seguridad del tráfico patrimonial y esa búsqueda puede importar un sacrificio de la seguridad del derecho, es por ello que el legislador ha dificultado el acceso al principio de la buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente, en consecuencia la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva (...). **Sexto:** Según la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, redactada por la Comisión Revisora (...) se tiene que ‘... el principio de fe pública registral se extiende al título representado por el asiento y no sólo al asiento mismo; esto se debe, como ya se ha dicho, a que el asiento no es sino un resumen del título, no pudiendo ampararse sólo en el contenido del asiento cuando nuestro sistema da al público y en particular al tercero acceso a los libros, títulos archivados, índices y demás documentos, quedando entendido que el término inscripción abarca el concepto más general, esto es no sólo al término restringido de asiento. **Sétimo:** En consecuencia, la buena fe registral en que pretende ampararse el Banco demandado queda desvirtuada pues cuando se celebró el contrato de constitución de hipoteca (...) ya corría inscrita la separación de patrimonios. Que para alegar este principio el impugnante estaba obligado no sólo a verificar el tracto sucesivo, esto es verificar el registro de propiedad inmueble, sino también el registro personal y de mandatos de quienes constituían garantía hipotecaria sobre el inmueble para cerciorarse si estas personas tenían o no capacidad legal para realizar el acto. Si esto hubiese sido así habría verificado que el inmueble no pertenecía a los codemandados. Por tanto la buena fe registral no le es aplicable (...). [El énfasis es nuestro.]”

no consten en los registros públicos” son exclusivamente aquellas que no aparecen en el asiento registral.

III. PRESCRIPCIÓN Y FE PÚBLICA REGISTRAL

La propiedad se adquiere por prescripción cuando transcurre el plazo exigido por ley. El adquirente puede acudir al Poder Judicial para que se declare su derecho y luego inscribir su adquisición. ¿Qué ocurre si la prescripción no es declarada judicialmente (o si declarada, no se registra la adquisición) y el titular con derecho inscrito luego enajena el bien y el adquirente inscribe su adquisición? ¿Quién debe ser preferido: el “adquirente registral” o el “adquirente por prescripción”?

El Código Civil no regula el conflicto entre la persona que adquiere el bien por prescripción y la persona que adquiere del titular registral (que ya no era dueño) y registra su adquisición. El primer párrafo del artículo 2022 no es aplicable porque dicha norma se refiere a derechos compatibles que acceden al Registro. Es el caso de un propietario que da en usufructo su bien y luego lo vende. Los dos derechos (usufructo y propiedad) se inscriben, pero prevalece el que se inscribe primero, independientemente de la fecha de nacimiento de los derechos. Sin embargo, dos personas que pretenden ser dueños del mismo bien tienen derechos incompatibles y sólo el derecho de uno de ellos se puede inscribir. Tampoco es aplicable el artículo 2014 porque el supuesto de esa norma es la de un tercero ajeno al acto que se anula. El adquirente registral no es un tercero registral. Lo que ocurre es que el adquirente registral adquiere de un *non domino*. Tampoco es aplicable el concurso de acreedores (artículo 1135); no es exactamente el supuesto, porque no hay dos ventas, pero se asemeja

en el sentido que el segundo adquirente, en el concurso, o el adquirente registral, en el caso planteado, adquieren de un *non domino*.

En sede judicial el tema ha sido abordado de manera diferente. En un caso (Casación 2185-2008 Lima, publicada en El Peruano el 2 de febrero de 2009), Servicio de Parques de Lima – SERPAR Lima había adquirido un inmueble de quien figuraba con derecho inscrito. La transferencia se registró. Resulta que con anterioridad, Héctor Cipriano había adquirido el mismo inmueble por prescripción. Su derecho había sido declarado judicialmente pero no había inscrito su adquisición. En este contexto, SERPAR Lima demandó a Héctor Cipriano para que se declarara su mejor derecho de propiedad. La Corte Suprema le dio la razón a SERPAR. Sostuvo que se trataba de un supuesto de oponibilidad entre dos derechos reales, por lo que la solución la daba el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, que establece que prevalece el derecho que se inscribe primero. Señaló, además, que el Principio de Fe Pública Registral, recogido en el artículo 2014 del Código Civil, igualmente amparaba a SERPAR Lima³.

En otro caso (Casación 750-2008 Cajamarca, publicada en El Peruano el 30 de noviembre de 2010), Mariana del Carmen Castro Jáuregui de Camacho y Vidal Camacho Trujillo propietarios registrales de un inmueble, lo donaron a la Municipalidad Provincial de Cajamarca. Manuel Abanto Abanto, poseedor del inmueble, estaba siguiendo un juicio para que se le declarara propietario por prescripción y había obtenido una sentencia favorable en Primera Instancia (sentencia que luego sería confirmada por la Corte Superior). Considerándose dueño, Manuel Abanto Abanto demandó la nulidad de la donación, argumentando que Mariana del Carmen

³ La Corte Suprema dijo lo siguiente:

“(…) **Cuarto.**- El artículo 2016 del Código Civil regula el principio de prioridad registral, según el cual ‘la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro’. En tanto que la primera parte del artículo 2022 del Código Civil, resume el aforismo *priore tempore potior iure*, es decir, primero en el tiempo mejor en el derecho y recoge, asimismo, el principio registral de rango, según el cual, ‘para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone’. **Quinto.**- De lo expuesto, se arriba a la conclusión que tratándose de derechos de igual naturaleza, resulta de aplicación las normas en comentario y especialmente la última norma en mención, que da solución al conflicto surgido en autos (...) Por lo demás, el artículo 2014 del Código Civil, al regular el principio de buena fe registral, es claro en señalar que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Siendo que en el caso de autos, no existe ningún elemento de juicio que destruya la buena fe con que procedió la accionante al adquirir el bien sub iudice (...)”. [El énfasis es nuestro.]

Castro Jáuregui de Camacho y Vidal Camacho Trujillo no eran dueños del bien que donaron. El Juez de primera instancia declaró fundada la demanda. La Corte Superior revocó la sentencia, considerando que la sentencia en un proceso de prescripción adquisitiva tiene efecto constitutivo y en tal sentido el demandante a la fecha de la donación no había adquirido aún la propiedad del inmueble. La Corte Suprema tuvo un parecer distinto. Señaló que la sentencia en un proceso de prescripción es declarativa, y que el efecto de la prescripción—la adquisición del derecho de propiedad— se retrotrae al momento en que se inicia la posesión. Por tanto, cuando se produjo la donación Mariana del Carmen Castro Jáuregui de Camacho y Vidal Camacho Trujillo no eran dueños del inmueble sino que lo era Manuel Abanto Abanto. Por tal razón, al tratarse de un bien ajeno, de conformidad con el artículo 219, inciso 8, del Código Civil, declaró nula la donación⁴.

Es cuestionable el efecto retroactivo que le da la Corte Suprema a la prescripción y la sanción de nulidad a la venta de bien ajeno. Sin perjuicio de ello, lo interesante en este último caso es que la Corte Suprema entiende que la venta de un bien ajeno (porque

el dueño era el poseedor que se había convertido en propietario por prescripción) es nula. Como consecuencia de ello, la Corte Suprema no entra a discutir el derecho del adquirente registral y la colisión de derechos contradictorios (el del adquirente registral versus el del adquirente por prescripción). Simplemente dice que se trata de una venta nula, por lo que el propietario es el adquirente por prescripción.

Son, pues, dos las posiciones que ha adoptado la Corte Suprema en el conflicto entre el adquirente registral y el adquirente por prescripción. En un caso amparó al adquirente registral, en otro al adquirente por prescripción.

No obstante que el conflicto no está regulado, estimo que el derecho del adquirente registral debe prevalecer al del adquirente por prescripción, porque la publicidad registral es el eje de la oponibilidad de los derechos sobre inmuebles. Si amparamos al adquirente por prescripción, se destruiría la eficacia del Registro. El que adquiere de quien en el Registro aparece como dueño e inscribe el derecho adquirido, debe quedar protegido; no importa que el enajenante sea dueño. Pudo haber vendido antes el bien,

⁴ Existen otros casos de venta de bien ajeno en los que la Corte Suprema ha declarado la nulidad de la transferencia por ser el objeto jurídicamente imposible (artículo 219, inciso 3, del Código Civil) o por ser su finalidad ilícita (artículo 219, inciso 4, del Código Civil).

La Corte Suprema dijo lo siguiente:

“(…) **Cuarto.-** En efecto, la regulación contempla en el artículo 950 sobre los requisitos de la usucapión no contiene disposición expresa que exija para la adquisición del derecho de propiedad por dicha vía, además de los ya señalados, sentencia favorable firme por parte del órgano jurisdiccional; criterio este que se sustenta en el artículo 952 del Código Civil, por cuanto este dispositivo es expreso cuando señala que: Quien adquiere un bien por prescripción, esto es, quien ya adquirió la condición de propietario de un bien por cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 950, ‘puede’, no que deba, vale decir, es potestativo del adquirente, entablar juicio para que se le declare propietario, y no para que se le reconozca como propietario; (...) **Noveno.-** Ahora bien, establecido que la usucapión opera de pleno derecho, es decir, que el efecto de la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien en virtud a una posesión cualificada y por el término legal opera por la satisfacción y comprobación de tales requisitos corresponde ahora determinar cuáles son sus efectos en el tiempo, esto es, si se es propietario recién a partir del cumplimiento de los diez años o cinco años de posesión, junto con los demás requisitos, o se retrotrae al momento en que se inició la posesión; al respecto esta Sala de Casación se inclina por la posición de estimar que una vez configurada la usucapión, esto es, cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 950 del Código Civil, ésta nos coloca en la situación de considerar la existencia de una ficción legal en virtud de la cual los efectos de la usucapión deben retrotraerse al momento en que se inició la posesión, dado que es sobre la base de la realidad de dicha posesión durante un lapso de diez años o ya de cinco años que se adquirió el derecho de propiedad; (...) **Décimo tercero.-** En tal virtud, tanto los donantes como el donatario sabían perfectamente que el inmueble sub-judice era ajeno, por consiguiente, estando a lo normado en los artículos 70 de la Constitución política del Estado, el cual protege el derecho de propiedad; y el artículo 923 del Código Civil, que regula los atributos de dicho derecho, entre ellos, el de disponer, está reñida contra nuestro ordenamiento jurídico la enajenación de bienes, invocando la condición de propietario, cuando se carece de dicho derecho, precepto que constituye norma de orden público, lo que hace aplicable el artículo 219, inciso 8, del Código Civil, el mismo que prescribe: ‘el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar ...’; siendo que el referido artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala: ‘Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; por consiguiente, es evidente que se ha incurrido también en la causal de inaplicación de los precitados dispositivos; lo que acarrea la nulidad del Acto Jurídico de Donación (...)’. [El énfasis es nuestro.]

o un tercero haber adquirido la propiedad por prescripción, pero si la transferencia o la adquisición por prescripción no constan en el Registro, la transferencia posterior que se inscribe debe mantener su eficacia.

Si bien el Código Civil no regula expresamente el conflicto, las normas registrales protegen siempre al adquirente que inscribe confiando en la información que publica el Registro. Así, el artículo 1135 protege al que inscribe en un caso de doble venta. El segundo comprador queda protegido si inscribe, a pesar que adquiere de un *non domino* (porque con la primera venta dejó de ser propietario). Por su lado, el artículo 2014 protege al adquirente registral si el vicio del enajenante no consta en los Registros Públicos. Aquí también se trata de una adquisición a *non domino*. El bien no era del enajenante ya que se anula, rescinde o resuelve su derecho. ¿Porqué tendría que haber diferencia si se adquiere de un *non domino* porque un tercero había adquirido el bien por prescripción? ¿Acaso la propiedad adquirida por prescripción es mejor que la propiedad adquirida por compraventa? ¿Por qué la propiedad adquirida por compraventa se pierde frente a un tercero que adquiere confiando en el Registro y no se perdería si es adquirida por prescripción?

La propiedad es la misma, cualquiera que sea su modo de adquisición. En todos los casos, y debido al sistema de transmisión consensual, la propiedad no puede oponerse a todos si no se inscribe. No puede oponerse a un segundo adquirente registral en caso de doble venta artículo (1135 del Código Civil), tampoco al adquirente registral cuando se anula, rescinde o resuelve el derecho del otorgante (artículo 2014 del Código Civil).

Para que no quede ninguna duda al respecto, la Comisión ha propuesto que los alcances de la Fe Pública Registral se extiendan al tercero registral incluso contra el adquirente por prescripción. Estoy plenamente de acuerdo con la propuesta, aunque ello implique sacrificar al adquirente por prescripción.

La propuesta tiene su antecedente el artículo 36 de la Ley Hipotecaria española⁵. Las soluciones legislativas sin embargo son distintas. En España, al tercero registral se le exigen requisitos adicionales a los de cualquier adquirente registral⁶. En el Perú no sería así. El adquirente registral, inclusive si el conflicto es contra el poseedor adquirente por prescripción, debe cumplir los mismos requisitos que cualquier adquirente registral, es decir, tener buena fe, adquirir a título

⁵ Artículo 36 de la Ley Hipotecaria:
"Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

- a. Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- b. Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a, o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero".

⁶ Artículo 34 de la Ley Hipotecaria:
"El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

oneroso de la persona que en el Registro aparece con facultades para enajenar e inscribir su adquisición. El adquirente registral en el caso de conflicto con el adquirente por prescripción no es en estricto un tercero registral, como tampoco lo es en España, pero eso no importa.

IV. CONVALIDACIÓN REGISTRAL

En la legislación comparada la publicidad (sustantiva) tiene dos grandes efectos: la convalidación registral y la fe pública registral. La convalidación registral se refiere al acto jurídico (al título). Por el sólo hecho de ingresar un título al Registro queda convalidado. Cualquier defecto que pudiera haber tenido es subsanado por efecto de la publicidad. Si el título era inválido queda convalidado con la inscripción.

La fe pública registral alude a los terceros. El que adquiere de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el Registro como propietario, e inscribe su derecho, queda protegido manteniendo su adquisición.

En el Perú no existe la convalidación registral. La inscripción no convalida el título ni subsana los defectos que tuviera. La inscripción de un título inválido no tiene el efecto de eliminar los vicios. La fe pública registral, en cambio, sí existe en el Perú, y está prevista en el artículo 2014 del Código Civil.

Imaginemos que A le vende un inmueble a B y el acto jurídico de compraventa es inválido. B no adquiere la propiedad del bien, porque el acto jurídico inválido no produce efecto. Si B inscribe su adquisición, el acto jurídico sigue siendo inválido (y por tanto B no adquiere) ya que el Registro no convalida la compra. En cambio, si B, quien no había adquirido por ser inválido su título, vende a su vez el inmueble a C y éste inscribe su adquisición, C mantiene su derecho si se anula el derecho de B, siempre

que C tenga buena fe, que su adquisición sea a título oneroso y que las causas de nulidad no consten en los Registros Públicos. Amparar la transferencia de A en favor de B significaría convalidación registral (lo cual no existe en el Perú). Proteger la de B a favor de C es fe pública registral (artículo 2014 del Código Civil).

El Principio de Fe Pública Registral supone que la transferencia de B a C sea válida. De no ser así, el Registro convalidaría una adquisición inválida. En otras palabras, el que se ampara en la fe pública registral debe contar con un título válido. El título inválido, el que se anula, está en un nivel anterior (en la transferencia de A en favor de B).

Ahora bien, la jurisprudencia le está dando al artículo 2014 del Código Civil un alcance convalidatorio que no tiene. Un ejemplo es la Casación 2029-2005 Lima, publicada en El Peruano el 30 de noviembre de 2007. Metodio Naña Sora compró un inmueble el 25 de noviembre de 1987. Estaba casado con Mery Marlene Melgarejo desde el 20 de mayo de 1986, pero se presentó ante el notario que formalizó la compra como soltero y por eso la escritura fue suscrita sólo por él. La propiedad se inscribió a su nombre. Años después, Metodio Naña Sora hipotecó el inmueble a un banco. Enterada de la hipoteca, Mery Marlene Melgarejo demandó a su esposo y al banco la nulidad de la garantía. El Juez declaró infundada la demanda. La Corte Superior confirmó la sentencia de Primera Instancia. Finalmente, mediante resolución de 15 de marzo de 2007 la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación.

Se presentó un conflicto entre un acto jurídico nulo (hipoteca sin la intervención de uno de los cónyuges) y la contratación bajo la fe del Registro (hipoteca con la persona que figuraba con derecho inscrito). Para la Corte Suprema, por razones registrales prevaleció la hipoteca del banco⁷. Lo que no se dio cuenta

⁷ La Corte Suprema dijo lo siguiente:
“(…)”

Tercero: En este caso nos encontramos frente a un aparente conflicto de normas legales. Por un lado las reglas de derecho de Familia, relativas a la sociedad de gananciales que nace del matrimonio. Así, todo bien que se adquiere durante su vigencia se presume común, salvo prueba en contrario, y ninguno de los cónyuges puede disponer o gravar un bien común, sin conocimiento y participación del otro. Esa regla está recogida en el artículo 315 del Código Civil.

Cuarto: De otro lado están las reglas de los Registros Públicos y las que amparan un derecho real de hipoteca. Los Registros Públicos tienen como finalidad publicitar situaciones jurídicas; asegurar el tráfico patrimonial, proteger al tercero de buena fe. De allí que se presuma de pleno derecho que todos tenemos conocimiento del contenido de las inscripciones, que éstas se presumen ciertas, mientras judicialmente no se

la Corte Suprema es que con su resolución convalidó un acto nulo, lo que no está previsto ni permitido por las normas registrales.

Lo que ha hecho la Comisión es aclarar la aplicación pura del Principio de Fe Pública Registral. Se protege a los terceros y a no quien es parte de un acto jurídico inválido.

V. ¿INFORMACIÓN EXTRA REGISTRAL?

¿Qué sucede si el vicio no aparece de la información registral (asientos y títulos archivados), pero sí de información extra registral? ¿Hasta dónde afecta la buena fe del tercero la información extra registral?

Veamos dos casos distintos.

En diciembre de 1989 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 556, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1990. El artículo 410 dispuso la transferencia de tierras eriazas ubicadas en la costa al dominio de las autoridades

autónomas y proyectos especiales del Instituto Nacional de Desarrollo (INADE). La norma dispuso además que por el sólo mérito del mencionado Decreto Legislativo 556, debía inscribirse en Registros Públicos la propiedad de las tierras a nombre de INADE. Al amparo de esta disposición se inscribieron a favor de INADE determinados terrenos ubicados en Chiclayo. A continuación, INADE, a través del Proyecto Especial Jequetepeque – Zaña (PEJEZA), transfirió los terrenos a terceros. Resulta que parte de los terrenos afectados tenían dueño: Aspillaga Anderson Hermanos S.A. La empresa consideró que el artículo 410 del Decreto Legislativo 556 era confiscatorio y violaba su derecho de propiedad, por lo que interpuso una acción de amparo contra INADE y PEJEZA. Finalmente, el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 20 de marzo de 2009 (Expediente 05614-2007-PA/TC) declaró fundada la demanda de amparo y ordenó al Registro de Predios de Chiclayo que dejara sin efecto las inscripciones de los terrenos eriazos realizadas a favor de INADE en mérito del artículo 410 del Decreto Legislativo 556⁸.

modifique su contenido, y que para oponer derechos reales sobre inmuebles, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito, como bien establecen los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil, que sustentan la sentencia de vista.

Quinto: En realidad no hay conflicto ni oposición entre dichas normas, sino que se complementan, pues el bien común de la sociedad conyugal, inscrito con tal calidad en Registros Públicos, recibe la protección de su publicidad. Esa no es la situación en el presente caso, pues habiéndose inscrito el inmueble como de exclusiva propiedad de Naña Sora, la recurrente no puede oponer su derecho de cónyuge al de los demandados, en aplicación de lo dispuesto en las normas el artículo 2022 del Código Civil (...).

Sétimo: En consecuencia la denuncia de interpretación errónea del artículo 315 del mismo Código, que la sentencia de vista considera como una regla general, que no obsta frente a casos especiales, como cuando se contrata bajo la fe del Registro Público, es infundada, y corresponde añadir, que una situación que se mantuvo oculta, no puede prevalecer sobre la publicidad del Registro Público, sin poner en grave riesgo la seguridad jurídica. Por la misma razón es infundada la denuncia de inaplicación del artículo 219 incisos 1 y 3 del Código Sustantivo, así como el artículo V del Título Preliminar del mismo Cuerpo de Leyes, pues precisamente el orden público exige que se respeten los contratos celebrados al amparo de la fe del Registro (...). [El énfasis es nuestro]

⁸ El artículo 218 de la Ley 25303 (Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para 1991), reprodujo el artículo 410 del Decreto Legislativo 556. Por ello, la empresa Aspillaga Anderson Hermanos S.A. solicitó la aclaración de la sentencia para que el del Tribunal precisara (i) si los fundamentos de inconstitucionalidad del artículo 410 del Decreto Legislativo 556 también eran aplicables al artículo 218 de la Ley 25303 y (ii) si las demás inscripciones realizadas por INADE a través de PEJEZA al amparo del artículo 218 de la Ley 25303 también debían quedar sin efecto. El Tribunal Constitucional, mediante resolución de 6 de junio de 2009, declaró fundada la solicitud de aclaración, disponiendo que el artículo 218 de la Ley 25303 también resultaba inconstitucional y ordenó al Registro de Predios de Chiclayo que dejara sin efecto todas las inscripciones realizadas en mérito del artículo 410 del Decreto Legislativo 556 y del artículo 218 de la Ley 25303.

El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:
“(...)

16. Sobre el particular este Tribunal considera que el contenido normativo del artículo 410 del Decreto Legislativo 556 infringe por la forma no sólo el artículo 70 de la Constitución de 1993, sino también, el artículo 125 de la Constitución de 1979, vigente al momento en que se produjo la primera transferencia de dominio, pues constituye una norma de expropiación que, en primer término, no fue emitida por el Congreso de la República sino por el Poder Ejecutivo, a pesar que las Constituciones referidas disponen expresamente que el acto de expropiación debe realizarse mediante una ley y no por un decreto legislativo, así como que el órgano competente para ello es el Congreso de la República y no el Poder Ejecutivo.

17. De otra parte, este Tribunal también considera que el artículo 410 del Decreto Legislativo 556 en la práctica constituye una norma de confiscación pues tiene como finalidad el apoderamiento de la totalidad

La demanda de amparo no se anotó en los Registros Públicos. Esto nos lleva a preguntarnos qué pasa con los terceros que compraron tierras de PEJEZA. ¿Están protegidos por el artículo 2014 del Código Civil?

La sentencia no afecta a los terceros porque no fueron parte del proceso de amparo. Además, la sentencia sólo ordena que se dejen sin efecto las transferencias realizadas a favor de INADE, pero no las realizadas por INADE (a través de PEJEZA) a terceros. Pero esto en nada impide a Aspillaga Anderson Hermanos S.A. para que demande la ineficacia de las transferencias a terceros, porque derivaron de quien no era propietario (INADE). En esta eventualidad, reitero la pregunta: ¿quedarían protegidos los terceros por el Principio de Fe Pública Registral? Estimo que no.

Las normas legales no requieren de inscripción para que surtan efecto legal. Nadie puede argumentar desconocimiento de una norma legal, porque la publicidad la otorga la publicación de la misma en el Diario Oficial El Peruano.

Todas las Constituciones en el Perú han declarado que la propiedad es un derecho inviolable y que sólo puede ser privada – vía expropiación– por causas específicas. La Constitución vigente es muy restrictiva sobre el particular, al señalar en el artículo 70 que sólo se puede privar de la propiedad por seguridad nacional (una guerra) o por necesidad pública (una obra pública), y siempre que sea a través de un proceso de expropiación y previo pago de indemnización. Privar de la propiedad por alguna otra causal o mecanismo, es una confiscación. Eso es lo que dice la sentencia del Tribunal Constitucional.

Pues bien, de la información que consta en

los Registros Públicos, aparece que INADE adquirió sobre la base de una norma legal claramente inconstitucional, que violó el derecho de propiedad de Aspillaga Anderson Hermanos S.A. Nadie puede desconocer tal hecho, porque todos conocen el artículo 70 de la Constitución. Por tal razón, los terceros adquirentes no pueden alegar buena fe y quedar protegidos por el Principio de Fe Pública Registral.

Un caso distinto es el que se presentó a propósito de la caducidad de una adjudicación. La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de Agricultura adjudicó a Alejandro Pastor Cueva casado con María Violeta Velásquez Barrantes y Bertha Caparachín Caverro un terreno ubicado en Pisco. En el contrato se pactó que “(...) el incumplimiento de alguna de las condiciones estipuladas en la cláusula precedente⁹, ocasionará la reversión de las tierras al patrimonio de la “Dirección General, caducando en consecuencia el derecho de propiedad sobre las mismas, en aplicación del Decreto Supremo 019-84-AG”. La cláusula de reversión no se inscribió en la partida registral del terreno, pero constaba del título archivado. Pues bien, los adjudicatarios no cumplieron con sus obligaciones, por lo que mediante Resolución Ministerial 296-95-AG se declaró la caducidad del contrato de adjudicación.

Ahora bien, el terreno había sido transferido a un tercero, quien había inscrito su adquisición. Por ello, cuando se presentó la Resolución Ministerial 296-95-AG para su inscripción, el Registrador formuló una observación señalando que no se podía afectar el derecho del tercero. El Tribunal Registral, mediante Resolución 1099-2008-SUNARP-TR-L de 10 de octubre de 2008, señaló que las cláusulas de reversión no inscritas resultan oponibles a

o parte considerable de los bienes de una persona, por parte del Estado, sin que exista ley del Congreso de la República, sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, y sin indemnización.

18. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que las transferencias de dominio que fueron inscritas a favor del Instituto Nacional de Desarrollo (...), resultan inconstitucionales al haberse sustentado en una norma formalmente inconstitucional. Consecuentemente, ha quedado demostrado la vulneración del derecho de propiedad de la demandante, pues su terreno (...) fue objeto de actos de expropiación inconstitucionales realizados en contravención del artículo 125 de la Constitución de 1979 y del artículo 70 de la Constitución de 1993.
19. Finalmente, este Tribunal considera que el artículo 410 del Decreto Legislativo 556 también resulta inconstitucional por el fondo, pues formaba parte de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1990, que como tal sólo se encontraba destinada a regular la función administrativa y financiera del Estado, así como los ingresos y gastos fiscales”.

⁹ No he tenido a la vista la “cláusula precedente”. La información transcrita ha sido obtenida de la resolución en comentario.

terceros, porque la facultad del Ministerio de Agricultura provenía de una norma que, como toda norma jurídica, se presume conocida por todos los ciudadanos, y dispuso la inscripción de la Resolución Ministerial 296-95-AG^{10 11}.

En realidad, era irrelevante si la cláusula de reversión estaba inscrita, porque de acuerdo con la interpretación amplia que le da gran parte de la doctrina y la jurisprudencia en general a “causas que no consten en los registros públicos”, la cláusula de reversión estaba en el contrato, el cual constituye el título archivado.

¿Qué era lo que estaba en el título? Pues simplemente una cláusula que contenía una serie de obligaciones o condiciones que debían cumplir los adjudicatarios y otra cláusula que señalaba que en caso de incumplimiento, las tierras revertirían al Ministerio de Agricultura. Pero el incumplimiento propiamente dicho no consta en los Registros Públicos (ni en los asientos ni en los títulos archivados). ¿Estaba obligado el terceros a averiguar extra registralmente si las condiciones habían sido cumplidas? ¿Hasta dónde llega el deber de diligencia de los terceros?

En mi opinión, la Fe Pública Registral debería reducirse a la información que consta en los Registros Públicos y si el incumplimiento no

consta de los Registros Público, los terceros deberían quedar protegidos.

Si no lo interpretamos de esta forma reduciríamos el campo de aplicación del artículo 2014. Imaginemos un contrato de compraventa en el que se acuerda que el precio será pagado en una fecha determinada. No se estipula que el contrato se resolverá en caso de incumplimiento. El comprador incumple con pagar el precio en la fecha establecida y el vendedor solicita la resolución del contrato, siguiendo el procedimiento resolutorio ordinario establecido en el artículo 1428 del Código Civil. Imaginemos que un tercero había adquirido el bien materia del contrato de compraventa. Si se resuelve el contrato, ¿quedaría amparado por el artículo 2014? Si seguimos el razonamiento de la Resolución 1099-2008-SUNARP-TR-L, el tercero no podría ampararse en el Principio de Fe Pública Registral, porque la facultad resolutoria del vendedor proviene de una norma legal (artículo 1428 del Código Civil), que se presume conocida. Esto es absurdo.

Discrepo con este razonamiento. El Principio de Fe Pública Registral significa que el tercero queda protegido por causas que no constan de los Registros Públicos. Lo que está fuera de Registros es irrelevante para la Fe Pública Registral (salvo cuando afecta la buena fe).

¹⁰ El Tribunal Registral dijo lo siguiente:
“(…)”

6. En cuanto al segundo extremo, es de señalar que conforme hemos señalado en el punto 1 del presente análisis, el Contrato de Otorgamiento de Terreno Eriazos (...) había previsto una cláusula de caducidad de derecho a favor de los adjudicatarios. Esta cláusula si bien no fue inscrita en el Registro, si gozaba de una publicidad legal.

Al respecto esta instancia ha señalado en uniforme y reiterada jurisprudencia que las restricciones o limitaciones al derecho de propiedad que provengan de una norma legal no requieren de la inscripción en un registro público para que surtan efecto ante terceros y tengan plena validez; basta en ese sentido, la publicidad que otorga la publicación de la norma correspondiente, es decir la publicidad legal.

En el presente caso, el Contrato en referencia fue suscrito de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo 019-84-AG del 10 de abril de 1984. El artículo 58 de dicha norma señalaba de manera expresa las causales de caducidad del derecho de los adjudicatarios, precisándose que la caducidad será declarada mediante Resolución administrativa, lo que ha sucedido en el presente caso.

Es cierto que en el asiento de inscripción no se dejó constancia que la transferencia de propiedad fue efectuada en mérito al Decreto Supremo 019-84-AG del 10 de abril de 1984, sin embargo consta en el asiento registral que el transferente fue la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural y que la calidad del predio era de ‘eriazos’.

(…)”

7. En ese sentido, no puede invocarse la existencia de terceros de buena fe cuando ya la Ley había publicitado las restricciones a los que estaban sujetos todos los adjudicatarios beneficiados por la Dirección General de Reforma Agraria.

Reiteramos que por la publicidad legal, no se podrá invocar desconocimiento para oponer un derecho (...)”.

¹¹ Teniendo como sustento la Resolución 1099-2008-SUNARP-TR-L, el Tribunal Registral ha aprobado el siguiente precedente registral: “Las causales de caducidad del derecho de propiedad no inscritas, pero que se encuentran recogidas en una norma legal, son oponibles a los terceros adquirentes y, por tanto, procede la inscripción de la reversión a favor del Estado”.

Para que el tercero tenga buena fe no se debe exigir la búsqueda y/o examen de información distinta a la registral, aun cuando la propia información registral se refiera a situaciones jurídicas cuya validez y/o eficacia dependan de la verificación de elementos que no se encuentren en los Registros Públicos. Si no se interpreta así, ¿para qué sirve el Principio de Fe Pública Registral?

Sin perjuicio de lo anterior, si agregarnos a la investigación registral, la de la verificación del cumplimiento de obligaciones extra registrales, crearemos costos que terminan desnaturalizando la Fe Pública Registral.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Concluyo con una propuesta de modificación del artículo 2014 de la Comisión:

“1. En el caso del Registro de Bienes, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el asiento registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el del

otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

2. En el caso de los Registros de Personas Jurídicas y Naturales, la inexactitud o invalidez de los asientos registrales no perjudicará a quien de buena fe hubiere adquirido un derecho u obtenido algún beneficio patrimonial sobre la base de ellos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales.
3. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud de los asientos registrales. En caso de discrepancia entre el título archivado y el asiento de inscripción, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último.
4. La buena fe del tercero no exige la búsqueda y/o examen de información distinta a la registral, aun cuando la propia información registral se refiera a situaciones jurídicas cuya validez y/o eficacia dependan de la verificación de elementos que no se encuentren en los registros públicos.
5. Las inscripciones registrales no convalidan los actos que sean nulos o anulables con arreglo a este Código o a otras leyes”.

The background features a complex, layered design. On the left, there are overlapping white and light gray geometric shapes, including triangles and polygons, creating a sense of depth and movement. On the right, there are concentric, semi-transparent gray circles. At the bottom, a dark gray silhouette of a tree with many small leaves is visible, partially overlapping the geometric shapes and circles. The overall color palette is monochromatic, using various shades of gray and white.

Liga

THEMIS

contra el estrés

PARCHANDO EL CÓDIGO: LA REFORMA “A MEDIA CAÑA” DEL LIBRO DE REALES

Alfredo Bullard G.*
Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El interés social entre los límites a las facultades que otorga el derecho de propiedad, la prohibición de enajenar o gravar un bien, así como la confrontación del derecho de propiedad adquirido por prescripción y de aquél que adquiere su derecho del titular registral, son algunas de las modificaciones que fueron propuestas por la Comisión Reformadora del Código Civil; ante ello surge la duda: ¿Son eficientes estas propuestas?

Alfredo Bullard se zambulle en estos temas, en análisis de los presupuestos que posee una reforma que clama por convertirse en realidad, pero que, a criterio del autor, debe realizarse de manera íntegra y coherente con una modificación del sistema en sí. De esta manera, plantea una serie de reconocimientos y críticas al proyecto planteado por la Comisión Reformadora del Código Civil; trayendo de vuelta una vieja propuesta que aún no logra su plasmación legislativa: la clasificación de los bienes en registrados y no registrados.

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados.

I. INTRODUCCIÓN.

Hacer las cosas a la mitad nunca es la mejor solución. Quien decide quedarse a medio camino nunca llega a su destino. Eso mismo ocurre con la reformas conformistas que, por temor a ser tildadas de revolucionarias o avezadas, deciden ser reformas de “media caña”. Renuncian a resolver problemas y se conforman a ser paliativos. Y los paliativos no curan las enfermedades. Sólo alivian el dolor.

Eso es lo que está ocurriendo con la reforma del Libro de Reales —y me temo con todo el resto de paquetes de reformas que se están planteando para el resto del Código. Se conforman con quedarse a mitad de camino.

No planteo un cambio radical e integral del Código. No es ni bueno ni necesario. Pero sí creo que hay que extirpar lo que está obviamente mal. No se trata de sacarle el brazo al enfermo, si sacándole el tumor lo podemos salvar. Pero tampoco se trata de sacarle medio tumor por miedo a que se diga que se está sacando demasiado.

Lo curioso es que las reformas apuntan en la dirección correcta. En principio, y con algunas precisiones, concuerdo con ellas. Pero el problema no es lo que hacen, sino lo que dejan de hacer. Al parchar el Código parchan sus problemas, no los solucionan. Bajo el parche el problema medular subsiste y con ello se mediatizan los efectos del cambio.

En esa línea en el presente trabajo vamos a explicar por qué es importante reforzar el corazón del Libro de Reales: el derecho de propiedad, y en particular, el sistema de transferencia de la misma.

Por razones de espacio no comentaremos todos los cambios. Nos centraremos en los que más impactan a la propiedad: (i) la eliminación del límite de interés social en el artículo 923 del Código Civil; (ii) la relativización temporal del límite a las prohibiciones de enajenar y gravar del artículo 882 del Código Civil; y, (iii) el cambio en el régimen de prescripción para precisar que la prescripción adquisitiva no puede oponerse al adquirente registral de buena fe (artículo 952 del Código Civil).

Quedaron en el tintero otras reformas relevantes. La más clara —y una de las más

positivas— es el cambio en el régimen de la hipoteca, que elimina las inútiles hipotecas legales y, sobre todo, el cambio del régimen de ejecución, que se asimila al de las garantías mobiliarias, en un cambio que la desjudicializa y aumenta su eficacia reduciendo los costos de transacción en el mercado de crédito.

II. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD Y LAS FALLAS DEL CÓDIGO VIGENTE.

Las dos características centrales de la propiedad, y que la diferencia de las demás titularidades, la exclusividad y su oponibilidad o carácter *erga omnes*, que no son sino las dos caras de una moneda.

En lo que concierne a la exclusividad, esta no es otra cosa que la doctrina tradicional ha denominado el carácter “*erga omnes*”, es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.

En otras palabras la propiedad opera en los hechos como un cerco virtual que rodea al bien y crea los incentivos adecuados. Como dicen los anglosajones *buenos cercos hacen buenos vecinos*, es decir, un buen sistema de propiedad mejora la convivencia y la interacción social.

Cuando el propietario sabe que podrá excluir de manera efectiva a todos, tiene los incentivos para sembrar y hacer producir su predio pues sabe que los frutos de sus esfuerzos no podrán ser apropiados por sus vecinos. Y de la otra mano, sabe que debe usar el predio con cautela, cuidarlo y no sobreexplotarlo, porque si la productividad cae él asumirá el integro de las consecuencias. Ello diferencia la propiedad privada de la propiedad común. En esta última nadie invierte porque los beneficios son comunales, y todos usan sin el mismo cuidado y diligencia, porque los costos son colectivos y se reparten entre todos. Se genera entonces lo que Garret Hardin llamó acertadamente *la tragedia de los comunes*¹.

¹ HARDIN, Garret. “The Tragedy of the Commons”. En: ACKERMAN, Bruce. “Economic Foundations of

Como señala Demsetz, la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores que el costo mismo de la internalización². Como podemos ver, el costo de internalizar es en realidad el costo que impone el desarrollo de un sistema que permite excluir a los demás. En aquellos casos donde el costo de excluir sea superior al beneficio derivado de la propia exclusión no habrá propiedad, pues ésta se tornaría en irracional.

Así sucede, a título de ejemplo, en el siguiente caso, enunciado por Burton. Si bien ha sido posible establecer un sistema privado de derechos sobre peces y otros animales marinos en criaderos artificiales, en especies como las ostras, las langostas, los róbalo y lenguados –pesca cara y sedentaria–, esto ha sido completamente imposible respecto de bancos de peces migratorios³. Pensar el día de hoy en derechos de propiedad sobre este tipo de especies es una ilusión.

Como contrapartida a lo dicho, tenemos que el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible. Ello convertirá a la oponibilidad en un mecanismo más eficiente.

Prueba de lo dicho hasta aquí es que el grado de exclusión de la propiedad determinará que el bien adquiera un mayor valor. Si la propiedad se basara en contratos –es decir, que sólo podría excluir a aquellos que celebren contratos conmigo– el valor de ésta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir mil personas tiene un bien más valioso que aquél que sólo puede excluir a cien. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquella que permite excluir a todos los demás.

De la misma manera, también aumenta el valor del derecho de propiedad cuando éste me permite excluir a los demás del ejercicio de todas las facultades. Así, un derecho que permita sólo excluir a terceros del disfrute, pero no del uso, valdrá menos que otro que permite excluir de ambos aspectos. Por

eso, el derecho de propiedad tiene un valor superior al que tiene un derecho real de uso. En este sentido se pronuncia Pejovich, quien dice que el valor de los bienes depende del contenido de los derechos de propiedad que recaen sobre estos bienes. Por ejemplo, se pagaría más por una casa si el derecho sobre ésta permite excluir la instalación en el barrio de estaciones de gasolina, plantas químicas, industrias molestas, etc.⁴.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la necesidad de reducir los costos que se derivan de implementar el sistema que permita la propia exclusión. Uno de los costos principales en este sentido es el de publicitar el derecho, el de hacerlo conocible a terceros. Así, si los terceros no conocen el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta y por lo tanto se torna en menos eficiente. La propiedad tiene que ser conocible por aquellos que son precisamente los excluidos. Dentro de esta línea, un sistema basado en el mero consenso para excluir a todos los demás es absurdo, sumamente costoso en términos de incertidumbre y por tanto indeseable. Así surge como otro mecanismo la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, éste es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo sólo en bienes de fácil identificación y de un valor significativo –como un inmueble por ejemplo. En otro tipo de bienes –como un lapicero o una camisa, pensar en un registro de derechos puede ser irracional. El costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos la posesión, que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa, podría ser una solución adecuada.

La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.

Como veremos a continuación las reformas

Property Law”. Boston y Toronto: Little, Brown and Company. 1975. p. 4.

² DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. En: “American Economics Review 57”. 1967. p. 347.

³ BURTON, John. En el prólogo de CHEUNG. Steven. “El Mito del Costo Social”. Madrid: Unión Editorial. 1990. p. 32.

⁴ PEJNOVICH, Svetozar. “Towards an Economic Theory of the Creation an Specification of Property Rights”. En: Review of Social Economics 3. Volumen 30. 1972.

que serán objeto de comentario giran en torno precisamente a este problema: la creación o limitación de los derechos de exclusividad. Por tanto impactan de manera medular en la función económica de la propiedad y al hacerlo afecta directamente el valor de los bienes y el desarrollo económico que su uso y disfrute esta llamado a generar.

III. LO TUYO NO ES TUYO: EL INTERÉS SOCIAL COMO UN AGUJERO EN LA CERCA Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 923.

Comento un caso real de mi experiencia profesional. Una empresa quería hacer una inversión inmobiliaria importante. Tenía que escoger dónde hacer esta inversión entre varios países de Latinoamérica, reduciendo sus opciones finalmente a Chile, Argentina y Perú. Los abogados peruanos trataron de explicarle qué quiere decir el 923 del Código Civil⁵. Según este artículo la propiedad es el poder jurídico que permite usar disfrutar, disponer y reivindicar un bien, poder que debe ejercerse en armonía con el interés social. Cuando el inversionista pidió que le explicaran qué cosa quiere decir el “interés social”, la explicación no era muy clara y la interpretación en la jurisprudencia nacional sobre cuáles eran los alcances de dicho término era virtualmente inexistente. No se le podía explicar a qué límites quedaba sujeto el ejercicio de su propiedad. El resultado es que invirtió en Chile.

El inversionista vio que el cerco que la propiedad debía crear tenía un agujero. Y lo peor de todo es que nadie podía explicarle cuáles eran las dimensiones efectivas de dicho hueco y qué se podía pasar a través de él. De la misma razón que un agujero en el cerco de tu propiedad no te deja dormir tranquilo, el interés social no permitiría conciliar el sueño al inversionista. Y a la incertidumbre del agujero mismo, se sumaba la incertidumbre de no saber que podía entrar a su propiedad.

De alguna manera estamos frente a un bien parcialmente común, porque si el ejercicio exclusivo contradice el interés social, se puede limitar mi derecho de exclusión. Por ejemplo si mis vecinos desean tener un *club*, y ello es calificado como interés social, podrían

privarme de mi propiedad para tenerlo.

El artículo 923 del Código Civil es, claramente, un problema.

Un punto de partida básico para todo ordenamiento de Derecho Privado es que éste se sustenta en la autonomía privada –por eso es Derecho Privado y no Público. Pero eso es algo que el artículo 923 del Código Civil parece olvidar.

Algunos han justificado la inclusión del interés social en la necesidad de un Código personalista pero a la vez con contenido social. Nada más contradictorio. Lo social niega lo personal de la misma manera como la individualidad es la negación de lo colectivo. Así, se habla de una perspectiva *social*, entendida como un elemento que debe primar sobre la individualidad –lo que de por sí niega el contenido supuestamente personalista del Código. Es decir que se plantea un Derecho Privado que, curiosamente y negando su nombre, privilegia lo colectivo y lo público. En otras palabras niega la primacía de lo privado.

No en vano Hayek, al referirse a nuestro *lenguaje envenenado* hizo especial énfasis en la palabra *social*. Decía que ese adjetivo, unido a cualquier sustantivo, tenía el extraño mérito de convertir dicho sustantivo en su antónimo:

“Así, la justicia social significa sacarles a unos lo que les pertenece para entregárselos a otros, lo cual es contrario a la celebre definición de ULPiano de dar a cada cual lo suyo. La democracia social implica la extralimitación del poder político que desparrama derechos sociales por doquier, lo cual, como hemos subrayado en otra oportunidad y lo reiteramos ahora, se traduce en la negación del derecho, puesto que esta última idea tiene como contrapartida una obligación la que, en este caso, no es posible otorgar sin lesionar derechos de terceros.

Como también hemos apuntado en otra ocasión, las llamadas libertades sociales incurren en el mismo error. En este caso se recurre a un uso metafórico de la libertad extrapolando conceptos tomados de la biología y la física aplicándolos a las relaciones

⁵ “Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permita usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”

interpersonales. En este sentido, se dice que una persona no es libre de bajarse de un avión en pleno vuelo, o que no es libre de ingerir arsénico sin padecer las consecuencias, o que no es libre de abstenerse de ingerir alimentos sin morir por inanición o que no es libre porque no puede ir volando a la luna moviendo los brazos, etc.”⁶.

Un *interés social* es precisamente la negación del interés como algo definible. Se convierte en un concepto abstracto, inasible, e imposible de definir. Los intereses son, por definición, individuales y, en consecuencia, no es posible definir un solo interés en un colectivo en el cada quien quiere cosas distintas. Interés social termina entonces siendo lo que interpreta el funcionario de turno, con lo que en el fondo hablamos de un concepto discrecional e indefinible, caldo de cultivo perfecto para el crecimiento de la incertidumbre.

Un Código Civil social, es decir, un Código de Derecho Privado Social es una contradicción en términos, es la negación de su propia función. Es una norma que se orienta a poner límites a la autonomía en lugar de potenciarla. Es una norma que diluye lo privado en un colectivo abstracto donde lo privado pierde toda su esencia. Un Código Civil Social no puede ser civil y social al mismo tiempo como no pueden existir bienes grandes chicos, cosas altas bajas o personas delgadas gruesas.

El resultado es un Código Civil que precisamente sujeta la autonomía privada a reglas que la niegan. Es una autonomía heterónoma, algo así como decir que uno tiene opciones cuando no puede escoger o que uno es libre porque otro —normalmente el legislador— escoge por uno. Y es que la Ley no es la llamada a decidir por los individuos, y por más que un legislador conozca mucho sobre las doctrinas imperantes, los seres humanos, y las empresas, no decidimos sobre la base de doctrinas sino basándose en necesidades concretas. Privarnos de esa decisión o limitarla de manera innecesaria por mérito de la Ley se asimila a una expropiación, sólo que sin pago de indemnización justipreciada o, en otros términos, a una confiscación de nuestra propiedad. Con ello la propiedad no puede cumplir su función.

El proyecto propone un cambio para eliminar esa incertidumbre. El nuevo artículo señalaría:

“Artículo 923.- Noción. Ejercicio.

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el *bien común* y dentro de los límites de la ley.” [El énfasis es nuestro.]

La sustitución de *interés social* por *bien común* es un avance importante. El bien común puede ser definido por la no generación de externalidades a la propiedad y derechos de otros en el ejercicio del derecho de propiedad. No se puede contaminar ni hacer ruidos molestos que superen lo razonable. Pero la idea del *club* que beneficia a un grupo social identificable, porque se considera que tienen derecho a algún tipo de tutela, queda descartado. Es el bien común y no el interés social, lo que puede limitar la propiedad.

Bien común son ciertas condiciones generales que son de ventaja para todos. Son aquellas reglas de convivencia básica que aseguran la interacción sin afectar la individualidad. El bien común puede limitar mi derecho a conducir mi automóvil a exceso de velocidad. Pero no puede autorizar a un grupo que no tiene transporte propio a privarme de mi carro o forzarme a llevarlos a su destino, como sí puede ocurrir si se califica el transporte como de interés social. Sobre la base del interés social se puede expropiar un terreno para construir viviendas populares. Sobre la base del bien común ello no es posible. Sin embargo sí es posible expropiar el mismo bien para construir una carretera que beneficiará a la comunidad.

El interés social permite transmitir derechos de un grupo social a otro. El bien común sólo permite afectar la propiedad en beneficio del bien de todos. El uso del concepto de bien común impide usar la propiedad en beneficio de ciertos grupos específicos.

En esa línea el cambio es más que positivo.

IV. PROHIBIDO PROHIBIR: LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR Y GRAVAR Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 882.

Un inversionista extranjero quería desarrollar un negocio en el país. Para ello debía asociarse con un inversionista nacional. Ello era un elemento esencial, básicamente por el *know how*, por el conocimiento que este inversionista

⁶ BENEGAS, Alberto. “Las Oligarquías Reinantes”. Buenos Aires: Atlántida. 1999. pp. 34-35.

peruano tenía del mercado y por la habilidad mostrada al haber actuado antes en el mismo de manera exitosa. Al inversionista extranjero le interesaba no sólo asociarse con este accionista, sino que éste continuara siendo socio durante un período relativamente largo de manera que los accionistas de esta empresa siguieran siendo los mismos en ese período.

Durante la negociación el inversionista extranjero planteó que se estableciera una cláusula en el contrato de asociación por la cual los accionistas nacionales no podían vender sus acciones durante un período de cinco años. Sin embargo, cuando consultó a sus abogados, éstos le dijeron que el artículo 882 del Código Civil⁷ prohibió establecer contractualmente la prohibición de enajenar y que en consecuencia no era posible bajo ninguna norma del sistema peruano prohibir que vendiera sus acciones, ni siquiera un sólo día⁸.

¿Por qué se prohíbe a la gente prohibir vender en el futuro? La respuesta que se da es que queremos evitar las famosas propiedades vinculadas, es decir aquellas propiedades que no podían ser vendidas nunca dado que habían salido del mercado como las *manos muertas*, las *capellanías* y situaciones similares. Se prohíbe (por Ley) prohibir (por pacto) qué puedo hacer con mi propiedad. El resultado es una “expropiación” de uno de mis atributos sobre la propiedad, como es la facultad de disposición, pues la misma no debe entenderse sólo como el derecho a vender y disponer de lo mío, sino, evidentemente, el derecho a no vender o no disponer.

En principio, como ya vimos, la función de la propiedad es evitar que se generen lo que se conoce como externalidades o costos a terceros. La propiedad trata de hacer que las personas puedan ser retribuidas con su propia inversión y trata además que las demás personas respeten lo que no es de ellos. Así

el propietario, al excluir a los demás de su propiedad, tiene incentivos para invertir y hacer un uso racional de sus recursos, pues puede apropiarse de lo que obtenga de dicha propiedad. La propiedad trata, de esta manera, de crear los incentivos adecuados para usar los recursos disponibles en la sociedad, buscando que les saquemos el mayor provecho posible.

Evidentemente debe haber límites, pero debe estar referido a la afectación de derechos de terceros, y no está mal que el Código Civil establezca esas limitaciones. Así, no puedo tirar ladrillos a la propiedad de mi vecino diciendo que con esto estoy ejerciendo mi derecho a la propiedad, porque estaré generando externalidades.

Sin embargo, hay algo que no se tiene en cuenta. Muchas veces las externalidades pueden ser no sólo espaciales sino temporales. Así, no sólo puedo generar efectos no contratados a mis vecinos, sino a mis sucesores. Si se establece una facultad de pactar eternamente una limitación a la propiedad puedo cobrar hoy por una cláusula que será pagada por las generaciones futuras que ya no podrán disponer de sus bienes. Esa es la preocupación que generó la norma pero estableció límites que afectaban precisamente a quien libremente podría pactar la limitación.

La respuesta al problema no es pues una prohibición absoluta, sino por el contrario una limitación con un plazo que minimice el efecto de externalidades a los sucesores. Ligar los plazos a términos razonables, pero que no impiden la limitación de manera absoluta, concilia la autonomía con la necesidad de afectar intereses de terceros que no participan en el pacto. Curiosamente el propio Código Civil estableció salidas similares a otros institutos como el usufructo en el que limita su vigencia a plazos razonablemente largos, como la vida del beneficiario en el caso que éste sea persona natural o a treinta años si es persona jurídica⁹, evitando desmembraciones de la

⁷ “Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

⁸ Afortunadamente, como veremos, por medio del artículo 101 de la nueva Ley General de Sociedades se ha establecido la posibilidad de llevar a cabo este tipo de pactos en relación a acciones. Cuando el caso se presentó esa reforma no se había aún dado. Así, cuando se presentó este caso la operación no fue posible y el cambio que trae la Ley de Sociedades, vigente desde 1 de enero de 1998, no se puede extender a otros bienes distintos a acciones o participaciones.

⁹ “Artículo 1001.- El usufructo es temporal. El usufructo constituido a favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste. Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el estado a favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años.”

propiedad demasiado largas como para que afecten a los sucesores futuros¹⁰.

En esa línea es legítimo establecer pactos que afecten la tasa de retorno que espero obtener de mi propiedad pero ello comienza a ser cuestionable cuando afectan la tasa de retorno futura de personas distintas. Por ello, plazos más largos concilian ambos intereses y evitan absurdos como el que nos genera la norma vigente.

Así, carece de sentido que no se pueda pactar ni siquiera un día, ni dos, ni tres, ni diez años. En ese sentido es conceptualmente acertado el cambio que se propone de mantener un límite no absoluto pero sí temporal a la facultad de disponer y gravar. El proyecto propone la siguiente redacción:

“Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar. Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.”

Se admite un pacto de no enajenación o gravamen siempre que no supere los diez años. Si bien el plazo puede ser muy breve —dada la naturaleza económica de ciertos negocios— es un avance respecto de la norma vigente que impide cualquier pacto al respecto. En ese sentido consideramos que en ciertos casos un plazo mayor puede ser útil y razonable. Treinta años o la vida del beneficiario pueden ser términos que, de manera similar a lo que ocurre con el usufructo, parecen razonables.

El principio contenido en el artículo 882 del Código Civil vigente, su rigidez y, curiosamente, su impacto adverso al tráfico económico, ha traído la aparición de excepciones particulares.

Una de tales excepciones se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades. La mencionada norma señala en su artículo 101:

“Artículo 101.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.
Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no

pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción.”

Excepciones como ésta se explican en que en nuestra opinión, paradójicamente, una norma que trata de justificarse como un mecanismo de protección del tráfico económico, podría estarlo restringiendo.

Es evidente que renunciar a la facultad de disponer y gravar tiene un costo para el propietario. Significa renunciar a la posibilidad de hacer líquido el bien o de usarlo para adquirir financiamiento. Una propiedad a la que se priva de un atributo tan importante como el que permite gravar o disponer, reduce su valor económico y evidentemente vale menos que la misma propiedad con el ejercicio de todos sus atributos sin restricción

¹⁰ Alguien podría afirmar que la idea que se propone no es muy coherente con el caso de las personas jurídicas que en realidad no tienen sucesores que puedan verse afectadas por el pacto eterno de no enajenación. Pero es a es una visión parcial. Finalmente siempre los accionistas o socios de una persona jurídica son directa o indirectamente personas naturales que tendrán sucesores que serán afectados por el impacto que accionistas anteriores admitieron directa o indirectamente.

alguna. Si ello es así, un individuo actuando razonablemente dentro de la esfera de su autonomía privada, sólo aceptará asumir ese costo a cambio de algún beneficio.

Por otra parte, para que alguien esté dispuesto a ofrecer ese beneficio económico, debe tener para él algún valor que el propietario pierda su facultad de disposición o gravamen. Es decir, la existencia de una obligación de no hacer por parte del propietario le reporta algún beneficio por el que la contraparte está dispuesta a sacrificar algo.

Para que el propietario acepte renunciar, la contraparte tendrá que pagarle o compensarle por un valor superior al costo que le significa su renuncia a dicho propietario. Pero la contraparte sólo pagará dicho valor si el beneficio que recibe es mayor que la compensación que otorga.

Eso significa, en buen cristiano, que la *compra* de la renuncia sólo operará si dicha renuncia es valorada por la contraparte en más de lo que el propietario valora sus facultades de disponer o gravar. En pocas palabras la compra de la *renuncia* sólo operará si el beneficio es mayor al costo, es decir si genera un resultado eficiente. Veámoslo con un ejemplo:

Jorge tiene dos casas en la misma calle, una al lado de la otra. Sólo necesita una de ellas para vivir, pero no vende o alquila la otra porque no desea tener un vecino indeseable, que le gusten las fiestas y el ruido. Ello porque Jorge ama la tranquilidad y desea sólo tener vecinos conocidos y que compartan las mismas ideas y principios. Francisco, un amigo de Jorge, sería el vecino ideal, pues ama la tranquilidad y el tener un buen vecino tanto como Jorge.

Ambos ganarían viviendo uno al lado del otro pero Jorge tiene el temor que vendiendo la casa a Francisco, éste a su vez se la venda a un tercero o que la hipoteque, no pueda pagar la deuda y termine un vecino no deseado adquiriéndola en un remate. Por ello, está dispuesto a vendérsela a Francisco siempre que éste acepte no vendérsela a nadie más y renuncie a gravarla.

Imaginemos que el valor en el mercado de la casa es S/. 100,000, cuando Jorge le hace la oferta a Francisco, éste le dice que le interesa pero no al valor del mercado. La razón es evidente: ese valor refleja la posibilidad de

vender luego la casa, es el valor de la casa en posibilidad de ser vendida. Pero una casa sin facultad de disposición vale menos.

Si el precio pactado con la renuncia a vender y gravar fuese de S/. 80,000, ello indica que Jorge valora su tranquilidad y al buen vecino en más de S/. 20,000, que es el sacrificio que se ha hecho respecto al valor de mercado. Por su parte si Francisco acepta pagar S/. 80,000 es porque valora su facultad de disposición en menos de S/. 20,000. Por tanto, Jorge está mejor porque sacrificó S/. 20,000 por algo que valora en más de S/ 20,000, y Francisco está mejor porque recibió un descuento de S/. 20,000 por algo que para él vale menos – su facultad de disponer.

Si los dos ganan y nadie pierde, ¿por qué prohibir ese pacto?

Esa es la misma lógica que explica que dichas limitaciones sí puedan pactarse respecto de acciones de una sociedad mercantil. Si un nuevo inversionista desea que otros accionistas que resultan estratégicos por el negocio no puedan salir de la sociedad, puede pactarlo según el artículo 101 de la Ley General de Sociedades y es evidente que el accionista estratégico recibe algún beneficio que justifica su decisión de aceptar renunciar a la facultad de gravamen y disposición. Posiblemente su interés en el capital o inversión que trae este nuevo inversionista sea razón suficiente, o es probable que el accionista estratégico haya exigido cláusulas o condiciones adicionales a fin de aceptar renunciar a parte de las facultades que le da su derecho de propiedad.

En esa línea, permitir el pacto favorece la inversión, es decir una mayor movilidad de los factores productivos, de la misma manera que permitir que Francisco limite la venta futura permite justamente la circulación del bien, aunque suene paradójico.

Desde ese punto de vista el artículo 882 del Código Civil vigente no parece contener la solución más adecuada. Hasta ahora hemos visto que la regla parece absurda porque ambas partes están mejor con el acuerdo y nadie está peor, por lo que el artículo sólo conduce a afectar y restringir la autonomía privada y los intercambios sin justificación. Pero si el acuerdo afectara a un tercero podría haber una razón para prohibir el pacto.

Imaginemos que Francisco tiene un hijo. De pronto Francisco muere y su hijo hereda la casa adquirida por su padre. Ahora su hijo la quiere vender, pero no puede por el pacto original de su padre con Jorge. Pero él sufre un costo por el que no ha pagado. Y sobre todo Jorge y Francisco, al contratar, no tenían interés en evaluar cuánto se vería afectado el hijo de Francisco. Así el costo asumido por Francisco le fue compensado a Francisco, pero no a sus sucesores por el resto de la historia. De hecho es así como surgieron las propiedades vinculadas como *las manos muertas* o las *capellanías*. No fue en sí misma la restricción la que generó el problema, sino el carácter perpetuo o excesivamente duradero de la misma.

Así, las propiedades vinculadas, sólo aparecen con pactos de no disposición o no gravamen eternos o de plazos muy largos. Pero plazos razonables no generan ese efecto. Por ejemplo, como decíamos, cuando el Código Civil reguló el usufructo evaluó el mismo problema: la aparición de una limitación al derecho de la propiedad por la desmembración del uso y el disfrute. Y los problemas de vinculación podrían aparecer igual si el usufructo fuese eterno, convirtiendo a las generaciones futuras en nuevos propietarios que en el fondo no serían verdaderos propietarios pues sólo tendrían la *nuda propiedad*. Pero en ese caso el legislador dio una respuesta distinta: estableció un límite temporal en lugar de prohibir el usufructo. Así, el artículo 1001 del Código Civil establece:

“Artículo 1001.- Plazo del usufructo.

El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.

Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años.”

Como sugeríamos la regla razonable debería ser similar a la del artículo 1001 aplicable al usufructo: treinta años o la vida del beneficiado por el pacto de ser este una

persona natural. Así la norma tendría un sentido equitativo, sin limitar transacciones eficientes pero a la vez cumpliendo su rol de evitar la aparición de formas de propiedad vinculadas. Por ello, estamos de acuerdo con el sentido de la reforma pero no con el plazo. Y de acogerse nuestra sugerencia, y por coherencia, debería también modificarse la Ley General de Sociedades para tener un plazo similar.

V. LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS Y LA DESTRUCCIÓN DE LA CERCA: EL ARTÍCULO 952.

La parte más floja del Libro de Reales ha sido siempre la referida a transferencia de propiedad. La reforma es relevante en este aspecto por dos razones: (i) por lo que cambia, pero, sobre todo; (ii) por lo que no cambia.

Si bien como diagnosticamos hace ya veinticinco años¹¹ la regulación de la prescripción perfora la protección de la propiedad y hace el régimen inconsistente, prefiriendo al poseedor sobre quien tiene derecho inscrito, lo que es inconsistente; lo cierto es que ése es sólo parte del problema, pues la raíz está en partir, en inmuebles, de un sistema consensualista. El primer problema está abordado en el proyecto de reforma –aunque con serios problemas de consistencia– pero el segundo no es tratado, lo que convierte a la propuesta en un mero parche.

Por ello en este comentario comenzaremos con lo que falta y por qué se sugiere que se regrese a la trocha abandonada por un proyecto de reforma anterior, en una comisión también presidida por Jorge Avendaño, que no aceptaba la *media caña*.

Luego seguiremos analizando el cambio en la parte pertinente del régimen de prescripción, y en particular el artículo 952 del Código Civil, para ver lo positivo y lo negativo que nos trae la reforma en ese aspecto específico.

A. Lo que falta: acabar con el consensualismo y su inconsistencia funcional.

Hemos visto que el *quid* de la propiedad radica en esta posibilidad de excluir a los demás. Sólo

¹¹ BULLARD, Alfredo. “La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble”. THEMIS- Revista de Derecho 7. 1987.

así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos.

Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad es el de *seguridad jurídica*. Según este principio la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de *compra* de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes —y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos.

Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión.

El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos —por ejemplo, que se transmita una propiedad gravada con un derecho real de garantía o sobre la que recaiga un usufructo y que no permitiría excluir en ciertas circunstancias al acreedor o al usufructuario, respectivamente. Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad de excluir ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiriera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos entonces ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad.

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza

de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias:

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes (correcta asignación de recursos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.
- b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propiedad, titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. En pocas palabras la tratarán como una propiedad sin cerco o con un cerco débil. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta.

Según lo que hemos visto, ¿cómo se debe transmitir la facultad de excluir? O dicho en otros términos, ¿qué requisitos debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad? A nuestro entender deben cumplirse tres requisitos:

- a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivados del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Sólo a partir de que el adquirente recibe la facultad plena de

exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero –en efecto lo es– y que, por tanto, su decisión debe basarse en ciertos criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual –esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí– y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad –por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente. De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

¿Transmite el sistema de transferencia de propiedad vigente la facultad de excluir? Veamos.

Concentrémonos en los bienes inmuebles. En nuestro diseño legislativo la norma clave parecería ser el artículo 949 del Código Civil:

“Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

Esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de

la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para efectuar la transferencia de propiedad. La disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 del Código Civil no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Imaginemos al cliente que acude a un estudio de abogados y le pregunta a uno de sus integrantes desde qué momento sería propietario, sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que éste está ocupado por un tercero, el mismo que tiene su derecho inscrito. Al pedirle su título de propiedad, el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que él celebró. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebró ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el Poder Judicial le da la razón a la otra parte.

El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del Derecho en la realidad. En el trasfondo, en la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿A partir de cuándo podré yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿Desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado *propiedad*? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas son diferentes. El Código habla de una relación jurídica a la que llama *propiedad*, que aparece en el momento en que se celebra el contrato. Pero esta *propiedad* es una propiedad relativa –lo que en sí mismo es un contrasentido–, pues no permite excluir a todos. Tan es así, que un *adquirente* posterior, pero que inscribe su derecho con anterioridad, no podrá ser excluido. En realidad, nadie es un auténtico propietario

al celebrar un simple contrato. La respuesta del abogado debió ser otra. Debió decirle a su cliente que nada significaba el simple contrato para los fines de exclusión absoluta –y que se grafican claramente en la expresión *esto es mío*, lo que por contraposición quiere decir que no es de nadie más– y que si se quería sentir un auténtico propietario debería tomar las medidas y previsiones necesarias para inscribir inmediatamente su adquisición en los Registros Públicos. A esta conclusión parecería llegarse a través de la lectura de otros dispositivos contenidos en el Código.

No quisiéramos desarrollar aquí toda la controversia surgida alrededor del llamado concurso de acreedores –en particular al alcance del artículo 1135 del Código Civil–, ni de la aplicación de las normas registrales pertinentes –en especial los artículos 2014, 2016 y 2022. Sólo quisiéramos dar un panorama general a fin de determinar lo relativo de su aplicación y, por ende, de su eficacia.

A nuestro entender, las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949 del Código Civil, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta es realmente transferida. Este signo es, tratándose de bienes inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos. Así, poco importa si el artículo 949 se refería a una *propiedad relativa*, pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquirente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es una escala en el camino pero de ninguna manera el fin del viaje.

Algunos tratan de identificar en el artículo 1135 del Código Civil una relación de preferencias hechas por el legislador para premiar la diligencia. Esta es una verdad a medias. Veamos el texto del artículo 1135.

“Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.”

Si bien es cierto que el sistema está diseñado

para proteger el comportamiento racional del individuo, su función principal es determinar un marco de seguridad jurídica a terceros (potenciales adquirentes), sobre todo en lo que respecta a la protección del primero que inscribe el bien. Así se elimina el riesgo y con ello se facilita la transmisibilidad del derecho a excluir. Gracias a este artículo –y a algunos otros del Código–, la transferibilidad le da la mano a la exclusividad (características infaltables para internalizar las externalidades y permitir que la propiedad cumpla su función económica y social). El segundo de los criterios escogidos (documento de fecha cierta anterior) se refiere a un valor distinto. Cuando ninguno de los acreedores en conflicto ha alcanzado a constituir un signo de cognoscibilidad, el Código Civil acude a la certeza en la antigüedad del título. Esto tampoco se relaciona directamente con la diligencia. La fecha cierta podría aparecer como consecuencia de un hecho ajeno a las partes (por ejemplo, la muerte de uno de los otorgantes del instrumento, que le da fecha cierta al momento de la muerte; la incorporación de documento a un expediente; etc.) y no necesariamente como efecto de un comportamiento diligente de uno de los acreedores. Por tanto, el problema es otro.

El artículo 1135 tiene innumerables defectos –que son más una consecuencia de la incoherencia y falta de concordancia en el sistema– y que no es el caso enumerar. Sólo quisiéramos destacar que este artículo nos deja en la incertidumbre de cuál es el signo de cognoscibilidad que nos permite transmitir la facultad de exclusión de los inmuebles no registrados. Esto llama la atención si se tiene en cuenta que uno de los argumentos utilizados para descartar el proyecto planteado por Avendaño cuando se elaboró el Código de 1984 –respecto a la distinción entre bienes registrados y no registrados–, fue la gran cantidad de bienes inmuebles no registrados que existen en el Perú. El proyecto mencionado, daba precisamente la solución a este problema: concedía el carácter de signo de cognoscibilidad a la posesión. El sistema tal como quedó planteado olvida por completo a los propietarios de los inmuebles no registrados. Ellos quedaron en un *limbo* sin oponibilidad.

En lo que concierne a las normas registrales, éstas parecen coincidir en lo general con lo dispuesto por el artículo 1135. Así

conceden a la inscripción la calidad de signo de cognoscibilidad que perfecciona la transferencia de la facultad de exclusión absoluta. Ello se desprende del texto de los siguientes artículos:

“Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título onerosos algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causa que no consten en registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.”

“Artículo 2016.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.”

“Artículo 2022.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.”

No quisiéramos extendernos demasiado analizando de manera exhaustiva las contradicciones y problemas que estos artículos plantean. Sólo nos interesa graficar la idea general: a fin de cuentas es la inscripción del derecho lo que le da a la propiedad —y por tanto a la facultad de exclusión— el carácter absoluto. Es a partir de este momento que las externalidades son internalizadas, surgiendo los incentivos necesarios para explotar productivamente el bien sin llegar a una sobreexplotación del mismo.

Como vimos existían tres requisitos que debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad:

- a) Que la propiedad esté reconocida objetivamente en el derecho positivo.
- b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva de un titular a otro la posibilidad de excluir a todos.

- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir.

De lo dicho hasta ahora parece deducirse que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble, con imperfecciones es cierto, cumple con los tres requisitos. La propiedad aparece reconocida expresamente en el artículo 923 del Código Civil como aquel derecho que faculta al titular a excluir a los terceros del uso, disfrute y disposición del bien. Por otra parte, la aplicación coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil parecería cumplir con los otros dos requisitos. Así, se designa como signo de reconocibilidad al registro y se concede a éste el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros. Pero deja un inmenso vacío en el caso de los inmuebles no registrados, que en el Perú son una cantidad apreciable de nuestro territorio. Ese vacío no es abordado en nuestro sistema y tampoco en la reforma.

Pero ese no es el único problema.

B. La prescripción *contra tabulas*.

Imaginemos nuevamente al cliente que acude al abogado para preguntarle desde cuándo será propietario del inmueble que pretende comprar. El abogado, conocedor del rol meramente decorativo del artículo 949, le indica a su cliente que recién podrá sentirse seguro de su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, previo estudio de títulos a fin de verificar que no existan causales de anulación, rescisión o resolución que consten en registros públicos —siguiendo lo que indica el artículo 2014. Para ello el abogado obtiene copia de los respectivos asientos registrales, así como de todos los demás títulos y documentos pertinentes. Luego de un cuidadoso estudio determina que no existe vicio alguno en los últimos 10 años (período establecido para la prescripción adquisitiva por el artículo 950) por lo que aconseja a su cliente que proceda a la compra del inmueble, recomendándole ciertas medidas contractuales a fin de garantizar su derecho hasta la inscripción¹².

¹² Debe tenerse en cuenta que el plazo de diez se explica porque, en caso que en la cadena de transmisiones de

Efectivamente, el cliente celebra contrato de compraventa, consigue inscribirlo y en consecuencia se siente totalmente seguro con su adquisición. Cuando acude a ocupar el inmueble se encuentra que el mismo está ocupado por un tercero que le indica que vive ahí hace más de 10 años. Cual no será la sorpresa del cliente cuando unos días después de su compra recibe una notificación judicial en virtud de que el ocupante ha iniciado un procedimiento a fin de que se declare que ha adquirido por prescripción el inmueble. El juez finalmente le da la razón al ocupante, en virtud a lo que dispone el artículo 952:

“Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.”

El segundo párrafo de este artículo es central en lo que concierne al sistema de transferencia de propiedad. Los abogados al estudiar los títulos de propiedad de un inmueble suelen revisar la información que consta en Registros Públicos en los últimos diez años y si no encontramos ningún defecto consideramos que la adquisición que se haga será perfecta. Esto es un error. No podemos confundir diez años *de posesión*, con diez años de mantener un determinado *status registral*. Se adquiere por prescripción cuando alguien ha poseído por diez años un inmueble, es decir, cuando se ha comportado como propietario por todo este período de tiempo. Y por posesión se entiende posesión física. Para comportarse como propietario —es decir, para ejercer de hecho uno o más de los atributos de la propiedad— no bastan meros actos de disposición inscritos en los Registros Públicos. De lo contrario, el segundo párrafo del artículo 952 vigente carecería por completo de sentido al señalar que se puede cancelar la inscripción del anterior propietario.

Así, no cabe argumentar que la celebración de contratos constituye en sí acto posesorio —ejercicio de la facultad de disposición. Hacerlo implicaría aceptar que si treinta personas

celebran contratos sobre un mismo inmueble tendremos treinta poseedores. La posesión implica una intermediación física o jurídica al bien, que no se da por la simple inscripción de una transferencia.

Existen básicamente dos tipos de relaciones que se establecen entre la prescripción y la inscripción registral. Podemos estar frente a una prescripción *secundum tabulas* o a una *contra tabulas*. La prescripción *secundum tabulas* se da cuando el poseedor que arguye haber adquirido por prescripción no sólo ha tenido la posesión física del inmueble (sea por propia posesión o utilizando la facultad contenida en el artículo 898 para sumar los plazos posesorios), sino lo que podríamos llamar una “posesión” registral. Así, la historia registral coincide con la historia de los antecedentes de las operaciones de transferencia mediante las cuales llegó a poseer. Ello, obviamente, sólo será importante si el poseedor actual tiene mala fe. Si el poseedor actual tuvo al momento de su adquisición buena fe, estará amparado, según el caso, por el artículo 1135 o por el artículo 2014 del Código Civil. Cuando la prescripción sigue la misma línea posesoria que aparece descrita en registros públicos, los estudios de títulos tal y como fueron efectuados por el abogado de nuestro último ejemplo serán útiles. El problema es cuando nos encontramos con una prescripción *contra tabulas*, es decir, una línea posesoria completamente distinta a la línea de transferencia de propiedad que aparece en los Registros Públicos.

Esto es lo que le pasó al cliente de nuestro ejemplo. En este caso los estudios de títulos, tal como se hicieron, carecen de toda utilidad. El registro nos lleva a una conclusión equívoca si tenemos en cuenta que el segundo párrafo del artículo 952 vigente consagra en nuestro sistema la adquisición *contra tabulas*. Esta equivocación es atribuible a que el registro sólo nos cuenta una parte de la historia, pero no nos cuenta lo más importante: quién está poseyendo efectivamente el inmueble. El efecto final es que el registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado

propiedad aparezca algún vicio anterior al inicio de este plazo, esto poco importaría, pues el poseedor actual igual hubiese adquirido ya por prescripción, saneándose cualquier deficiencia. Así se evita lo que se conoce como la “prueba diabólica” y que no es otra cosa que la necesidad de probar una cadena incuestionable de adquisiciones desde los orígenes del bien para legitimar al propietario.

posesión—directamente o por suma de plazos posesorios—, diez años. Curiosamente, la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognoscibilidad oponible incluso a la inscripción registral, a pesar que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto.

Consecuencia de lo dicho es que en una transferencia de propiedad puede ser que la tradición sea un hecho mucho más importante que la inscripción. Si alguien tiene la posesión actual del inmueble y puede sumar diez años para atrás, podrá siempre argumentar que ha adquirido por prescripción. Puede darse el caso de que alguien, amparándose en el registro, inscriba su adquisición con posterioridad a la fecha en que el poseedor pueda argumentar que ya adquirió por prescripción. Algunos pueden pensar que ello convierte en propietario a quien inscribe su derecho (al amparo del artículo 2014), y que, por tanto, el poseedor pierde la propiedad que adquirió por *usucapion*. Esto, a nuestro entender, es un error. Quizás en el preciso instante de la inscripción tengamos un nuevo propietario, pero inmediatamente después, en el instante siguiente, el poseedor actual vuelve a adquirir por prescripción, pues puede volver a sumar diez años para atrás.

Como puede verse, las consecuencias de la aplicación de la prescripción *contra tabulas* son dramáticas para el sistema descrito en las secciones anteriores de este artículo. Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognoscibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema. En otras palabras la prescripción derrumba el cerco creado por el registro, en mérito a lo que dice el artículo 952.

Esto no sólo puede tener un costo en términos de eficiencia sino, incluso, en términos de equidad. Lo que el segundo párrafo del artículo 952 nos dice es que, al adquirir un inmueble, debemos preocuparnos más por quién esté poseyendo que por quién aparece con derecho inscrito en los Registros Públicos e, incluso, debemos dar más importancia a la tradición que a la inscripción de nuestra transferencia. Así, si otro subadquirente inscribe antes que nosotros, podremos,

como último recurso, argumentar que hemos adquirido por prescripción, pues podremos recurrir a la suma de plazos posesorios.

Algunas legislaciones han podido conciliar la prescripción *contra tabulas* con la seguridad registral, relativizando este “efecto fantasma” que el segundo párrafo del artículo 952 ha traído a nuestro sistema. Tal es el caso del sistema español. Producida la inscripción de una transferencia en los Registros Públicos se suspende inmediatamente, y por el plazo de un año, el efecto de la prescripción. Así, el nuevo adquirente tiene un año para interponer las acciones pertinentes contra el poseedor. Pasado este plazo la prescripción retorna sus efectos y, por tanto, el poseedor actual podrá solicitar que se le declare propietario, acceder al registro y cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. En nuestro sistema esto no existe, por lo que debemos entender que no se da el efecto suspensivo y, en consecuencia, quien adquiere por prescripción tiene siempre un mejor derecho que quien adquiere por registro.

VI. ¿CÓMO CERRAR EL CERCO? LOS BIENES REGISTRADOS Y LOS NO REGISTRADOS.

Como hemos visto, tanto las imprecisiones derivadas del sistema consensual—corregidas imperfectamente por las normas registrales y las normas de concurso de acreedores— como del efecto distorsionador de la prescripción *contra tabulas* generan una propiedad que no funciona libre de crear distorsiones. El reciente proyecto de reforma bajo comentario no termina de resolver el problema.

Previo a este último proyecto, una subcomisión, bajo el liderazgo del mismo Jorge Avendaño, propuso mecanismos que justamente resolvían el problema y cerraban el cerco.

Desde que Jorge Avendaño propuso, durante la discusión previa al Código Civil de 1984, cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados, desató un debate que no ha terminado pero que parecería, en la discusión del último proyecto, ha vuelto a perder.

En la discusión, las respuestas en contra

fueron realmente curiosas y se encerraron en meros razonamientos circulares en los que, como bien anota Fernando de Trazegnies¹³, criticando a los opositores del cambio, los principales argumentos fueron la tradición, la naturaleza y los romanos. Así, se usaron argumentos tales como: (i) por qué cambiar las cosas si siempre hemos clasificado en muebles e inmuebles; (ii) la naturaleza de las cosas es clara: hay cosas que se mueven y cosas que no se mueven; o, (iii) eso nos viene desde la época de los romanos.

Ninguno de los argumentos usados en contra del cambio se centra en el tema principal que motivó la propuesta, es decir, el buen funcionamiento del sistema de transferencia y constitución de titularidades. No clasificamos en muebles o inmuebles para tener nuestra conciencia tranquila con Dios por haber creado cosas que se mueven y cosas que no se mueven, ni para estar tranquilos con Olaechea y los demás autores del Código Civil de 1936 o para que Justiniano descansa en paz. Lo hacemos para resolver problemas de la vida diaria, de seres de carne y hueso que tienen que interactuar entre ellos y que son finalmente a quienes se debe el legislador.

Esto se refleja claramente en el proyecto de la subcomisión que trabajó en los noventa para reformar el Código Civil y que vuelve a recoger la propuesta de Avendaño, relanzada, reforzada, con mayor aceptación que hace 25 años. Sin embargo parecen haberse diluido en el último proyecto que comentamos las posibilidades de ser aceptada e incorporada a nuestro ordenamiento civil¹⁴.

Así Avendaño nos dice, comentando su propia propuesta anterior:

“El nuevo criterio es, pues, el de bienes registrados y no registrados, estableciéndose

que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no sólo al de propiedad inmueble, sino a todos los registros. Un paso muy importante para la seguridad jurídica y una consolidación muy significativa de los diversos registros que cada vez se van unificando y mejorando su servicio en la SUNARP, que es el sistema registral. Entonces ¿cómo se transferirán los bienes registrados, ya sea un edificio o un caballo de carrera, sean muebles o inmuebles, sean corporales e incorporeales? Con registro constitutivo. Y ¿cómo se transferirán los bienes no registrados, bien sea una casa no inscrita, un terreno no registrado, hasta un vaso o un reloj? Con la tradición, la entrega, se limpia el asunto; ni siquiera habrá concurso de acreedores. Como ocurre con la hipoteca desde el siglo pasado, su inscripción es obligatoria. Los bienes inmuebles no inscritos se han ido incorporando al Registro poco a poco, con lo cual ha ido mejorando la situación registral en general y esos son los bienes que se pueden hipotecar. Así será en el futuro.

(...)

La gran modificación en materia de Derechos Reales en el proyecto del Código Civil, es la clasificación de bienes registrados y no registrados, lo cual no sólo cambia el régimen de transferencia de la propiedad, sino también el régimen de garantías, que es lo que está discutiendo actualmente la Comisión Revisora¹⁵.

Cuando Avendaño se refiere a la seguridad en el tráfico que el proyecto persigue se está refiriendo en realidad a los costos de transacción. Como ya hemos visto, en el mercado de bienes y derechos los costos de transacción dependen de una serie de factores¹⁶. Pero uno de los principales factores es la propia definición de los derechos y titularidades.

¹³ DE TRAZEGNIES, Fernando. “Bienes, naturaleza y romanos”. En: El Comercio. 21 de diciembre de 1982.

¹⁴ AVENDAÑO, Jorge. “La Clasificación de los Bienes en Función del Registro” En: Revista Jurídica del Perú 10. 1997. pp. 36-37.

¹⁵ AVENDAÑO, Jorge. “El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil”. En: Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial 2. 2000. pp. 106-107.

¹⁶ El Premio Nobel de Economía Ronald Coase (“The Problem of the Social Cost”. Journal of Law and Economics, Octubre 1960. pp. 1-44.) define los costos de transacción en los siguientes términos: “Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos”.

La definición de derechos no es un tema meramente teórico. Ni siquiera es un tema principalmente teórico. Es un tema esencialmente práctico. Una de las cosas que los economistas comprenden es que lo importante es, antes de cómo son las cosas, cómo son percibidas. Los individuos toman decisiones de conducta en base a lo que perciben, independientemente que las cosas en la realidad sean distintas. Por ello, no interesa que el Código Civil diga que uno es propietario, con facultad de excluir a los demás, por el simple consenso. Las personas se sienten propietarios no cuando el Código Civil lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura y ello significa menores costos en el tráfico económico.

Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. En consecuencia hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar.

Por el contrario, si el derecho está mal definido y no se puede pronosticar el resultado de un juicio —por ejemplo, no es fácil saber quién será declarado propietario— los costos de transacción se elevan. Como ya se mencionó, si adquiero un predio de quien no tiene su derecho inscrito, siempre habrá el riesgo de que aparezca un tercero alegando un mejor título y que hoy, al momento de contratar, no puedo identificar. Entonces la incertidumbre crece, con ello su *precio* y por aplicación de la ley de oferta y demanda la cantidad demandada de esa propiedad cae. Mayores costos de transacción —menor seguridad en el tráfico en los términos más tradicionales— significan menor circulación de la riqueza y menor bienestar.

Pero si cortáramos allí el argumento, estaría incompleto. Si bien es cierto que definir un derecho reduce los costos de transacción, a su vez la propia definición del derecho tiene costos y es, paradójicamente, un costo de transacción. Esto quiere decir que se puede generar una paradoja o contradicción entre el efecto de reducir costos al definir derechos, pero a la vez incrementar los costos al definir tales derechos.

Registrar una propiedad permite definir el derecho de manera más precisa y completa, pero el propio registro tiene un costo. Este

tiene que ser organizado y requiere de una infraestructura y un personal que alguien tiene que pagar. Pero además acceder a él tiene un costo porque hay que pagarles a abogados, notarios y tramitadores. Y esos son costos de transacción.

Esta aparente paradoja puede graficarse con un ejemplo. Hay automóviles más seguros que otros. Algunos tienen una estructura débil, materiales no muy bien ensamblados o de deficiente calidad. Un accidente los convierte en una trampa mortal. Otros automóviles en cambio pueden resistir el impacto brindando una seguridad sorprendente. Tienen aditamentos como barras de seguridad o bolsas de aire que reducen sustancialmente el riesgo de morir en un accidente de tránsito.

La seguridad automotriz reduce un costo: el costo de los accidentes. La mayor seguridad hace que invirtamos menos en gastos médicos, en sepelios y en el costo humano que de los daños a la integridad física o la vida se deriva. Pero a su vez los mecanismos de seguridad de los automóviles también son un costo que hay que pagar. Un automóvil Tico es más barato si se mide por el precio pero más caro si se mide por el costo de los accidentes. Por el contrario, un Volvo es barato en costos de accidentes, pero la factura que refleja su precio no está al alcance de todo bolsillo.

Cuanto más valioso sea un bien, mayores incentivos habrá para gastar más en asegurar su propiedad. Si un bien es muy barato (como un lapicero descartable) gastar en tenerlo en un registro podría costar más que el propio valor del bien. En esos casos incurrir en los costos de una mejor definición de derecho no se justifica en los beneficios que se obtendrían.

Por el contrario un predio, por el valor que tiene, justifica una mayor inversión en seguridad para evitar una pérdida económica importante al titular si no pudiera excluir a un tercero. Entonces gastar en un registro aparece como justificado.

Este problema es claramente explicado por Cooter y Ulen:

“El derecho de propiedad debe elaborar entonces algunas reglas que balanceen los impedimentos al comercio creados por la incertidumbre de la propiedad, con el

costo del mantenimiento de un sistema de verificación. Para los bienes costosos tales como casas y automóviles, la ley reduce las incertidumbres que afectan al comercio proveyendo de un sistema para el registro de los títulos, y por lo general obliga a que todas las ventas se hagan mediante el proceso de registro negándose a proteger las transacciones de estos bienes que no se registren. Pero en el caso de transacciones pequeñas, el costo de mantener un sistema de verificación superaría al beneficio derivado de la reducción del riesgo¹⁷.

Sin embargo, la posibilidad de discriminar entre cuándo gastar mucho en seguridad y cuándo poco, puede ser compleja. Una posibilidad es decir que los bienes por encima de cierto valor (por ejemplo 20 UITs) se registrarán y los que estén por debajo de ese valor se transferirán por simple tradición, un sistema menos seguro pero claramente más barato. Pero las reglas no sólo deben ser buenas, sino simples de aplicar.

Otra alternativa es la de usar otros criterios como la movilidad. Pero es un criterio equívoco. Si bien originalmente podría pensarse que lo que no se mueve (por sus dimensiones o características) tenderá a valer más que algo que se puede mover, ello, gracias al desarrollo tecnológico, no es cierto. Un avión o un barco valen más que muchos predios, pero se mueven. Y un pequeño predio puede valer mucho menos que un automóvil. Ello es lo que originó excepciones para que la Ley dijera que los aviones y los barcos *no se mueven* (son inmuebles).

Pero soluciones como esas sólo reflejan la dictadura de un Derecho que declara que las cosas son como quiere que sean, incluyendo la absurda declaración (parecida a la de Galileo ante la Inquisición) de que un avión (como la tierra) está inmóvil, pero se mueve. Se pierde así la importancia práctica del sistema en la rigidez de una declaración meramente legal.

La aparición de la propuesta anterior de cambio de clasificación de los bienes, inspirada sin duda en una visión práctica, rompe con la dictadura de un Derecho que cree encontrar la solución del problema en una mera declaración legal. Quizás el

secreto está en lo evidente. ¿Por qué dejar que la oponibilidad en la transferencia de una titularidad quede en manos de una declaración fría y abstracta de la Ley? ¿No es mejor dejar sujeta a la autonomía privada la definición de cuándo oponer un derecho y cómo hacerlo? Finalmente el valor de las cosas proviene no de la esencia de los bienes sino de cómo son éstos valorizados. De la misma manera como dejamos a los individuos calcular qué carro se comprarán en función a cuánto aprecian la seguridad y en relación a cuánto aprecian pagar como precio y renunciamos a que sea el Derecho el dictador absoluto de cuánta seguridad tenemos que comprar obligándonos a que todos los automóviles sean Volvo, ¿por qué no hacemos lo mismo respecto de la seguridad de las titularidades que adquirimos?

Revisemos el proyecto anterior de Avendaño para descubrir la gran oportunidad que se está perdiendo con el absoluto silencio de la última propuesta.

Si uno revisa el Anteproyecto anterior que preparó la Sub-Comisión a cargo del Libro de Reales encontrará, en primer lugar, en el artículo 889, cómo se clasifican los bienes según esta nueva perspectiva:

“Artículo. 889.- Bienes registrados o no registrados.

1. Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico.
2. Los bienes no registrados pueden ser registrables o no registrables. Son registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a algún registro de carácter jurídico.”

El nuevo rol de la autonomía privada era el *quid* de la propuesta. Nótese que no se parte de organizar el sistema de transferencia de bienes entre registrables y no registrables, sino registrados y no registrados. Si bien la registrabilidad está recogida en el segundo párrafo del artículo, este tema está subordinado a lo que aparece como más importante: que el bien esté o no registrado.

¿Por qué es esa diferencia importante? La

¹⁷ COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit. p. 184.

declaración de mueble o inmueble no es una declaración contra la que se pueda pactar. La autonomía no tiene un rol que jugar, y queda amarrada a la definición legal. Nadie puede, por acto jurídico, declarar que su casa es un bien mueble o que un lapicero es un bien inmueble. Por tanto no puede decidir cuánta seguridad quiere adquirir. Sólo queda sujeto, para oponerlo, a la declaración que el sistema jurídico ya ha hecho sobre la naturaleza del bien.

Si la propuesta de reforma fuera a partir de la clasificación de los bienes en registrables y no registrables no habría mucha diferencia con la clasificación entre muebles e inmuebles. La declaración de registrabilidad es también una declaración legal; es por tanto también una declaración dictatorial. Un predio es registrable fuera del hecho de la decisión de su titular de registrarlo.

Pero al definirse la transferencia de la titularidad en función a que el bien esté o no registrado, se deja la decisión del grado de oponibilidad en el campo de la autonomía privada del titular. Que el bien esté o no registrado es decisión del propietario, sea porque él mismo lo inscribió o sea porque él tomó la decisión de adquirir un bien registrado y descartó adquirir uno que no estaba registrado. En otras palabras, él escoge qué tan “exclusiva y excluyente” va a ser su propiedad.

Esto se refleja en el que es quizás el artículo más importante del Anteproyecto del Libro de Reales anterior, y es que define la forma de transferir derechos y titularidades sobre bienes:

“Artículo 885.- Inscripción. Tradición.

1. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente.

2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente.”

La propuesta significa una tremenda ventaja en términos de la decisión de cuánto nos beneficiamos con la oponibilidad frente a cuánto nos cuesta la oponibilidad. Dicho en otros términos, el análisis costo beneficio de los dos impactos que el registro tiene en términos de costos de transacción (costo de transacción-incertidumbre reducido vs. costo de transacción-mecanismo de oponibilidad elevado) deja de ser propiamente del legislador para pasar a los particulares en cada caso concreto.

Esto tiene, sin embargo, algunos límites legales. Dado que los lapiceros no son registrables, no podrán ser registrados y por tanto no podrán llegar las titularidades sobre los mismos a ser oponibles por un registro así la voluntad del titular lo desee. Pero ello puede explicarse en la identificación de supuestos claros en los cuales la registrabilidad resulta a todas luces más costosa que beneficiosa¹⁸.

El problema que quedaría es qué ocurre con los problemas que surjan en caso de signos de reconocibilidad impreciso como la posesión, es decir, el caso en el que alguien adquiere del poseedor no propietario en la creencia de que quien le transfiere es el propietario. El problema ya no se presentará con los bienes registrados donde la precisión de la publicidad registral lo resuelve. Pero en el caso de los bienes no registrados la salida es la adquisición a *non domino*. Esto se encuentra recogido en el Anteproyecto anterior en los siguientes términos:

“Artículo 886.- Adquisición de un no titular.

1. Quien de buena fe y como titular de un derecho real recibe de otro la posesión de un bien no registrado, adquiere

¹⁸ Esta es una afirmación relativa, cuyo relativismo se deriva, nuevamente, de los aportes de Avendaño. Una Comisión presidida por él y nombrada para redactar una nueva Ley de Garantías Mobiliarias, elaboró un Proyecto que finalmente se convirtió en Ley. Con la Ley 28677 se pueden oponer (con algunos límites) la constitución de derechos de garantía sobre bienes hoy no registrables como un lapicero, por medio de un registro reconceptualizado. Entramos así a una segunda fase, más audaz aún que permite la creación, por decisión de autonomía privada, de derechos oponibles de garantía por inscripción sobre bienes tradicionalmente considerados no registrables. El secreto de la Ley de Garantías es la creación de un registro personal de contratos, que incluya la afectación de bienes de todo tipo y sin excepciones. Este concepto avanza incluso en el sentido de poner fin al concepto de *numerus clausus*, permitiendo que la autonomía privada cree relaciones jurídicas con distintos grados de oponibilidad y que se escapen de la clasificación bipolar de derechos reales y obligaciones.

el derecho transmitido, aunque el transferente de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal.

2. Los bienes muebles no registrados respecto de los cuales se adquiera derechos reales en establecimientos abiertos al público, no son reivindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega. Queda a salvo el derecho del perjudicado para reclamar en la vía civil o penal, según corresponda.
3. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los contratos de arrendamiento, comodato u otros de naturaleza análoga respecto de bienes no registrados.”

Es importante notar que el sistema extiende la protección incluso a derechos tradicionalmente considerados personales como el arrendamiento o el comodato, reforzando la idea de que lo importante no es la *naturaleza real* sino la existencia de un signo de reconocibilidad que haga oponible la relación jurídica correspondiente.

Resumiendo lo expuesto, un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe entonces cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficiente posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducirse el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir, generar seguridad jurídica para los adquirentes. ¿Cuál de los objetivos debería preferirse?

Lo que se desprende de lo que hemos dicho es que la respuesta a esa pregunta no es fácil. Ambos objetivos reducen costos de transacción. Por un lado, poner pocas exigencias para transferir la propiedad facilita la contratación pues reduce el costo de llevar a cabo la transferencia. Por ejemplo, un documento privado es más barato que una escritura pública o que una inscripción registral. Pero, por otro lado, mayores requisitos pueden ser necesarios para crear signos de reconocibilidad que permitan a

los adquirentes saber que contratan sobre una base segura. Es lo que ocurre con los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes y reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son a su vez un costo de transacción (porque implican pagar al notario, al registrador, al abogado). Por ello, se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

Este dilema suscitó toda una discusión respecto a cuál es el sistema que debería adoptarse. En medio de esta discusión se encuentra la propuesta que estamos comentando. Lamentablemente parece que en la discusión de la que se origina el último Anteproyecto, la concepción tradicional y dogmática se ha vuelto a imponer sobre la posición funcionalista y con perspectiva de realidad.

Así, unos propugnan un sistema de transferencia vía registro, es decir, el sistema registral constitutivo del derecho de propiedad, mientras que otros, como Gastón Fernández Cruz, proponen un sistema basado en el consentimiento¹⁹, que es el que recoge el Código Civil. Fernández Cruz sostiene que un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace más “barato” contratar. Se inclina por tanto en priorizar el primer objetivo señalado.

Como veremos, tal posición parte de una construcción incompleta de qué son los costos de transacción, es decir, asume que el cerco de la propiedad debe permanecer con agujeros. Definitivamente lo que Fernández Cruz plantea elimina ciertos costos. El problema es que, como hemos visto, genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato.

Por ejemplo, si a uno le dan la opción de cruzar una calle caminando por la calzada o

¹⁹ FERNANDEZ, Gastón. “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú”. En: THEMIS-Revista de Derecho 30. 1994. pp. 149 y siguientes.

la de cruzar por un cable tendido entre dos edificios de un lado a otro de la calle, es lógico pensar que mucha más gente va a pasar por la calzada que por el cable, por una simple razón: por la calle hay más seguridad, mayor certeza, mientras que por el cable se está siempre sujeto a la contingencia de que un tercero –adquirente de buena fe–, nos haga caer. Esta incertidumbre hará que menos gente pase por el cable y más pasen por la calzada.

Gastón Fernández Cruz indica que eso parte del presupuesto de decir que no toda la propiedad está registrada pero eso no es así. Lo que se deriva de la propuesta de cambio de clasificación de los bienes es que podemos establecer un sistema por el que la transferencia de los bienes registrados sea por registro y la de los bienes no registrados sea por otro mecanismo como la tradición, que genera cierta publicidad.

Un sistema basado en el registro tiene reglas más claras. En el sistema consensualista debo confiar en: (i) que la persona que me está vendiendo es el propietario; (ii) que no le haya vendido a otro; (iii) o que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello sólo genera inseguridad.

Se suele pensar que corresponde a la Ley definir el grado de oponibilidad de un derecho real. Esa es justamente la dictadura de la que hablábamos líneas arriba. Pero ¿por qué no podrían ser los individuos, interactuando en el mercado, los que justamente definen qué tan oponible pueda ser una titularidad, en base a un menú de opciones dado por el sistema legal?

Como estamos viendo, la propuesta que analizamos tiene una concepción más completa de la que se deriva de sistemas que establecen rígidamente reglas de oponibilidad contra las que no se pueden pactar.

El resultado de un sistema como el que se propone, que deje a los particulares la decisión sobre cuál es el nivel de oponibilidad que desean, salta a la vista. Dado que la relación entre los costos de la incertidumbre y los costos de creación de un sistema de oponibilidad que los reduzca varían según las circunstancias y las preferencias de las personas involucradas, un sistema que sujeta

la decisión a la autonomía privada tiene la flexibilidad necesaria para que la decisión se tome caso por caso. Pongamos un ejemplo.

En el pueblo de Cora Cora en Puno, ubicado a varios días de jornada del registro más cercano, el propietario puede tener la disyuntiva de inscribir o no su predio agrícola. Si lo inscribe, la transferencia de propiedad en el sistema que se propone quedará sujeta al registro. La decisión le reportará una serie de beneficios. Quizás el precio al que pueda vender en el futuro se incremente sustancialmente. Además, podrá ofrecer su predio en garantía para obtener crédito.

Pero, a su vez, su decisión le reportará una serie de costos. Si tiene suerte, quizás exista un abogado en Cora Cora que le prepare los papeles para cualquier operación y si tiene más suerte aún habrá un notario. Pero lo más probable es que tenga que emprender una jornada de varias horas para llegar a un poblado donde existan los abogados y notarios y quizás la jornada sea más larga hasta llegar a un lugar donde haya una oficina receptora del Sistema de Registros Públicos.

Si la Escritura Pública llega a otorgarse luego de la pérdida de uno o dos días en el trámite, tendrá que esperar que los títulos presentados sean llevados en mula hasta la Oficina Registral donde el predio está registrado. Posiblemente sólo haya un viaje a la semana para llevar los títulos presentados hasta el lugar respectivo.

Pero, dado que los abogados y notarios a los que tiene acceso el campesino de nuestro ejemplo no son los mejores imaginables o que quizás le toque un registrador poco preparado o caprichoso, su título será observado y la próxima semana recién regresará el título con la observación a la oficina receptora. Cuando el campesino vaya a recogerla –con mucha suerte dos o tres semanas después de que dejó el título por primera vez– se dará con la ingrata sorpresa que tiene que corregir algo.

Buscará nuevamente a su abogado y a su notario y tratará de subsanar la observación. Ojala tenga suerte y lo pueda hacer para no volver a pasar por todo el proceso una y otra vez. Pero igual habrá perdido muchas horas –o días– de trabajo a un costo excesivo para su capacidad de ingreso y para el valor de su predio.

¿Y cuál sería su beneficio por inscribir? En el pequeño poblado de Cora Cora todos se conocen. Por tanto, todos saben quién es propietario de qué. Si alguien va a adquirir basta preguntar a los vecinos para identificar al propietario. Una sociedad pequeña tiene menores costos de transacción que una sociedad grande, compleja e impersonal. El resultado es que el registro da pocos beneficios en términos de mejora en la seguridad de las transacciones. En pocas palabras, cuesta mucho para el valor agregado que da²⁰.

Para el campesino de nuestro ejemplo quizás sea económicamente más lógico confiar en un sistema menos eficaz de oponibilidad pero más barato, que se encuentra entre sus posibilidades económicas y que es razonable en función al valor de su predio. Y entonces el tratamiento de su predio como un bien no registrado y transferible por simple tradición, sea la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

Claro está que la incorporación de Cora Cora a un mercado más integrado puede cambiar la situación. Por ejemplo, la llegada de una carretera a Cora Cora puede incrementar la actividad económica y el valor de los predios. Además se puede reducir el acceso a los registros porque los títulos pueden llevarse en un par de horas y no en un día entero. Y como llega más gente puede ser difícil o se puede perder la *memoria popular* de quién es propietario de qué. El cambio puede convertir el registro de ineconómico a perfectamente razonable y por tanto deseable para el campesino. Pero la decisión estará en él en base a la seguridad que desea tener en relación al costo que tiene que asumir por ella.

En cambio, el valor de una mansión en la zona más residencial de San Isidro, en la capital, que tiene un acceso a registros relativamente económico, justifican la registrabilidad de ese inmueble pues los beneficios serán claros en relación a los costos. Si el propietario se comporta razonablemente correrá a Registros Públicos para revalorizar su propiedad con una inversión baja en conseguir que el predio se registre.

Lamentablemente el último proyecto, objeto

de comentario, ha obviado todo lo señalado. Ha pecado de conservador y ha olvidado la importancia que tiene la Ley para resolver problemas en lugar de crearlos.

Lo único que ha quedado en este tema del proyecto anterior, es la regulación de la prescripción *contra tabulas*. Pero además ha quedado mal regulado. Veamos.

VII. ¿Y LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS?

En principio un sistema constitutivo para bienes registrados como el propuesto en el Anteproyecto anterior no necesitaría de prescripción adquisitiva. Si la función de la prescripción adquisitiva es facilitar la prueba de la propiedad, pero con el sistema la propiedad se prueba con el registro, al menos en los bienes registrados, la prescripción parecería innecesaria y debería desaparecer del mundo de los bienes registrados y ser dejada sólo para facilitar la prueba de la propiedad de los no registrados.

Sin embargo en un país con registros tan desactualizados como el nuestro, la prescripción puede servir para sanear partidas registrales que no se encuentran al día por dejadez o inacción de sus propietarios. No es inusual que las declaraciones de herederos de personas fallecida hace décadas nunca se hayan efectuado y los sucesores, luego de varias generaciones, no tienen cómo acreditar la secuencia a través de la cual son hoy propietarios. Pero nuevamente, introducida la prescripción, reingresaría el fantasma de la posesión primando sobre el registro. Ello considerando la actual regulación de la prescripción *contra tabulas* contemplada en el artículo 952 del Código Civil vigente.

Sin embargo, ello podía ser corregido con un principio relativamente sencillo. Bastaría que se establezca que la adquisición de buena fe amparada en el registro interrumpe la prescripción, incluso la ya ganada, de manera que quien adquirió por prescripción y permanezca en posesión del inmueble luego de inscrito el derecho de un tercero, deberá sumar otro periodo de diez años para volver a adquirir la propiedad. De esa manera el registro siempre le gana a la posesión, pero se permite a la posesión seguir desarrollando

²⁰ Esa es de alguna manera la explicación de por qué en la relativamente pequeña sociedad romana los inmuebles se podían transferir por *traditio*.

su función de saneamiento de títulos cuando ello sea necesario.

Así, imaginemos que un inmueble inscrito a nombre de A es poseído hace más de 10 años por Z. En ese contexto, B, confiando en el registro, compra el inmueble y adquiere e inscribe su derecho. Z, que ya había adquirido por prescripción pierde su derecho y deberá esperar 10 años de posesión continua adicionales para volver a adquirir. Así ya no se produce el efecto de que producida la adquisición por el mérito del registro, al segundo siguiente el poseedor vuelve a adquirir por prescripción. Con ello B puede reclamar en cualquier momento la entrega del inmueble a Z, al menos hasta que no transcurra el plazo prescriptorio nuevamente. A su vez Z tiene los incentivos, una vez adquirida la propiedad por prescripción, para entablar la demanda de adquisición por prescripción adquisitiva, inscribir su derecho y así oponerle a potenciales terceros. El sistema se torna entonces en totalmente coherente, protegiendo el tráfico –está clara las consecuencias de protección de la adquisición basada en la buena fe registral– pero permitiendo que la prescripción perviva como un mecanismo de saneamiento de títulos.

El proyecto que comentamos, aparentemente inspirado en esa idea, la recoge de manera incompleta, no sólo por partir de un sistema diferente –que ya no contempla la clasificación de registrados y no registrados y su consecuencia en el sistema de transferencia de propiedad–, sino porque crea un sistema incoherente que priva a la prescripción de su función de saneamiento ya anotada.

Como se recuerda, la versión vigente del artículo 952 del Código Civil señala:

“Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.”

La redacción no ofrece salida al problema porque de su texto se deriva que la prescripción *contra tabulas* permite cancelar el asiento a favor del dueño original. Lo que tendría que hacerse es mediatizar ese efecto señalado que producida una inscripción de buena fe se pierde la prescripción ganada

y hay que esperar un nuevo periodo (que podría ser de 10 años), para que el poseedor vuelva a adquirir por prescripción.

Y ya no habría inseguridad con el registro porque cualquier inscripción registral haría perder la propiedad al poseedor que prescribe. Siempre gana el registro.

Si el propietario quiere sanear el título, lo puede hacer, siempre que no haya un adquirente por el mérito del registro en el camino. Pero el último proyecto encuentra una fórmula incompleta.

El nuevo texto propuesto, en la parte pertinente, señala:

“Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014.”

Lo importante es el añadido del párrafo tercero y que señala que el adquirente registral de buena fe prima sobre aquel que obtiene una prescripción a su favor. Señala que la prescripción *contra tabulas* no perjudica al adquirente registrado.

Si bien la norma resuelve el problema de la inseguridad registral, minimiza la capacidad de la prescripción para resolver problemas de saneamiento. En el fondo nunca sabemos si el propietario de un bien registrado lo es como consecuencia de una cadena ininterrumpida de transferencias desde el origen del bien. Para evitar la prueba diabólica usamos la prescripción de diez años para limitar la prueba de la propiedad a ese periodo. Limitamos la prueba porque en caso esa cadena no fuera ininterrumpida, una adquisición de buena fe en algún momento nos resolvería el problema. De alguna manera, sin quererlo, todo invoca una suerte de protección registral de buena fe para limitar su esfuerzo de prueba de la propiedad al plazo prescriptorio.

Sin embargo con la nueva regla que se propone ese límite ya no servirá y habría que estudiar

hasta los orígenes del bien. Ello porque si hay una adquisición de buena fe antes de los diez años, por el texto de la norma, la prescripción no sería oponible al titular y con ello los diez años ya no serían límite para nada.

Las consecuencias de la norma pueden ser bastante serias al complicar innecesariamente la prueba de la propiedad. La forma de corregir ese problema es estableciendo un límite de diez años al efecto de recobrar la capacidad de la prescripción de limitar la prueba de la propiedad sin afectar protección registral.

En ese sentido se sugiere que el tercer párrafo esté redactado de la siguiente manera:

“3. De producirse una adquisición de buena fe al amparo del artículo 2014, se interrumpe el plazo prescriptorio o la prescripción ya ganada, y el poseedor tendrá que poseer por un periodo adicional de 10 años contados desde la fecha de la inscripción del nuevo propietario para adquirir por prescripción la propiedad.”

La norma, con el texto que proponemos, equilibra la protección del registro con el uso de la prescripción para sanear títulos y sobre todo para limitar la prueba de la propiedad, evitando tener que recurrir a la prueba diabólica.

VIII. CONCLUSIÓN

Lo cierto es que el proyecto de reforma del Libro de Reales es, en los temas objeto de nuestro comentario, un avance respecto del Código Civil vigente pero un retroceso en relación al anterior Anteproyecto de la Subcomisión presidida por Avendaño. Es temeroso de realizar un cambio necesario, y con ello se autocondena a mantener buena parte de los problemas del Código Civil vigente.

No deberíamos dejar que la reforma se quede a *media caña*. Ello es renunciar a tener un buen Código Civil y conformarnos a que sea mejor que el anterior, pero no tan bueno como debería.



**HILADOS SIMPLES, COMPACTOS, RETORCIDOS Y
GASEADOS
PARA TEJIDOS DE PUNTO O PLANOS**

**Km. 3.5 Carretera Piura a Sullana – PIURA / PERU
Apartado # 100 – Tel. (073) 327741
textilpiura@textilpiura.com.pe – Fax: (073) 327969**



ESTUDIO
MUÑOZ

MUÑOZ
RAMIREZ
PEREZ-TAIMAN
& OLAYA
Abogados



OPERADORES DE COMBUSTIBLE

Av. Principal 556- Surquillo
Telefax. 448-0756 / 448-0509

PAYET | REY | CAUVI

ABOGADOS

Av. Víctor Andrés Belaúnde 147 Centro Empresarial Real
Torre Real Tres, Piso 12 San Isidro, Lima 27 - Perú
Teléfono: (+511) 612-3202 Fax (+511) 222-1573
E-mail: lexmail@prc.com.pe
www.prc.com.pe



LAS RESTRICCIONES CONVENCIONALES AL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU OponIBILIDAD A TERCEROS

Luis Felipe Del Risco Sotil *

El derecho de propiedad tiene carácter absoluto; no obstante es posible que sus atributos sean restringidos por disposiciones legales y convencionales. En el caso de estas últimas, la eficacia a través de su inscripción es posible al amparo del inciso 5 del artículo 2019. El Anteproyecto del Libro de Reales propone atenuar las prohibiciones de enajenar o gravar, permitiéndolas hasta el límite de diez años; sin embargo, plantea al mismo tiempo la supresión del inciso 5 del artículo 2019.

Luis Felipe Del Risco hace un análisis de las restricciones convencionales al derecho de propiedad en el ordenamiento peruano, los requisitos que deben cumplir y su oponibilidad frente a terceros. Así, el autor procederá a comentar las propuestas de reforma y concluirá que si bien es meritoria la atenuación de la prohibición de enajenar y gravar, ello es contradictorio si es que se imposibilita la inscripción de estas restricciones.

* Abogado. Profesor de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Jorge Avendaño & Forsyth Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Reforma del Código Civil (en adelante, el Proyecto) propone importantes cambios en el Libro de Derechos Reales. Entre las modificaciones consideradas urgentes por la Comisión Reformadora, destacan especialmente la inclusión del concepto “bien común” como parámetro del ejercicio regular del derecho de propiedad, ajustando el artículo pertinente del Código Civil al régimen económico de la Constitución de 1993. El Proyecto atenúa el impedimento absoluto de establecer prohibiciones de enajenar o gravar (cláusulas de inalienabilidad), permitiéndose dichos pactos hasta por un plazo máximo de diez años. Admite también la prescripción adquisitiva de dominio entre copropietarios, si es que se prueba que uno de ellos ejerció una conducta posesoria exclusiva sobre el bien común. Asimismo, el Proyecto establece una regla clara cuando se contraponen la protección registral al tercero de buena fe y la prescripción adquisitiva de dominio, prefiriendo en este caso al primero.

Del mismo modo, despiertan interés las reformas previstas en el Proyecto para el régimen hipotecario. En este punto se ha dejado sentado que el importe cubierto por la garantía puede exceder el monto del gravamen —aceptando la extensión legal de la hipoteca en cuanto al crédito—, se han derogado los supuestos de hipoteca legal previstos en el Código Civil y se ha incorporado la ejecución extrajudicial del gravamen, siendo esta última modificación de suma importancia a efectos de lograr una garantía verdaderamente eficaz para la protección del crédito.

No obstante las interesantes modificaciones propuestas por la Comisión Reformadora, respecto de las cuales coincidimos en gran parte, hubiese sido deseable que se incluya una regulación específica sobre las restricciones convencionales al derecho de propiedad. Como veremos en las líneas siguientes, la regulación actual es bastante parca y ofrece serios inconvenientes a los operadores jurídicos, pues en no pocas ocasiones existe incertidumbre sobre la eficacia de convenios que alteran o limitan los atributos ordinarios del propietario, como por ejemplo el pacto de no usar el bien por un determinado tiempo, que éste no pueda ser arrendado a favor de un tercero o que el

dueño simplemente no pueda construir sobre su predio.

Sin embargo el comentario al Proyecto no se agota en este extremo. El Proyecto contiene una modificación en el Libro de Registros Públicos que impacta directamente sobre las limitaciones convencionales a la propiedad, al punto de entrar en contradicción y restarle eficacia al actual artículo 925 del Código Civil, norma que regula la oponibilidad de dichos pactos frente a terceros. Y es que en el Proyecto se ha eliminado como actos inscribibles en los Registros Públicos a “las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito”, proscribiendo de esta forma que los límites al dominio nacidos por convenio accedan a la publicidad registral, condenándolos a la inoponibilidad. Sobre estos temas tratará el presente artículo.

II. EL CARÁCTER ABSOLUTO Y ELÁSTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La propiedad es el derecho subjetivo que confiere a su titular el poder más amplio, completo y pleno sobre una cosa. En efecto, el propietario tiene todas las facultades posibles respecto del bien, siendo soberano en las decisiones que adopte sobre su aprovechamiento y destino. Por este motivo se dice que la propiedad es un derecho de carácter absoluto, en contraposición con los demás derechos reales o desmembraciones del dominio, los cuales únicamente confieren a sus titulares poderes limitados o parciales sobre el bien —como es el caso del usufructo, por ejemplo.

Sobre el particular, Wolff comenta:

“La propiedad es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa. (...) La propiedad y los derechos reales limitados difieren en cuanto a su contenido. Éstos sólo facultan para un señorío parcial de la cosa, aquélla es el máximo señorío posible. El contenido de un derecho limitado cabe determinarlo positivamente: el usufructuario puede poseer y disfrutar; el titular de un derecho de paso, pasar; el acreedor pignoraticio, satisfacerse sobre la cosa; el titular de un derecho de tanteo, adquirirla. Pero en cuanto a la propiedad no es posible agotar enunciativamente las múltiples posibilidades de señorío. De los actos de señorío privado que el derecho permite, la

propiedad abarca todos, el derecho limitado sólo se refiere a algunos”¹.

De conformidad con el artículo 923 del Código Civil, la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. La definición legal alude a la clásica descripción de los poderes típicos del propietario, los cuales se han esbozado en un haz de atributos consistentes en el derecho a servirse del bien (*ius utendi*), el derecho a percibir sus frutos (*ius fruendi*) y el derecho a disponer de la cosa (*ius abutendi*). En estricto la reivindicación no es un atributo de la propiedad, pues es una manifestación de la persecutoriedad que corresponde a todo derecho real².

En realidad los atributos del propietario no se circunscriben a los señalados por la norma del Código Civil, sino que deben ser entendidos como todos aquéllos que pueda practicar el titular sobre el bien sin contravenir una disposición de carácter imperativo. Debe tenerse presente en este ámbito el *principio de libertad*, según el cual los particulares no están impedidos de hacer lo que la ley no prohíbe (numeral 24, literal “a.” del artículo 2 de la Constitución).

Ahora bien, al ser considerado un derecho absoluto, la propiedad no confiere un señorío ilimitado sobre el bien. La propiedad está sujeta a limitaciones que tienen origen en la ley o en la voluntad de las partes.

En cuanto a los límites legales, los tratadistas coinciden en señalar que éstas son inherentes a la propia naturaleza del dominio, delimitan su contorno y a través de ellas se revela el verdadero contenido del derecho de

propiedad. Sólo a través de su correcta comprensión puede concebirse una definición cabal del dominio. En este sentido, el artículo 70 de la Constitución señala que la propiedad es un derecho inviolable que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Por su parte, el artículo 925 del Código Civil dispone que las restricciones legales de la propiedad no pueden modificarse o suprimirse por acto jurídico³.

En la medida que debe ejercerse en armonía con el bien común, las restricciones legales procuran que la propiedad no se ejerza contra el derecho ajeno. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho (artículo II del Título Preliminar del Código Civil). El remedio contra esta conducta abusiva se encuentra en el artículo 924 del Código Civil, según el cual “Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados”.

En este orden de ideas, se reconoce el poder soberano y absoluto del propietario sobre la cosa, pero dentro de los límites naturales del dominio: la ley y el derecho ajeno. Pero además de estas restricciones y sus diferentes variantes –limitaciones administrativas, en razón de vecindad, entre otros–, la propiedad puede estar sujeta a límites establecidos por voluntad de las partes (artículo 926 del Código Civil).

Ciertamente, en función del interés privado, el contenido o estatuto ordinario del derecho de propiedad puede ser regulado o modificado

¹ WOLFF, Martin y otros. “Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas”. Volumen 1. Barcelona: Bosch. 1936. p. 298.

² Véase: AVENDAÑO, Jorge. “Atributos y Caracteres del Derecho de Propiedad”. En: “Para Leer el Código Civil”. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1984. p. 100.

³ Como mencionamos en la introducción del presente artículo, el Proyecto propone modificar el artículo 923 del Código Civil, en el sentido de que la propiedad debe ejercerse conforme al “bien común”, desterrando el concepto de “interés social”. El primer término se refiere a la suma de intereses individuales, alude a la colectividad en su conjunto; mientras que el segundo lleva intrínseca la idea de solidaridad con determinados sectores sociales. La propuesta está orientada a que el texto del Código Civil guarde consonancia con la Constitución de 1993, según la cual la propiedad debe ejercerse en armonía con el “bien común” y dentro de los límites de la ley. En esta misma línea y para efectos de cautelar la coherencia del sistema jurídico, el Proyecto debió proponer también la modificación del artículo 925 del Código Civil, según el cual “Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”. [El énfasis es nuestro.]

⁴ Para el nacimiento de estas limitaciones es indispensable la celebración de un negocio jurídico, entendido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial (artículo 1351 del Código Civil).

por las partes mediante contrato⁴. Esta consideración no constituye una excepción al carácter absoluto del dominio, sino por el contrario representa una expresión concreta de él: dentro de las facultades del propietario, éste puede legítimamente limitar sus atributos.

En este sentido, Planiol y Ripert advierten:

“En virtud de su derecho de propiedad, el propietario podrá realizar cierto número de actos jurídicos relacionados con su cosa; pero, en cuanto tratamos de precisar cuáles son esos actos, notamos que consisten, todos, en transmitir a otro, total o parcialmente, el derecho de disfrute y consumo que le corresponde sobre su cosa. Si transmite la totalidad de sus derechos, tenemos la enajenación de la cosa: es un acto traslativo de la propiedad. Si concede solamente el derecho al goce parcial de la cosa, hay desmembración de la propiedad (...) *Esos diversos actos jurídicos se realizan, no ya sobre la cosa, sino sobre el derecho del propietario*”⁵. [El énfasis es nuestro.]

Sobre las limitaciones convencionales volveremos en detalle en el siguiente acápite. Interesa destacar en este apartado que las limitaciones legales y convencionales a la propiedad en nada afectan a su carácter absoluto. Sin embargo, “(...) los autores modernos, para evitar equívocos, han sustituido el carácter absoluto por el de la generalidad. El dominio es un derecho general en cuanto autoriza al titular para aprovecharse de todas las utilidades que la cosa es capaz de proporcionar, salvo las excepciones que importa la existencia de otros derechos reales sobre la misma cosa. Además, es un derecho independiente, porque existe por sí, no presupone ningún otro derecho. (...) Contrapuestos al dominio, en estos caracteres, son los demás derechos reales. Todos éstos, por un lado, son especiales: sólo facultan al titular para aprovecharse de una utilidad o de un grupo de utilidades de la cosa, y no de la generalidad; y, por otro lado, son dependientes: presuponen la existencia de la

propiedad, son derechos sobre cosa ajena (*ius in re aliena*)”⁶.

Para efectos de ingresar a analizar los límites convencionales de la propiedad, es indispensable hacer referencia previamente a su carácter elástico. El dominio tiene la capacidad de reducirse, en menor o mayor grado, por la presencia de otros derechos, y de expandirse de nuevo en toda su amplitud cuando cesa el derecho concurrente que lo comprime. Por ejemplo, en el usufructo el dominio se restringe porque la facultad de uso y disfrute han sido cedidas al usufructuario; pero extinguido este derecho, el dominio recupera su amplitud original.

En este sentido, Novoa Montreal señala:

“Muchos tratadistas atribuyen al derecho de propiedad privada (...) el carácter de elástico. Esto lo comprueban, especialmente, con motivo de la constitución de otros derechos reales sobre una cosa que alguien posee en dominio, pues con ello esos derechos (derecho de uso, usufructo, servidumbre) operan como verdaderas limitaciones al dominio del titular. Se obtiene, así, que queden disminuidas o reducidas las facultades que corresponde al dueño de la cosa, atribuyendo a otro la facultad de uso o de goce o de un parte de ella. (...) No se altera en tales casos el dominio básico mismo, ni aun en los casos extremos en que se ha llegado a despojarlo casi de todo su contenido en forma temporal y él recuperará automáticamente su plenitud en cuanto se hayan extinguido los derechos a favor de otros, que obran como limitaciones. Al cesar la compresión, el dominio vuelve a expandirse y recupera su contenido normal, todo ello sin menoscabo alguno, durante la disminución, del vínculo de pertenencia al propietario”⁷.

III. LOS LÍMITES CONVENCIONALES

A. Naturaleza jurídica

En algunos sistemas jurídicos y en razón de las potestades del titular del derecho, se suele

⁵ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”. Tomo III. La Habana: Los Bienes, Cultural S.A. 1940. p. 204.

⁶ ALESSANDRI, Arturo. “Tratado de los Derechos Reales”. Tomo I. Sexta Edición. Santiago de Chile: Editorial Temis. 2001. pp. 37 y 38.

⁷ NOVOA, Eduardo. “El Derecho de Propiedad Privada, Concepto-Evolución-Crítica”. Segunda Edición. Caracas: Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos. 1989. pp. 31 y 32.

clasificar a la propiedad en dos categorías: propiedad plena o perfecta y propiedad menos plena o imperfecta⁸. La distinción se realiza en función de que el derecho de propiedad aparezca revestido de todas las facultades que la ley le atribuye. La propiedad plena constituye la condición normal de este derecho. La menos plena o imperfecta, por el contrario, se refiere a que la propiedad se ha visto mermada por distintas causas, entre ellas las limitaciones que provengan de la voluntad las partes.

Efectivamente, la propiedad puede experimentar cambios que tengan como propósito reducir el régimen de libertad que corresponde ordinariamente al dueño. Como consecuencia de ello, la disminución del dominio puede dar lugar a dos resultados distintos: (i) la constitución de derechos reales limitados a favor de terceros, como lo son la servidumbre, el usufructo, el uso, la habitación o la superficie; o, (ii) el establecimiento de un estatuto distinto al contenido regular del dominio, el cual supone generalmente la alteración de alguna de las facultades ordinarias del dueño.

Como se puede apreciar, en el primer caso se crea un derecho real a favor de un tercero —derecho real en cosa ajena. En el segundo caso únicamente se establece una limitación personal al contenido regular del dominio, con la cual se reduce el poder del dueño sin crear un derecho real. No cabe duda de que aquél a favor de quién se establecen estas restricciones tiene un poder encaminado a hacerlas efectivas.

Sobre los casos que venimos comentando, donde la propiedad se aprecia disminuida o cercenada, Josserrand comenta:

“(…) El derecho de propiedad subsiste siempre, en su unidad original; no hay más que un solo propietario; solamente que este propietario único está privado de una o de

varias de sus prerrogativas habituales; no tiene una propiedad plena y entera, sino una propiedad desmembrada; porque, con la mayor frecuencia, la prerrogativa que le falta se ha marchado a otro patrimonio donde reviste el aspecto de una desmembración de la propiedad, de una carga, de un derecho real derivado de la propiedad (...) pero ocurre que uno de esos atributos se desprende de la propiedad sin constituir, sin embargo, un derecho real en provecho de otra persona; el propietario no tiene más que una propiedad disminuida, pero nadie se aprovecha de esta disminución; la desmembración de su “*dominium*” se realiza sin contrapartida”⁹.

En este orden de ideas, las limitaciones convencionales al dominio pueden generar derechos reales limitados, como también reducciones en los atributos del dueño que no generan un derecho real como contrapartida. Generalmente a éstas últimas se refieren los autores cuando estudian y desarrollan en sus obras las restricciones convencionales al dominio —y así lo haremos ahora para efectos expositivos—, mientras que las primeras son tratadas de manera común bajo el rubro de desmembraciones del dominio (*ius in re aliena*). Sin embargo es innegable que ambas son formas legítimas en que el propietario puede restringir su poder jurídico sobre el bien.

Deben tenerse presente que las limitaciones convencionales al dominio no contradicen el sistema de *numerus clausus* adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 881 del Código Civil¹⁰, como considera cierto sector de la doctrina nacional¹¹. Con ellas en estricto no se están generando nuevos derechos reales, sino que sencillamente se está regulando el contenido de un derecho real reconocido por la ley. Es incuestionable que dentro del respeto a las bases de cada institución jurídica real, se puede crear un derecho tipificado según los intereses de las partes¹².

Sostener lo contrario supondría negar de

⁸ Véase: SALVAT, Raymundo. “Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales”. Tomo VIII. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial La Ley. 1945. p. 371.

⁹ JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil, La Propiedad y los Otros Derechos Reales y Principales”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch y Cía. 1950. p. 365.

¹⁰ La doctrina del *numerus clausus* se basa en que la creación de derechos reales afecta al orden público económico, en la medida que constituye un freno a la libre circulación de los bienes y hace sufrir a terceros cargas a cuyo nacimiento fueron ajenos y de las cuales ellos no van a obtener utilidad alguna.

¹¹ Véase: GONZÁLES, Gunther. “Curso de Derechos Reales”. Lima: Juristas Editores. 2003. pp. 99 y 100.

¹² Véase: DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. “Sistema de Derecho Civil III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario”. Séptima Edición. Madrid: Tecnos. 2001. p. 49.

forma absoluta el rol de la autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales. Según el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución, los particulares tienen derecho “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. En este sentido, puede establecerse un reglamento privado de intereses en función de un derecho real, siempre y cuando no se afecte su contenido esencial o básico. Por ejemplo, las partes no podrán celebrar un convenio que prive al propietario de sus atributos de forma permanente. Del mismo modo no podría configurarse un usufructo que autorice al usufructuario a alterar la sustancia del bien a su sola discreción (artículo 1009 del Código Civil).

Refiriéndose al papel de la autonomía de la voluntad en la constitución y configuración del derecho de propiedad, Gómez Galligo señala:

“(…) el propietario puede ceder a otros el derecho de ejercer en su lugar, temporalmente, de forma completa o parcial, ciertas prerrogativas parciales asociadas al derecho de propiedad. *Permite, en consecuencia, una gran flexibilidad en la forma de organizar, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos que tiene concedidos el propietario (...). Suprimir tal libertad significaría privar a la sociedad de las mejoras de productividad y posibilidades de especialización que derivan de un sistema de elección tan flexible y restringiría la capacidad de las partes para elegir el uso más apropiado a competencias y conocimientos*”¹³. [El énfasis es nuestro.]

B. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Reglas que deben observarse para efectos de su constitución

La capacidad para celebrar pactos que restrinjan el dominio está prevista en el artículo 926 del Código Civil. Según la norma, “*las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo*”.

Comentando esta disposición, Lucrecia Maisch Von Humboldt señala:

“Esta norma no tiene precedentes en el Código anterior y está destinada a resolver el problema de la oponibilidad a terceros de las restricciones a la propiedad acordadas por las partes. *La ratio legis es muy clara: las partes, mientras no vulneren normas imperativas de la ley, pueden acordar restricciones al derecho de propiedad o a su ejercicio, es decir el efecto inter-partes surge del convenio*. Ahora bien, para evitar un eventual fraude o simulación frente a terceros, que podrían verse perjudicados por estas restricciones, se exige que figuren inscritas en el Registro respectivo, de lo cual se desprende que esta norma se aplica tanto a bienes muebles como a inmuebles.

La norma se fundamenta en los principios básicos de la institución registral, o sea la fe pública que otorga el acto y la publicación que brinda, principios que constituyen valiosa tutela del derecho de terceros”¹⁴. [El énfasis es nuestro.]

Por su parte, Arias Schreiber indica:

“Se trata aquí de un dispositivo destinado a proteger el derecho de terceros respecto de las restricciones a la propiedad que emanan de la voluntad de las partes y que no están impuesta por la ley por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social. *En efecto, nada impide que se establezcan restricciones al ejercicio de los derechos reales en la medida que no infrinjan la norma vigente del artículo 925 (...)*. Siendo esto así y en protección del derecho de los terceros el artículo 926 exige que se realice su inscripción en el registro respectivo, pudiendo ser el que corresponde a la propiedad inmueble y mueble”¹⁵. [El énfasis es nuestro.]

Nada impide pues que los particulares establezcan restricciones al ejercicio del derecho de propiedad. Como es evidente, estas limitaciones pueden revestir múltiples formas y variedades, en atención a la plenitud de facultades que goza el propietario sobre

¹³ GÓMEZ, Francisco. “La Calificación Registral”. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas – Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 1996. p. 26.

¹⁴ En: REVOREDO, Delia (compiladora). “Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil”. Parte III. Lima. 1985. p. 175.

¹⁵ ARIAS-SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo IV: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica. 1998. p. 227.

la cosa. Sin embargo, siguiendo los atributos recogidos en el artículo 923 del Código Civil, nos concentraremos en aquellos que incidan en las facultades de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien.

Sin embargo, antes de ingresar al estudio de los atributos por separado, conviene fijar ciertas pautas o directrices generales en torno a las restricciones contractuales al derecho de propiedad. ¿Acaso los particulares pueden pactar las restricciones que quieran sin ningún tipo de límite? ¿El carácter absoluto del derecho de propiedad permite convenios de cualquier naturaleza y alcance? Desde luego que no.

En base al principio de autonomía de la voluntad, hay que reconocer como regla general la libertad de los particulares para fijar restricciones al dominio. Sin embargo, estas limitaciones no pueden contravenir el orden público ni normas imperativas¹⁶. Recordemos que de acuerdo con el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución, toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por su parte, el artículo 1354 del Código Civil dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Del mismo modo, el artículo 70 de la Constitución establece que la propiedad debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Hay que destacar también que por acto jurídico no pueden modificarse o suprimirse las restricciones legales del dominio (artículo 925 del Código Civil).

En este sentido, el primer elemento que debe tenerse en cuenta es que los pactos

no sean contrarios al orden público ni a normas imperativas. Como veremos más adelante, el artículo 882 del Código Civil contiene un impedimento para establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar. En este sentido, un pacto que contenga una limitación semejante no servirá para restringir válidamente el dominio.

Por otro lado, los límites impuestos por los particulares no pueden desnaturalizar el derecho de propiedad, privándolo de su contenido en forma permanente o definitiva. Por eso las restricciones deben ser siempre de carácter temporal¹⁷. Aquí importa advertir nuevamente sobre el carácter elástico del dominio: acabada la restricción transitoria, el dominio se libera de la carga que lo comprime y regresa a su forma natural. La propiedad, en otras palabras, recobra su carácter pleno o perfecto.

Sobre el particular, Borda señala:

“El dominio debe reputarse desmembrado cuando el dueño pleno o perfecto se ha desprendido temporariamente de alguno de los atributos esenciales del dominio (...) Llamamos la atención sobre la palabra temporariamente que hemos utilizado. En efecto, no se concebiría un desprendimiento definitivo o perpetuo de uno de los atributos esenciales de la propiedad, ya que ello significaría desvirtuar o desnaturalizar este derecho”¹⁸.

Debe tenerse en cuenta también que las limitaciones convencionales al dominio deben ser de interpretación restrictiva, pues por regla general la propiedad se presume libre. Al respecto, Peña Bernaldo de Quirós sostiene:

“Como no conforman el contenido normal

¹⁶ Cabe destacar que “orden público” y “normas imperativas” no son conceptos equivalentes. Al respecto, De La Puente explica: “En la búsqueda del verdadero sentido del concepto de orden público se llegó finalmente, tomando en consideración que lo que caracteriza a las normas legales de carácter imperativo es precisamente su inderogabilidad, a que las normas que interesan al orden público son siempre imperativas, con la precisión que si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen intereses privados. La razón de orden público se aproxima por razón de la materia a la norma imperativa cuando en el interés es público, de lo que se colige que cuando el interés que se desea proteger no es público, sino privado, la norma imperativa no es de orden público”. En: DE LA PUENTE, Manuel. “La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 164.

¹⁷ Debido a su naturaleza predial, el derecho real de servidumbre es una excepción a este principio. Según el artículo 1037 del Código Civil, “las servidumbres son perpetuas, salvo disposición legal o pacto contrario”.

¹⁸ BORDA, Guillermo. “Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales”. Tomo I. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1984. p. 255.

u ordinario del dominio y tienen el carácter de excepción del estatuto ordinario, no se presumen (han de probarse) y son de interpretación restrictiva; y extinguidas, el dominio, en virtud de su carácter elástico, recobra su contenido normal u ordinario”¹⁹.

Por su parte, Messineo destaca:

“Al final de la larga enumeración de restricciones del derecho del propietario, debe, sin embargo, reafirmarse el principio de la libertad de la propiedad (...), en el sentido de que, formalmente, la libertad sigue siendo la regla, y el límite es la excepción (...). El principio de la libertad encuentra su paralelo en los de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual; los cuales han sufrido, también ellos, restricciones numerosísimas y notables, pero subsisten como principios-base del derecho privado, y respectivamente, del régimen contractual”²⁰.

En nuestra opinión y como adelantamos en la introducción del presente artículo, hubiese sido deseable que el Proyecto se ocupara del artículo 926 del Código Civil, en el sentido de que se reformulara el texto vigente admitiendo categóricamente la posibilidad de establecer restricciones convencionales al dominio, distintas a las desmembraciones de la propiedad (derechos reales limitados). Asimismo, podría haberse incorporado también las reglas generales descritas en los párrafos precedentes, despejando toda duda en los operadores jurídicos acerca de la naturaleza jurídica de las restricciones (temporales) que puede soportar dicho derecho.

Cabe indicar que existe jurisprudencia administrativa que se ha ocupado del asunto. En efecto, ante la discusión sobre la procedencia de pactos que restringen el dominio y su acceso a los Registros Públicos, en reiterados pronunciamientos el Tribunal Registral ha manifestado que “(...) se pueden establecer restricciones temporales a la

propiedad por pacto, las mismas que podrán estar referidas a cualquiera de los atributos de la propiedad, siempre que no impliquen violación de normas legales imperativas o de orden público”²¹.

Veamos ahora los distintos tipos de restricciones convencionales que podrían ser celebradas por las particulares, en atención a los atributos previstos en el artículo 923 del Código Civil.

C. Limitaciones al uso y al disfrute

Como hemos visto, las limitaciones al uso y al disfrute pueden derivar en la constitución de derechos reales a favor de terceros. Es el caso por ejemplo del usufructo, mediante el cual el nudo propietario confiere al usufructuario las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno (artículo 999 del Código Civil). Aquí el dueño se desprende del contenido económico del dominio, limitando drásticamente su derecho, y se lo otorga a un tercero de forma temporal para su aprovechamiento.

También configuran restricciones convencionales al dominio, en mayor o menor grado, el derecho de uso (1026 del Código Civil), el derecho de habitación (1027 del Código Civil), el derecho de superficie (1030 del Código Civil) y el derecho de servidumbre (1035 del Código Civil). No cabe duda que en todos estos casos el dueño tiene un dominio imperfecto o menos pleno sobre el bien, pues ha generado un derecho real sobre el objeto de su propiedad a favor de un tercero. Durante el tiempo que dure el derecho desmembrado, el propietario estará privado de la plenitud de facultades que le confiere su estatus jurídico.

En cuanto a las limitaciones convencionales propiamente dichas (las que no originan derechos reales limitados), podemos distinguir claramente dos supuestos: (i) las que generan derechos personales a favor de terceros con relación al aprovechamiento del bien (obliga-

¹⁹ PEÑA, Manuel. “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”. Segunda Edición Ampliada y Revisada. Madrid: Sección de Publicaciones – Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1986. p. 148.

²⁰ MESSINEO, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1979. p. 268.

²¹ Al respecto, puede revisarse los fundamentos desarrollados en las Resoluciones 557-2003-SUNARP-TR-L de 28 de agosto de 2003, 515-2005-SUNARP-TR-L de 2 de setiembre de 2005, 402-2006-SUNARP-TR-L de 4 de julio de 2006, 497-2006-SUNARP-TR-L de 31 de agosto de 2006 y 952-2008-SUNARP-TR-L de 4 de setiembre de 2009.

ciones que supongan una actuación positiva del dueño consistentes en un “dar” o de un “hacer” respecto al bien); y, (ii) las que simplemente constituyen limitaciones a los atributos del dueño, sin que se otorgue un derecho específico sobre el uso del bien (obligaciones que impongan una actuación negativa del dueño, un “no hacer”).

En el primer caso se encontraría, por ejemplo, el arrendamiento o alquiler, mediante el cual el dueño se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (artículo 1666 del Código Civil). También ingresaría a esta clasificación el comodato, en virtud del cual el dueño se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (artículo 1728 del Código Civil). En ambos casos el propietario, a través de un contrato, se desprende del uso del bien, transfiriéndolo de manera provisorio a un tercero, quien tiene un derecho personal o de crédito que involucra concretamente la utilización del bien.

El segundo caso estaría compuesto fundamentalmente por obligaciones de no hacer que contraiga el propietario del bien. No genera derechos reales ni personales que otorguen a su titular un aprovechamiento específico sobre el bien, sino por el contrario, establecen deberes de conducta negativos a cargo del propietario.

Por ejemplo, según los intereses privados que se encuentren en juego, podría convenirse válidamente que el bien no sea utilizado para una finalidad determinada o que en él no se realice obra de ningún tipo (limitación al uso). También podría pactarse que el bien no sea destinado a determinada actividad productiva o simplemente que no pueda ser objeto de una relación jurídica. Este último caso, por ejemplo, lo constituyen las prohibiciones de arrendar el bien (limitación al disfrute).

Todos estos pactos son válidos y eficaces conforme a nuestro ordenamiento jurídico, pues en atención a lo que hemos señalado, se tratan de restricciones al estatuto ordinario del propietario amparadas en el artículo 926 del Código Civil. Además estos pactos no

contravienen ninguna disposición imperativa ni son repudiados por el orden público.

Como hemos señalado, los convenios que restringen el dominio necesariamente deben ser temporales. En algunos casos el ordenamiento jurídico se ocupa directamente del tema. Por ejemplo, para el arrendamiento de duración determinada se establece un plazo máximo de diez años (artículo 1688 del Código Civil). En el usufructo se admite que el derecho dure la vida del titular del derecho y si aquél ha sido constituido a favor de una persona jurídica, este derecho no puede exceder los treinta años (artículo 1001 del Código Civil).

Sin embargo, ¿qué ocurre con las limitaciones que no cuentan con una disposición expresa? ¿cuál es el plazo que se aplica para este tipo de restricciones? Consideramos que en estos casos debe integrarse el vacío atendiendo a los criterios temporales que rigen a las limitaciones de igual naturaleza. Es decir, si a través de un convenio el dueño ha pactado que no puede ceder el bien en uso y disfrute a un tercero, es razonable que a dichas restricciones le sea aplicable el límite temporal del usufructo, mediante el cual el propietario se priva también de dichas facultades, con la sola diferencia que en este último caso se genera un derecho real a favor de un tercero. Este tipo de construcciones jurídicas no serían necesarias si es que en el Proyecto se hubiera establecido una pauta clara respecto a la temporalidad de los límites convencionales.

D. Limitaciones a la disposición y a la reivindicación

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, ¿se pueden establecer límites a la facultad de disposición del dueño? Según el artículo 882 del Código Civil, no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita. Esta norma proscribe las denominadas “cláusulas de inalienabilidad”, mediante las cuales se prohíbe la transferencia y/o el gravamen del bien²².

La norma bajo comentario tiene como antecedente inmediato el artículo 852 del Código Civil de 1936, según el cual “No se

²² La norma utiliza el término “enajenar”. En sentido estricto, enajenar supone la transferencia de propiedad

puede establecer la prohibición de enajenar, salvo en los casos permitidos por la ley". Como puede apreciarse, la norma actual incorporó el impedimento legal de convenir la prohibición de gravar.

El fundamento de la norma está orientado a garantizar la libre circulación de bienes. Se suele afirmar que permitir a los privados que pacten libremente prohibiciones de enajenar conduciría a un inmovilismo jurídico de los bienes, en franco perjuicio de la dinámica comercial y el régimen económico en su conjunto. En el caso de la prohibición de gravar, por su parte, se estaría afectando el acceso al crédito.

Ahora bien, más allá de coincidir o no con el fundamento de la norma, ¿cómo debe interpretarse el artículo 882 del Código Civil? Sobre el particular, debemos destacar que se distinguen en doctrina dos clases de prohibiciones a la facultad de disponer: las absolutas y las relativas.

Las primeras imponen al titular una prohibición perpetua respecto a su facultad de disposición. Es evidente que el texto de la norma proscribía la celebración de este tipo de pactos. Según el alcance de esta prohibición, los particulares se encuentran impedidos de limitar su facultad de disposición de forma indefinida. De la misma manera no pueden obligarse a no afectarlo en garantía de un crédito.

Las prohibiciones relativas, en cambio, suponen que se pueda restringir la facultad de disposición al cumplimiento de ciertos requisitos especiales. Así, puede condicionarse su ejercicio al cumplimiento de determinadas requisitos, sujetarse a un plazo específico, someterse a la autorización y arbitrio de un tercero, entre otros.

En nuestra opinión, el impedimento legal previsto en el artículo 882 del Código Civil alcanza tanto a las prohibiciones absolutas como a las relativas. Y es que la disposición no hace diferencia entre

ambos tipos de prohibiciones, por lo que según los cánones de la interpretación normativa, no es posible establecer excepciones a la aplicación de la ley cuando ésta no lo ha hecho de manera expresa.

En este orden de ideas, a través de un acto jurídico no puede impedirse, directa o indirectamente, que los bienes puedan sean enajenados o gravados por su dueño. De este modo, la libertad de enajenación prevista en la norma no sólo alcanza a la potestad de transmitir o gravar los bienes, sino que también abarca la libertad de ejercer dichos derechos con prescindencia a cualquier sujeción que se impongan en consideración al tiempo, lugar, persona, entre otros factores.

La experiencia ha demostrado que el carácter rígido y radical de la regla descrita ha sido adverso al tráfico económico, valor que la norma paradójicamente procuraba conservar con la prohibición de las cláusulas de inalienabilidad. Por ese motivo paulatinamente se han presentado excepciones a la norma general. Una de ellas es la prevista en la Ley 26887, Ley General de Sociedades, que permite los pactos mediante los cuales se prohíbe temporalmente transferir, gravar o afectar acciones. De acuerdo con el artículo 101 de la norma:

"Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la

mediante un acto jurídico. No obstante, en sentido lato no sólo abarca este supuesto, sino también la transferencia de cualquier derecho sobre el bien. Entendido el término en este último sentido, se podría enajenar la propiedad del bien como las desmembraciones de dominio (por ejemplo, el uso o el usufructo). En nuestra opinión, la norma bajo comentario se refiere exclusivamente al primer caso, es decir, el supuesto de hecho está circunscrito a proscribir la prohibición de transmitir el derecho de propiedad. De lo contrario se llegaría al extremo de afirmar de que no pueda restringirse los atributos del uso y disfrute que conforme hemos visto, pueden ser válidamente limitados por el propietario a través de pactos de "no usar" y "no disfrutar", respectivamente.

prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción”. [El énfasis es nuestro.]

Otra de estas excepciones es la contemplada en la Ley 26887, Ley de la Garantía Mobiliaria. Esta norma permite el pacto mediante el cual el constituyente se obliga a no usar, disfrutar o disponer del bien gravado. Literalmente, el artículo 11.1 de la norma dice lo siguiente:

“El constituyente o, en su caso, el eventual adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, tendrá, *salvo pacto distinto*, los siguientes derechos y deberes: (...) El derecho de usar, disfrutar y *disponer del bien* mueble afectado en garantía mobiliaria, incluidos sus frutos y productos. Deberá abstenerse de todo acto que importe abuso del bien mueble”. [El énfasis es nuestro.]

En concordancia con estas excepciones, el Proyecto ha propuesto la modificación del artículo 882 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado”.

Como se puede apreciar, con la modificación propuesta por el Proyecto se podría pactar

libremente prohibiciones relativas a la facultad de disposición del propietario, ello siempre dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico –orden público y normas imperativas.

Finalmente, debemos destacar que la reivindicación, como toda acción, es un derecho cuyo ejercicio no puede ser prohibido por parte de los particulares. Sin embargo, teóricamente es posible que se restrinja su ejercicio a un plazo determinado o que se condicione al cumplimiento de determinadas formalidades. No vemos que ello infrinja ninguna disposición legal de carácter imperativo o contradiga el orden público, por lo que pacto en principio debería proceder.

IV. LA EFICACIA DE LOS LÍMITES CONVENCIONALES

Como se sabe, las restricciones legales no requieren acceder a la publicidad registral para ser opuestas a terceros, por considerarse suficiente la publicidad inherente a los dispositivos normativos²³. No sucede lo mismo con las restricciones convencionales. De acuerdo con el artículo 926 del Código Civil, para que surtan efectos respecto a terceros, las limitaciones al dominio originadas por convenio deben inscribirse en los Registros Públicos. En este contexto opera la presunción contenida en el artículo 2012 del Código Civil, según la cual “Se presume, sin admitirse prueba contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

La oponibilidad es el efecto principal de la publicidad registral. La oponibilidad significa eficacia frente a todos los terceros, sin excepción. En contraposición, la inoponibilidad supone que lo no inscrito no afecta a los terceros. Como bien indica Pau Pedrón, “Oponibilidad e inoponibilidad son el anverso y el reverso de un mismo fenómeno. Oponibilidad e inoponibilidad no pueden existir por sí solas; la una exige la otra. Si la oponibilidad hace que las situaciones jurídicas desplieguen su efecto (...) de absolutividad o ergaominicidad, la inoponibilidad impide que esa absolutividad o ergaominicidad se desenvuelva (...)”²⁴.

²³ Según el artículo 109 de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

²⁴ PAU, Antonio. “Elementos de Derecho Hipotecario”. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. 2003. p. 52.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2019 del Código Civil, son susceptibles de inscripción en los Registros Públicos “Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles” (inciso 1) y “Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito” (inciso 5). ¿Cuál es la diferencia entre los numerales citados? ¿En virtud de cuál de ellos se inscriben las restricciones convencionales al dominio?

De acuerdo con una posición extendida en nuestro medio, el artículo 2019 del Código Civil adopta un sistema de *numerus clausus*, según el cual sólo acceden a los Registros Públicos los actos de naturaleza real y por excepción los actos de naturaleza personal, los cuales deben estar identificados por ley para poder obtener publicidad registral. Es el caso del contrato de opción (inciso 2) y del contrato de arrendamiento (inciso 6). Los demás derechos personales que se generen con ocasión del bien –restricciones convencionales al dominio– y que no estén predeterminados por ley, no deben tener acceso a la publicidad registral²⁵.

No nos encontramos de acuerdo con esta posición.

La Exposición Oficial de Motivos del Libro de Registros Públicos, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1990, describe los actos susceptibles de inscripción regulados por los incisos 1 y 5 del artículo 2019^a del Código Civil.

Sobre el primer caso (inciso 1), la Exposición de Motivos indica que “Según este artículo resultan inscribibles los contratos de compraventa, permuta, donación, dación en pago, aporte y en general todo contrato que tenga por objeto transmitir el derecho de propiedad. Asimismo, se inscriben todos los contratos innominados en los que se acuerde la transferencia total o parcial de los demás derechos reales reconocidos por el

Código como los de usufructo, servidumbre y superficie. Del mismo modo, se inscriben los actos mediante los cuales se constituye el derecho real de de garantía hipotecaria, sea éste legal o convencional”.

Respecto al segundo supuesto (inciso 5), menciona que “(...) alude a la posibilidad de que el titular de un derecho inscrito tenga determinadas restricciones establecidas contractualmente (pacto de no arrendamiento) o por iniciativa del titular del derecho, con arreglo a ley, como el caso del patrimonio familiar. No se hace referencia a las restricciones establecidas legalmente, por estimarse que en estos casos la publicidad de la ley es suficiente”.

Conforme a una interpretación literal²⁶, sistemática²⁷ e histórica²⁸ de las normas citadas, se puede concluir que el inciso 1 del artículo 2019 del Código Civil comprende únicamente las llamadas “mutaciones jurídico reales”. Es decir, según esta norma pueden acceder a los Registros Públicos los actos jurídicos que versen sobre derechos reales. De este modo son actos inscribibles los contratos que transmiten el dominio o que generen derechos reales limitados a favor de terceros.

Como no puede ser de otro modo, el inciso 5 regula un supuesto distinto al párrafo precedente. Esta norma, de forma complementaria a lo dispuesto por el artículo 926 del Código Civil, permite la inscripción de las restricciones convencionales al derecho de propiedad. En este sentido, pueden inscribirse y lograr oponibilidad, todos aquellos pactos lícitos que restrinjan el régimen ordinario del dominio –pactos de no usar o de no disfrutar; con la reforma propuesta por el Proyecto también se incluirían en este inciso las prohibiciones relativas a facultad de disposición.

En este orden de ideas, no cabe duda que las limitaciones convencionales al dominio pueden acceder a la publicidad registral,

²⁵ Esta posición se advierte de los fundamentos de la Resolución 1261-2009-SUNARP-TR-L de 14 de agosto de 2009, así como del voto en discordia que integra esta decisión administrativa.

²⁶ Este método busca dilucidar el significado propio de las palabras contenidas en la norma de acuerdo al uso que comúnmente se les otorga.

²⁷ El método sistemático consiste en el análisis conjunto de varias normas del mismo ordenamiento jurídico, extrayendo de ellas una lectura integral del régimen legal.

²⁸ Según este método de interpretación, tienen importancia fundamental en la determinación de la *voluntas legis* tanto los considerandos o la exposición de motivos de las normas, como los dispositivos que las precedieron.

pues así lo autorizan expresamente las disposiciones del Código Civil. Carece pues de sustento normativo la posición que niega dichas restricciones por tener naturaleza personal.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral, el cual ha señalado que “Las restricciones establecidas por pacto entre las partes que importen claramente una limitación a alguno de los atributos del derecho de propiedad *sí son actos inscribibles en el registro*”²⁹. [El énfasis es nuestro.]

Del mismo parecer son Lacruz Berdejo y Rebullida, quienes opinan:

“El acto (o título en sentido material) presentado al Registro, de ordinario no se limita a denunciar la atribución del derecho a un titular y dar cuenta de su causa, *sino que contiene especificaciones que configuran e individualizan el derecho inscrito. Esas especificaciones no son, en sí y necesariamente, derecho real, pero desde el momento en que, según la voluntad de las partes, hayan de tener eficacia erga omnes (...), se incorporan a la situación jurídica inscrita, constituyendo parte de su sustancia*”³⁰. [El énfasis es nuestro.]

Los mismos autores agregan:

“El Registro no está concebido para recibir simplemente el nacimiento de nuevos derechos reales o la transmisión de los existentes, sino para describir, con sus caracteres particulares, la situación jurídica de cada inmueble inmatriculado, y así, para manifestar cuando es ésta claudicante o cuándo el complejo de facultades atribuido a su titular es distinto del que comporta la configuración típica de su derecho”³¹. [El énfasis es nuestro.]

Ahora bien, como adelantamos en parte introductoria del presente artículo, el Proyecto propone la modificación del artículo 2019 del Código Civil, en los términos siguientes:

“Artículo 2019.- Actos y derechos inscribibles.

Son inscribibles en el Registro:

1. Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen, restrinjan o limiten los derechos reales.
2. Los contratos de opción.
3. Los pactos de reserva de propiedad, de retroventa y de preferencia, así como la cláusula resolutoria expresa.
4. Las condiciones de las cuales dependen los efectos de los actos registrados, así como su cumplimiento total o parcial.
5. Los contratos de arrendamiento, comodato y depósito.
6. Los demás que señale los reglamentos respectivos”.

Como puede apreciarse fácilmente del texto glosado, la propuesta de reforma planteada por el Proyecto elimina como actos inscribibles a “las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito”.

En primer lugar, la referida modificación genera una inmediata contradicción en el cuerpo del Código Civil, el cual por tratarse de un conjunto ordenado de normas jurídicas, debe guardar perfecta y especial armonía entre sus disposiciones. La antinomia detectada se presenta entre el artículo 2019 del Proyecto, disposición que niega la publicidad registral a los pactos que limitan el dominio, y el artículo 926 del Código Civil, el cual no ha sido objeto de reforma y que por el contrario, permite expresamente la inscripción de las limitaciones convencionales a la propiedad.

Pero más allá de la coherencia normativa que debe ser observada en una reforma legislativa de esta naturaleza, no nos encontramos de acuerdo con que se haya negado la publicidad registral a este tipo de pactos. Y es que como hemos visto a lo largo del presente artículo, las limitaciones convencionales al dominio son una expresión concreta de las facultades del dueño; específicamente a la potestad de autolimitar su derecho con sujeción a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, privar de oponibilidad a este tipo de pactos —o lo que es lo mismo,

²⁹ Resolución N° 1261-2009-SUNARP-TR-L del 14 de agosto de 2009.

³⁰ LACRUZ, José y Francisco SANCHO. “Derecho Inmobiliario Registral”. Segunda Edición. Barcelona: Bosch. 1991. p. 90.

³¹ LACRUZ, José y Francisco SANCHO. Op. cit. pp. 90 y 91.

condenarlos a la inoponibilidad– constituye un verdadero despropósito.

Debe tenerse presente que el Registro no está concebido únicamente para publicitar el nacimiento de derechos reales o la transmisión de los ya existentes. El Registro debe describir el régimen particular del dominio sobre el bien, el cual puede estar

configurado por las restricciones contractuales que el dueño libremente ha establecido, siempre que aquéllas no contravengan normas imperativas o el orden público, ni que desnaturalicen el derecho de propiedad.

Por las razones expuestas, consideramos que la reforma al artículo 2019 del Código Civil no debe ser acogida.

ESTUDIO | DE LA FLOR,
GARCÍA MONTUFAR,
ARATA & ASOCIADOS
ABOGADOS.

1987-2011

24 años
de experiencia
nos avalan

Mariano de los Santos 140, San Isidro, Lima 27 - Perú

Tel | 512-3870
Fax | 441-2136
e/mail | estudio@ldgabogados.com
web | www.ldgabogados.com

**RODRIGO,
ELIAS
& MEDRANO**

ABOGADOS

Av. San Felipe 758. Lima 11. Perú. Tel: [511] 619-1900 Fax [511] 619-1919
www.estudiorodrigo.com



ARRIBAS
CLINICA DENTAL

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA CONTRA TÁBULAS VERSUS LA PROTECCIÓN AL TERCERO REGISTRAL: REFLEXIONES EN TORNO A UN PROYECTO DE REFORMA

Guillermo García Montufar*
Ex Miembro de THEMIS

Moisés Arata Solís**

La prescripción adquisitiva (usucapión) es una herencia del Derecho Romano que perdura fuertemente en nuestro ordenamiento. Sin embargo, el Proyecto de Reforma del Código Civil Peruano, comprende un viraje en el rumbo de la usucapión. Ésta, en algunos casos, perdería fuerza, en beneficio de la fe pública registral.

Guillermo García Montufar, en una postura interesante, critica la propuesta de la Comisión Reformadora, en cuanto a la prescripción adquisitiva. Considera que la reforma no sólo debilitaría la figura de la usucapión, sino sobre todo, la de la posesión. Adicionalmente, propone una solución intermedia al Poder Legislativo.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres. Socio del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados - Abogados.

** Abogado. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres. Catedrático de la facultad de derecho de la Universidad de Lima, San Martín de Porres y San Ignacio de Loyola. Socio del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados - Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad primaria del Registro es la protección del tráfico y la agilización de las transacciones, ya que las muchas veces complicadas indagaciones sobre la titularidad de los bienes son reemplazadas a través de una simple consulta¹. Así, la seguridad proporcionada por los derechos inscritos facilita su tráfico, contribuye al desarrollo de la economía y permite la multiplicación de los propietarios, en tanto se facilita el acceso al crédito².

Pero cabe preguntarse: ¿Los beneficios del Registro pueden aplicarse al margen de la realidad, de espaldas a la justicia material y en confrontación con las situaciones extra registrales que van adquiriendo legitimidad y van consolidándose en el tiempo? ¿Pueden solucionarse los problemas que nos plantea dicha confrontación, privilegiando en todos los casos la denominada seguridad jurídica dinámica, el formalismo, la certeza, la rapidez, la apariencia?

Aparentemente sí, de acuerdo a la posición que adopta la Comisión Reformadora del Código Civil en el artículo 952 del Proyecto de Reformas al Libro de Derechos Reales (en adelante, la propuesta)³.

En efecto, el inciso 3 de la propuesta resuelve el tema controversial antes enunciado⁴, esto es, el conflicto entre justicia formal y material; privilegiando la primera⁵.

Desarrollaremos a continuación la propuesta y emitiremos opinión sobre lo que desde nuestro punto de vista constituye lo positivo o negativo que puede traer consigo una regulación de este tipo, sin olvidar los efectos jurídicos que se producirán en caso la misma entre en vigencia.

II. LA DENOMINADA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA CONTRA TÁBULAS

La propuesta, tal como está redactada, nos enfrenta a situaciones como la siguiente:

“A” es propietario de un predio urbano y cuenta con su derecho inscrito en Registros Públicos; no obstante, la posesión es ejercida por “B” hace más de 10 años. “C”, interesado en adquirir la propiedad del predio, acude a Registros Públicos para tener la certeza de quién es el propietario, y luego de percatarse que “A” figura como tal, ofrece comprarle el predio, sin haberlo visitado, a efectos de conocer el estatus posesorio. Luego de celebrado el contrato de compraventa entre “A” y “C”, este último acude a Registros Públicos e inscribe el derecho de propiedad a su nombre.

“C” se dirige a tomar posesión del predio y se da con la sorpresa que el mismo se encuentra poseído por “B”, quien se niega a desocuparlo alegando que es propietario del mismo, al haberlo adquirido por prescripción, ya que cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 950 del Código Civil⁶. Por su

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBUDILLA. “Derecho Inmobiliario Registral”. Barcelona: Bosch. 1984. p. 11.

² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”. Segunda edición. Tomo 2. Madrid: CRPME. 1999. p. 439.

³ “Artículo 952.- Del Proyecto de Reformas al Libro de Derechos Reales.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014.”

⁴ Controversia que un sector de la doctrina ha negado. En efecto, una corriente jus-filosófica intenta revalorar la posición de la seguridad jurídica, negando que exista una tensión entre ésta y la justicia, pues la primera ya implica el aseguramiento de intereses valiosos, como la certeza, la estabilidad, y eso también es justicia. La decisión que privilegia la seguridad jurídica es justa por sí misma, por lo que no hay un conflicto real entre ambos valores. De este modo, la seguridad nunca es injusta, siempre que en ella se salvaguarden los valores fundamentales del ordenamiento: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. “La Seguridad Jurídica”. Madrid: Editorial Ariel S.A. 1994. p. 117.

⁵ GONZALES BARRON, Gunther. “Estudio Preliminar del principio de fe pública registral en el derecho peruano”. En: El Principio de Fe Pública Registral 3. Lima: Jurista Editores. 2010.

⁶ “Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propiedad durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.”

parte, “C” sostiene que adquirió de quien figura en el Registro con facultades para otorgar el derecho, por lo que su adquisición se encuentra protegida por el artículo 2014 del Código Civil, que consagra la denominada fe pública registral⁷.

¿Quién debe ser protegido? ¿“B”, que alega haber adquirido por usucapión; o “C”, que fundamenta la defensa del derecho adquirido tomando como punto de partida la confianza depositada en la información brindada por Registros Públicos?

Este conflicto, según el vigente artículo 952 del Código Civil⁸, se resuelve a favor del poseedor prescribiente, en la medida que la norma establece que la sentencia que declara la usucapión es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño, cualquiera que éste sea, inscrito o no, pues la norma no distingue⁹.

La aplicación de la propuesta traerá como

consecuencia que siempre se proteja al tercero registral en desmedro del poseedor prescribiente. ¿Resulta adecuada esta regulación? A continuación expondremos las razones que nos llevan a concluir que la norma es perfectible, y que una solución intermedia a la confrontación justicia material versus justicia formal es, en nuestra opinión, lo idóneo.

III. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA

Como bien señala Calegari, “la pugna se plantea entre la posesión y el Registro, el triunfo de aquélla sobre éste sometería a dura prueba la eficacia del sistema registral, que si cediera totalmente frente a la posesión llegaría a enervar la función del Registro, pero que si pretendiera desconocer radicalmente el hecho posesorio consagraría el divorcio entre realidad y Registro, en perjuicio del propio sistema”¹⁰.

La propuesta, como ya se dijo, opta por uno

⁷ “Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.”

⁸ “Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.”

⁹ No obstante, en la Casación 2185-2008-Lima, la Corte Suprema opinó en sentido distinto, privilegiando la protección del tercero adquirente que confió en la información del Registro, sobre la tutela del poseedor prescribiente: Serpar adquirió un inmueble e inscribió su adquisición. Sin embargo, con anterioridad Héctor Cipriano había adquirido el mismo bien por prescripción. Su derecho había sido declarado judicialmente pero no inscribió su adquisición. Serpar demandó al prescribiente para que se declare su mejor derecho de propiedad (ya que luego de la inscripción de dominio a favor de Serpar, se anotó en la partida la sentencia de prescripción a favor de Cipriano). La Corte Suprema falló en favor de Serpar, bajo el argumento de que se trataba de un supuesto de oponibilidad entre derechos reales, por lo que la solución la daba el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, que establece que prevalece el derecho que se inscribe primero. Igualmente, señaló que el principio de fe pública registral (artículo 2014 del Código Civil) también amparaba a Serpar.

Sin embargo, dos cosas deben tenerse en cuenta, para poner en su real dimensión el precedente citado: (i) lo que fue materia de confrontación no fue realmente un caso en el que la vehemencia de la prescripción la lleva a enfrentarse al titular registral sino un conflicto entre dos títulos formales: la sentencia de prescripción adquisitiva no inscrita vs el título adquisitivo derivativo de otro, de ahí que el asunto se resuelva finalmente sobre la base del principio de oponibilidad registral; y, (ii) aunque el juicio de mejor derecho a la propiedad debiera ser el gran debate en el que cada contendiente pone en la balanza lo mejor que tiene a su favor para acreditar que tiene mejores razones para ser reconocido como el propietario, lo cierto es que en nuestra práctica judicial el debate suele reproducir simplemente las razones registrales de prevalencia del título formal inscrito primero y no se permite probar el mejor derecho utilizando la prueba de la prescripción, invocada contra la otra parte y considerando a la prescripción no como modo de adquirir sino como medio de prueba de la propiedad, en los términos que resultan del artículo 927 del Código Civil, referido a la improcedencia de la reivindicación –y por el mismo sustento de una pretensión de mejor derecho– cuando el demandado ha adquirido el bien por prescripción. Podemos en todo caso preguntarnos, si siguiendo el hilo tradicional de la argumentación sobre esta materia (se suele sostener que el proceso de conocimiento bajo el cual se sigue una reivindicatoria no es el pertinente para debatir una pretensión que tiene trámite propio), ¿podría quien perdió dicho proceso iniciar un proceso de prescripción adquisitiva, bajo los cánones del proceso abreviado? Ciertamente no se podría sostener que existe cosa juzgada tanto por la diferencia en la pretensión como porque el plazo invocado sería el que el poseedor tiene desde hoy hacia diez años atrás y lo que se discutiría sería si algún efecto interruptivo pudo tener un proceso meramente declarativo como el de mejor derecho a la propiedad, en el que no se ha controvertido la posesión misma.

¹⁰ CALEGARI DE GROSSO, Lydia. “Usucapión”. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2006. p. 284.

de los extremos, declarando inatacable –sin admitir excepción– el derecho del tercero adquirente que contrata confiando en la información registral. Desconoce cualquier tipo de relevancia jurídica a la usucapión operada a favor del poseedor que ha cumplido con todos los requisitos establecidos en el artículo 950 ó 951 del Código Civil¹¹.

La propuesta, en nuestra opinión, suscribe aquella posición doctrinaria que da cuenta de una supuesta decadencia de la usucapión, entendiendo a ésta como una institución que poco a poco ha ido perdiendo importancia en el derecho moderno. En este sentido, se ha dicho que “el concepto de usucapión o prescripción adquisitiva de la propiedad que conoce el derecho moderno, es un legado de los romanos. Pero si la usucapión constituía una institución fundamental para el derecho romano, no es así para el derecho actual. En efecto, los antiguos no conocían medios directos de constitución de la propiedad; en consecuencia, sólo podía probarse eficazmente por la usucapión. Al leer los textos de los viejos juristas, se observa con cuanta devoción se refieren a esta institución; no faltaron quienes la proclamaron como la patrona del género humano. El transcurso del tiempo en la posesión de una cosa era cuestión de vida o muerte para la existencia de la propiedad”¹².

No ponemos en duda la transformación que ha sufrido el derecho hasta nuestros tiempos, la misma que consideramos se debe en buena medida a causas de orden económico. Una serie de hechos –la consolidación del modelo de economía de mercado, el abandono de la economía autosuficiente o autárquica, la necesidad de producir bienes en masa, la desaparición de los mercados de carácter doméstico y el surgimiento de los mercados mundiales, la objetivación del intercambio

económico y la protección de la confianza en las transacciones– le propinaron un rudo golpe a la antigua concepción de la prescripción adquisitiva, pues el comercio moderno requiere medios técnicos más expeditivos de transferencia de la propiedad. En lo que respecta a bienes registrados, el Registro arremete contra la usucapión, especialmente en aquellos sistemas que lo dotan de fe pública total¹³.

Sin embargo, una cosa es reconocer el fenómeno del progresivo abandono de la usucapión como el mecanismo por excelencia para transferir propiedad (como ocurría en Roma) y otra cosa muy distinta es sostener que la usucapión como hecho fáctico extra registral siempre deba ceder ante la intempestiva aparición del denominado tercero registral.

Consideramos, de acuerdo con Álvarez, que la inscripción no es la propiedad, sólo la presume. La usucapión en cambio otorga certeza al derecho patrimonial¹⁴. Y a tal punto, esto es cierto, que hoy en día encontramos casos en la jurisprudencia comparada que reconoce a la usucapión (como fenómeno extra registral) por encima de la inscripción. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 14 de julio de 2004, ha dicho que no puede el titular registral fundarse en la sola inscripción para pretender impedir la consumación de una usucapión en su contra.

Hay quienes inclusive sostienen que la usucapión debe primar sobre el Registro, bajo el argumento que la primera, al ser un modo de adquisición originario de la propiedad, vence al segundo, en cuanto éste publicita transferencias derivativas dominiales. Así González Barrón señala: “Los modos derivados de adquisición de la propiedad son aquellos en los cuales se produce un acto de transmisión del

¹¹ “Artículo 951.- La adquisición por prescripción de un bien mueble, requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.”

¹² VALENCIA ZEA, Arturo. “La Posesión”. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis. 1983. p. 438.

¹³ En síntesis, todo se mueve en el sentido de crear modos directos de constitución y prueba de la propiedad mueble e inmueble, tomando como guía para la primera, la simple posesión adquirida de buena fe, y para la segunda, la inscripción en los libros del Registro. Es más, el creciente acceso de diversos bienes muebles valiosos, identificables y duraderos a la vida registral, mediante la previsión legal de su registrabilidad, ha llevado con razón a sostener, por cierto desde hace varias décadas, que lo más coherente es dividir los bienes en registrados y no registrados, para los primeros el factor prevalente de resolución de los conflictos debería ser la inscripción mientras que para los segundos debería ser la posesión. Para mayor consulta ver: MONSERRAT, Antonio. “Derecho Inmobiliario Registral”. Madrid: Editorial Civitas. 2000. pp. 23-25.

¹⁴ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. “Derecho Inmobiliario Registral. Semblanza y Estudio Preliminar de Gunther Hernán Gonzales Barrón”. Número 4. Lima: Jurista Editores. 2011. p. 541.

derecho, es decir, dos sujetos están causalmente vinculados de tal suerte que uno da y el otro recibe (...) Los modos originarios son aquellos en donde el sujeto se convierte en titular por encontrarse en la hipótesis que la norma reconoce como causante del efecto adquisitivo, sin que el anterior propietario preste su voluntad favorable a la transferencia, o sin que se produzca un fenómeno legal de transmisión (...) Entonces, en las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario primigenio, pues el dominio igual se pierde cualquiera que éste fuese; de allí que por definición teórica la adquisición derivada cede o es vencida por la originaria. Si en la primera el derecho está supeditado a la titularidad del transmitente, y en la segunda no, entonces esta última es superior porque opera en forma absoluta e irremediable. Por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro y su tracto sucesivo (publicidad de actos de transmisión y adquisición derivativa)¹⁵.

Pero más allá de la comentada decadencia de la usucapión como el mecanismo por excelencia para adquirir la propiedad, o de la supuesta prevalencia de la misma sobre el Registro, la propuesta, al proteger en todos los casos al tercero registral en desmedro del poseedor prescribiente, es —más que quitarle protagonismo a la usucapión— restarle importancia a la posesión, tanto como fundamento de la propiedad, como mecanismo de publicidad de situaciones jurídicas subjetivas, y por ende, como mecanismo de oponibilidad de derechos.

La propiedad se justifica gracias a la posesión, ya que el título formal es sólo un medio para lograr la finalidad del dominio, cual es el ejercicio de los atributos de la propiedad, esto es, poseer. Justamente, en este sentido, autorizada doctrina, revalorando el rol de la posesión, sostiene que las casas son edificadas fundamentalmente para ser habitadas, y los fundos rústicos son para labrarlos, para alimentar el ganado o para aprovechar sus productos forestales¹⁶.

En el mismo sentido, partiendo de la primacía de la posesión sobre el Registro, y con la

finalidad de fundamentar la prevalencia que se le debe otorgar al poseedor prescribiente sobre el tercero adquirente que se limitó a constatar la información registral, se ha dicho que “desde el punto de vista social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva la tierra, que la hace producir incorporándolas a la economía nacional y que en contacto con la cosa realiza el fin social de ésta, que aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de tierra que va a adquirir”¹⁷.

Darle prevalencia sin excepciones al Registro sobre la posesión, como se establece en la propuesta, y no considerar los matices necesarios para una adecuada ponderación de los intereses de las partes en conflicto, significa privilegiar la información brindada por el Registro, sobre la información que es capaz de brindar la posesión respecto de la titularidad o situación de un bien registrado. Esto conlleva a que el Registro se convierta en el mecanismo de publicidad en todos los casos, y la posesión no cumpliría ya tal función.

Consideramos que un conflicto entre posesión y registro no siempre tiene que terminar a favor del segundo (como lo regula la propuesta). De acuerdo con Falzea: “En presencia de una situación de hecho que expresa un interés real y actual, y a falta de hechos que, dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido, demuestran la real vigencia de una situación jurídica incompatible, el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobreviene algún interés jurídico el cual exija y amerite su garantía, en preferencia del interés manifestado por la situación de hecho presente. Para superar el eventual conflicto entre la situación jurídica nueva y el estado jurídico preexistente y, al mismo tiempo, para tener en cuenta la hipótesis opuesta de total coincidencia entre ellos, el Derecho se vale de efectos jurídicos que cubren la alternativa de la innovación y de la conservación y que por su eficacia se diferencian sea de los

¹⁵ GONZALES BARRON, Gunther. “La Usucapión. Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio”. Número 2. Lima: Jurista Editores. 2010. pp. 227-228.

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes inmuebles”. En: Revista de Derecho Notarial. Madrid. 1978. p. 233.

¹⁷ *Ibíd.* p. 196.

hechos exclusivamente constitutivos, sea de aquellos exclusivamente declarativos”¹⁸.

En esa línea y como se ha señalado anteriormente, la importancia de la posesión, de forma análoga a aquella que asume el Registro, se ve ratificada en el proyecto de reforma del sistema de concurrencia de acreedores en nuestro país. En efecto, hace algún tiempo se planteó dejar atrás el sistema que distingue entre concurrencia sobre bienes muebles e inmuebles, para dar paso al sistema de concurrencia sobre bienes registrados y no registrados. Para los bienes registrados (muebles e inmuebles) el mecanismo de oponibilidad sería el Registro, mientras que para los bienes no registrados (sean muebles o inmuebles) el mecanismo de publicidad de situaciones jurídicas y por ende de oponibilidad sería la posesión.

De esta forma, no es que posesión y registro terminen siendo dos mecanismos confrontados, en los que haya que preferir siempre a uno sobre el otro –preferencia que estaría ya establecida en una norma legal (si se aprueba la propuesta)– sino por el contrario, ambos sistemas se complementan, se apoyan mutuamente. Se debe ponderar sin dogmas de por medio y sin presunciones absolutas (que en realidad terminan siendo ficciones jurídicas) cuál de dichos sistemas de publicidad se aplicará cuando ambos concurren a un caso en concreto.

Con acierto dice Jossierand que “ha de tenerse en cuenta que ambas instituciones se complementan perfectamente bien (registro y prescripción adquisitiva). Gracias a la usucapión de treinta años, sabe el comprador que trata con un individuo que ha tenido, en cierto momento, la propiedad del inmueble; gracias a la transcripción, sabe que este individuo ha guardado la propiedad, que no la ha enajenado, que es un propietario actual”¹⁹.

El proceso de decaimiento que ha sufrido la usucapión es únicamente como mecanismo de transferencia de la propiedad, pero no como el modo por excelencia para el saneamiento y prueba de la misma. Además,

como ya se indicó, la posesión continúa siendo un importante mecanismo de publicidad y oponibilidad. Por tales consideraciones, no existe razón ni motivo para dar preferencia, en todos los casos y todas las circunstancias, al Registro por encima de la posesión.

En todo caso, así como cuando se quiere determinar si sobre determinado bien resulta más eficiente aplicar el registro o la posesión como mecanismo de publicidad, se recurre a una evaluación de distintos aspectos²⁰, lo mismo debería suceder en el caso de la prescripción contra tábulas. Determinar si debe primar la adquisición del tercero o la usucapión del poseedor, dependerá del análisis del caso en concreto, de los costos que hubiese irrogado al tercero conocer la realidad extra registral, de las circunstancias particulares que rodearon al caso, entre otras consideraciones que a continuación comentaremos.

IV. LA FE PÚBLICA REGISTRAL NO PROTEGE AL TERCERO FRENTE AL POSEEDOR PRESCRIBIENTE

Un dato que creemos no ha sido tenido en cuenta al momento de redactar la propuesta, es que el denominado “tercero adquirente”, en realidad no calza dentro del supuesto de hecho regulado por el 2014 del Código Civil.

En efecto, debe tenerse en consideración que “el principio de fe pública se aplica exclusivamente a favor de un tercero que adquiere en virtud de un negocio jurídico oneroso y al cual se protege frente a la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución que sufra el acto previo. Es decir, se trata de un mecanismo de seguridad jurídica que sólo se aplica cuando se trata de adquisiciones contractuales o derivativas, las cuales pueden sufrir cuando el transferente no resulta ser titular del supuesto derecho transferido. Este supuesto, sin embargo, no se aplica en la usucapión, pues se trata de un modo originario de adquisición, en el cual no tiene relevancia alguna la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución (...)”²¹. Entonces, el artículo 2014 del Código Civil es simplemente

¹⁸ FALZEA, Angelo. “Voz: Efficacia Giuridica”. En: *Voci di Teoria Generale del Diritto*. Milán: Giuffrè Editore. 1985. p. 410.

¹⁹ JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Tomo 1. Volumen 3. Buenos Aires: EJE – Bosch. 1950. p. 285.

²⁰ En efecto, un bien, para que acceda al registro y por ende, para que el mecanismo de publicidad aplicable a él sea el registro y no la posesión, primero debe cumplir con tres requisitos fundamentales: (i) valor económico; (ii) durabilidad; y, (iii) identificabilidad

inaplicable en la hipótesis que plantea la propuesta. En efecto, “el tercero que se ampara en la fe pública es protegido contra ineficacias contractuales en el título del transmitente, pero en la usucapión no hay transmisión, ni patologías contractuales, ni contrato; razones por las que fácilmente se deduce que dicha norma no regula el conflicto entre usucapiente y tercero inscrito (...)”²².

Sumado a ello, habría que agregar la falta de lógica y conexidad entre la propuesta y lo prescrito en lo que sería el artículo 2014 del Código Civil, como pretende ser modificado en el Proyecto de Reformas al Libro de Registros Públicos²³.

Para guardar coherencia entre la propuesta y la primera parte del artículo 2014 del Código Civil reformado, consideramos que este último debería precisar que el tercero adquirente tampoco se verá afectado por “situaciones fácticas que ocurran en la esfera extra registral” y que podrían dar lugar a que opere la prescripción adquisitiva. No obstante, debe tomarse en cuenta que aun así, quedaría fuera de la protección contra la usucapión el adquirente del dominio a título gratuito.

V. ¿CÓMO ENTENDER LA BUENA FE EN EL TERCERO REGISTRAL?

La propuesta –como ya se dijo– establece que la prescripción no le será oponible al tercero adquirente que actúa conforme a lo dispuesto en el artículo 2014 del Código Civil. Esto significa que el tercer adquirente deberá cumplir con los 5 requisitos establecidos en dicho artículo: (i) adquisición válida a título oneroso (elemento negocial); (ii) confianza en el Registro (elemento de regularidad); (iii)

buena fe (elemento subjetivo); (iv) no debe constar en el Registro las causales de invalidez o ineficacia (elemento de no contradicción); y, (v) inscripción de su propio título (elemento de cierre).

Interesa precisar el requisito referente a la buena fe del tercero adquirente. Siguiendo el ejemplo señalado en el apartado II de este artículo, la propuesta establece que si “A”; titular registral de un predio urbano que ha venido siendo poseído hace más de 10 años por “B”, de forma pública, pacífica, continua y como propietario; se lo transfiere a “C”, quien únicamente se preocupa de constatar que quien le transfiere el derecho figura en el Registro con facultades para hacerlo (sin constatar quién lo venía poseyendo), es un tercero adquirente “de buena fe” que cumple con todos los requisitos del 2014 del Código Civil y por ende merece verse protegido frente al poseedor prescribiente (“B”).

Por tanto, para la propuesta existe buena fe por confiar únicamente en la información registral, sin interesar la situación posesoria del bien, a pesar de que de haberlo hecho, el tercero se hubiera percatado –automáticamente y sin mayor esfuerzo– que el bien era poseído por una persona distinta de quien se lo pretende transferir, y que era posible que esa persona tuviese –o al menos hubiese alegado tener– algún tipo de derecho sobre el bien. La propuesta le otorga a la buena fe un contenido exclusivamente subjetivo, que se aparta de lo que exige hoy el artículo 2014 del Código Civil.

En efecto, dicho artículo demanda del tercero adquirente, “la creencia de que el transmitente es el verdadero dueño del bien, lo cual se perturba cuando el tercero conoce

²¹ Ibidem.

²² GORDILLO CAÑAS, Antonio. “El Principio de Fe Pública Registral. Estudio Preliminar de Gunther Gonzales Barrón”. Número 3. Lima: Jurista Editores. pp. CXXXVII – CXXXVIII.

²³ “Artículo 2014 del Proyecto de Reformas al Libro de Registros Públicos.- Principio de buena fe registral

1. En el caso del Registro de Bienes, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el asiento registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes.
2. En el caso de los Registros de Personas Jurídicas y Naturales, la inexactitud o invalidez de los asientos registrales no perjudicará a quien de buena fe hubiere adquirido un derecho u obtenido algún beneficio patrimonial sobre la base de ellos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes.
3. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud de los asientos registrales o de los títulos archivados correspondientes.
4. Las inscripciones registrales no convalidan los actos que sean nulos o anulables con arreglo a este Código o a otras leyes.”

de la existencia de un titular distinto extra registro, o por lo menos tiene fundadas dudas respecto del transferente. Esta concepción de la buena fe busca mantener un estándar de moralidad en las relaciones sociales y económicas; en caso contrario el Registro podría ser utilizado en forma desviada para consumir fraudes y engaños. En efecto, para sacrificar el derecho válido de un titular en beneficio de otro titular, que en principio carecía de preferencia, parece necesario exigir a dicho beneficiario ser persona honesta, no fraudulenta ni aprovechada; de otro modo, el Registro, nacido para frenar la mala fe y favorecer la confianza del tráfico, se convertiría en un mecanismo amparador del fraude y de la injusticia²⁴.

Sobre la forma funcional en que debería operar el requisito de la buena fe, la doctrina se encuentra dividida. Para un sector el concepto de buena fe es principalmente negativo, por lo que debe entenderse como simple desconocimiento de la inexactitud del Registro. Así, Hencke afirma que buena fe “no equivale a conocimiento de las dudas sobre la exactitud del registro, y no existe ninguna obligación de informarse”; incluso Schwabprutting llega a decir que la fe pública registral opera “incluso en el caso de que el adquirente, a pesar de tener dudas fundadas, no haga nada para clarificar el estado de las cosas (...)”²⁵.

El otro sector, en cambio, exige al tercero una conducta diligente al momento de la adquisición, por lo que se le impone a éste deberes elementales de verificación e información, de tal suerte que no basta el simple desconocimiento, sin que además se encuentre obligado a realizar una actuación conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición (buena fe - diligencia)²⁶.

Nosotros nos adherimos a esta segunda posición, en cuanto “la sola denominación de buena fe ya la diferencia valorativamente

de la simple ignorancia y la envuelve en un ámbito de moral que la configura en forma decisiva. Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible. De igual modo, repárese en que el Registro es una verdad formal que no agota la realidad jurídica, y si ésta se muestra accesible, por lo menos generando el estado de duda suficiente para reaccionar, entonces no existe razón alguna para que el hombre recto y prudente no deba avanzar hasta aclarar la duda y obtener el conocimiento efectivo de la realidad, sin pretender cobijarse en el manto de la buena fe cuando estuvo a su alcance la realidad”²⁷.

En este mismo sentido se ha dicho que “para reconocer la eficacia de la publicidad registral frente al tercero no basta con la condición de adquirente a título oneroso con buena fe (esto es, desconociendo la falta de titularidad del transmitente) sino una buena fe activa, que haya agotado los medios ordinarios de investigación de la titularidad del transmitente y la verosimilitud de una realidad objetiva, que impida la utilización del registro como instrumento defraudatorio”²⁸.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que la buena fe no debe limitarse a la buena fe creencia, sino que debe exigirse una buena fe diligencia. Así, y de acuerdo con Alvarez, “la exigencia de diligencia para conocer la posesión que permitiría excepcionar la usucapión, ha de considerarse un principio definidor del régimen de las adquisiciones a *non domino* según el registro”²⁹. Y esto asume mayor certeza hoy en día, donde existen los medios y motivos suficientes para que antes de la adquisición se verifique el status posesorio por persona distinta del transmitente³⁰.

“La buena fe debe entenderse como la creencia racional y fundada en que el vendedor es legítimo titular de lo que transmite, y se

²⁴ AMOROS GUARDIOLA, Manuel. “La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 463. Noviembre-Diciembre de 1967. pp. 1519-1580.

²⁵ Ambos autores citados en: PAU PEDORON, Antonio. “La publicidad registral”. Madrid: Centro de Estudios Registrales - Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2001. p. 344.

²⁶ Argumentos a favor de esta posición, en: GORDILLO CAÑAS. “El Principio de Fe Pública Registral”. Parte I. En: Anuario de Derecho Civil. Omo 59. Fascículo 2. Abril-Junio de 2006. pp. 587 y siguientes.

²⁷ Ibidem.

²⁸ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José. Op. cit. p. 239.

²⁹ Ibid. p. 545.

³⁰ Como bien señala la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 30 de octubre de 1988.

deriva del desconocimiento por el adquirente de la realidad extra tabular³¹.

Como hemos señalado, la propuesta privilegia la publicidad registral para resolver el conflicto entre posesión y título, descartando la exigencia de una diligencia en la averiguación de la realidad extra registral, olvidándose que la buena fe constituye “una generalidad imprecisa, que simplifica en exceso el espectáculo del triunfo de la fe registral, sobre el derecho no inscrito; del poder sobre la realidad social”³².

La jurisprudencia española al desarrollar la posición del denominado “tercero hipotecario” (que nuestro artículo 2014 del Código Civil llama “tercero adquirente”) frente a la posesión contraria extra registral, se ha preocupado por exigir parámetros mínimos de diligencia para considerar que el tercero tiene buena fe, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española³³.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo Español del 9 de mayo de 2003, se establece que el tercero hipotecario no puede alegar buena fe pues “demostrado que son los codemandados los que están en posesión de ese terreno, que había de ser en concepto de dueños por su compra anterior, circunstancia que razonablemente no podría ser ignorada por el demandante, vecino del pueblo de Carracedelo, localidad en la que se hallan las fincas”³⁴.

A lo señalado por la jurisprudencia española, la doctrina agrega que “el diligente deber de averiguación en que consiste la consulta al Registro, deriva de la conocida excepción al principio de fe pública registral que suponen los derechos reales patentes, dentro de los cuales se incluye a la posesión. Justamente porque su existencia se manifiesta naturalmente de forma que tiene que herir los sentidos y, por ende, han de perjudicar al tercero, aunque de ellos no les haga noticia el Registro”³⁵.

La posesión como propietario es uno de esos hechos que en nuestra opinión el legislador debe considerar al evaluar la propuesta “Imprudentemente pretendería adquirir quien, despreocupándose de ella, decidiera confiarse ciegamente a la publicidad registral. Es importante advertirlo, porque a la luz de lo dicho resulta patente que el deber de diligencia impuesto al adquirente no es algo que excepcionalmente sea de aplicación solamente en el concreto supuesto regulado por la norma”³⁶. “En tal sentido, la buena fe no es sólo el desconocimiento o la ignorancia, sino más que nada, un proceder o comportamiento honesto y leal. Ello, traducido al caso de la prescripción contra tábulas, significa que el adquirente debe haber inspeccionado la finca, y si no lo ha hecho, no ha actuado diligentemente, y por consiguiente carece de la buena fe necesaria para resultar protegido por el Registro”³⁷. La misma idea con otras palabras: al adquirente registralmente protegido le es exigible la diligencia “normal en un corriente adquirente de cualquier finca, y no puede ser

³¹ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José. Op. cit. p. 611.

³² *Ibíd.*

³³ El artículo 36, en el extremo que nos interesa, establece lo siguiente:

“Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a, o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.”

³⁴ En la misma línea, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo Español del 15 de julio de 2004, 30 de diciembre de 2005, 7 de setiembre de 2007, 21 de enero de 2008 y 16 de noviembre de 2009, entre otras.

³⁵ GORDILLO CAÑAS, Antonio. Op. cit. p. 154.

³⁶ *Ibíd.* p. 157.

³⁷ DIEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Cuarta edición. Volumen 3. Madrid. 1995. p. 346.

considerada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación de la finca que pretende adquirir³⁸.

“Es esto último algo tan natural y obvio, que su reconocimiento se impone incluso en sistemas como el alemán, donde parece afirmarse con mayor energía la esencia exclusivamente cognitiva de la buena fe hipotecaria³⁹, o en la doctrina que más decididamente se pronuncia en contra de la integración de la diligencia en la composición de la buena fe⁴⁰.

VI. LA SOLUCION INTERMEDIA

De acuerdo con lo señalado en el apartado V anterior, consideramos que la buena fe del tercero adquirente que contrata conforme la información registral, siempre será un elemento contra el cual se puede probar, razón por la cual se requiere de un espacio en la que ella pueda ser controvertida por la partes en conflicto. Este espacio parecería ser el judicial o arbitral⁴¹, en el cual, con la amplitud y garantías que el constitucionalismo moderno prescribe, se debata si de parte del tercero adquirente registral, existió o no la posibilidad razonable y mínima de tomar conocimiento que la posesión venía siendo ejercida por un tercero y cuál era su calidad posesoria.

Precisamente por ello se ha dicho –con acierto– que “es en el ámbito de la valoración de la buena fe donde se hace efectivo el mayor grado de discrecionalidad judicial⁴². En el mismo sentido se manifiesta que “la apreciación de la diligencia del tercero adquirente –como, más genéricamente, la de la buena fe– consiste en una tarea cuya solución ha de confiarse al prudente juicio del

aplicador del Derecho⁴³.

Por tales consideraciones, somos de la opinión que la solución al problema de la prescripción contra tábulas no pasa por trasladar a aquella a los extremos. Una solución pro registro, en todos los casos y sin posibilidad alguna de dar prevalencia a la situación posesoria extra registral del tercero usucapiente –como en efecto lo hace la propuesta– implica cerrar los ojos ante la realidad y ampararse en la forma antes que en el fondo. Por el contrario, una solución que siempre haga prevalecer a la usucapición contra tábulas en desmedro de quien contrata en función a la información registral, bajo el argumento de que la usucapición es un mecanismo traslativo de dominio mucho más perfecto y completo que el Registro, puede terminar afectando la seguridad jurídica dinámica y la posición de quienes contrataron confiando en el Registro y no tuvieron la posibilidad –en el caso concreto y por excepcionales circunstancias– de conocer la realidad extra registral.

Ambas soluciones extremas se apoyan en reglas generales, en apriorismos, y podríamos decir, hasta en dogmas (prevalencia apriorística del Registro sobre la usucapición o viceversa). Desde nuestro punto de vista, la solución pasa por ponderar las situaciones en conflicto, por analizar cada situación particular y por cada circunstancia trascendente que rodee al caso en concreto, qué es lo que debe prevalecer. Y todo este debate al final de cuentas se enmarca en determinar si hubo o no buena fe por parte del tercero que contrató confiando en la información registral, y esto equivale a decir que todo depende de si el tercero conoció o no la posesión extra registral que dio finalmente lugar a la usucapición a favor de

³⁸ VALLET DE GIYISOLO. “La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública”. En: Revista de Derecho Privado. 1974. p. 443.

³⁹ ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. “Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas”. Traducción del alemán de Blas PÉREZ GONZALEZ y José ALGUIER. Barcelona: Bosch Casa Editorial. p. 278.
“La fe pública del Registro no surte efecto en algunos casos, a saber: 1. Ciertos casos, en los que la simple vista de una instalación notoria y contraria al Registro se preste a hacer dudar de la confianza en aquél”.

⁴⁰ En contra de lo que sostiene este sector de la doctrina, aun es posible un paso más: “No se exige conocimiento efectivo de la posesión contradictoria con la situación jurídico – real inscrita. Basta con que el tercero haya tenido medios racionales y motivos suficientes para conocerla. Volvemos al componente ético de la buena fe, a lo que ésta implica de proceder honrado y leal. ¿Cómo entender que actúa honrada y diligentemente quien, desoyendo el mensaje de esos indicios, sin intento alguno de verificación y contraste, se lanza a adquirir no ignorando la lesión que eventualmente podrían irrogar al derecho ajeno?”. Ver: GORDILLO CAÑAS, Antonio. Op. cit. p. 157.

⁴¹ En el caso del judicial, proponemos el diseño de un proceso *ad hoc* realmente sumarísimo.

⁴² ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. Op. cit. p. 618.

⁴³ GORDILLO CAÑAS, Antonio. Op. cit. p. 159.

una tercera persona.

Entonces, determinar si hubo o no conocimiento de esta circunstancia extra registral por parte del tercero adquirente, deberá contemplarse en la propuesta, razón por la cual ponemos en consideración del legislador que evalúe el modelo contenido en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española antes citado, dejando a la jurisprudencia la determinación de si hubo o no buena fe por parte del tercero.

Comentando el referido artículo 36, hay quienes sostienen que el sistema español relativiza los efectos de la prescripción contra tábulas⁴⁴. En realidad, lo que pretendió relativizar el legislador español fueron los efectos que produce la protección del tercero amparado en la fe pública registral frente a la usucapación extra registro, estableciendo como regla general la protección de este tercero registral y como excepción la tutela del poseedor usucapiente únicamente en los casos establecidos en la referida norma.

Sin embargo, debemos reconocer un riesgo, que ocurra en el Perú, lo que en la práctica española ha ocurrido, esto es, que se produzca el efecto inverso: lo que se planteó como excepción en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española (tutela del usucapiente extra registral) ha pasado a ser, a través de los fallos jurisprudenciales, la regla general, dándole a la protección del tercero registral frente a la usucapación contra tábulas el carácter de excepcional. Con acierto se ha dicho, tomando como referencia los últimos fallos de la jurisprudencia española, que “es francamente excepcional que el tercero hipotecario (registral) pueda prevalecer contra el adquirente por usucapación”⁴⁵.

Pero más allá de la manera como se viene aplicando el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española en la jurisprudencia, interesa analizar el contenido de la norma. Ella establece que producida la inscripción de una transferencia en los Registros Públicos, se suspende inmediatamente, y por el plazo de un año, el efecto de la prescripción. Así, el nuevo adquirente tiene un año para

interponer las acciones pertinentes contra el poseedor. Pasado este plazo la prescripción retoma sus efectos y, por tanto, el poseedor podrá solicitar que se le declare propietario, acceder al registro y cancelar el asiento a favor del antiguo dueño. Lo que se produce con esto es un efecto suspensivo de la pretendida adquisición del tercero registral, y se desecha cualquier regla general que lleva a concluir que quien adquiere por prescripción tiene siempre un mejor derecho que quien adquiere por registro, y viceversa.

Como señala el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española, contra el adquirente de quien aparecía en el Registro como titular inscrito, prevalecerá la usucapación que el poseedor usucapiente tenía ya ganada antes de que el tercero adquirente hubiese inscrito su adquisición, prevaleciendo también contra dicho tercero, la usucapación que pueda ganarse dentro del año siguiente a la adquisición (debería decir de la inscripción). En el segundo supuesto, se trata de una usucapación en la que está corriendo el último año que le falta al usucapiente para ganarla. Ahora bien, en aras de no relativizar en extremo los efectos de la propuesta, el legislador podría considerar no incluir dicho segundo supuesto, es decir, la figura de la usucapación casi consumada.

Si el legislador considerara evaluar nuestra recomendación, proponemos que en la modificación de la propuesta se precise que para que la prescripción prevalezca contra el tercero adquirente, es necesario que se demuestre que éste conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer antes de perfeccionar su adquisición la posesión “como propietario” por persona distinta de su transmitente, o que si el adquirente no ha conocido ni podido conocer al tiempo de su adquisición la posesión de hecho y “como propietario”, consienta tal posesión expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a su adquisición. Asimismo, se deberá indicar que el plazo del año corre a partir de la “inscripción en el Registro de la Adquisición”, ya que desde ese momento es tercero registral⁴⁶.

Consideramos innecesario el cuarto párrafo

⁴⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Los sistemas de transferencia de propiedad”. En: Derecho y Economía. El análisis de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores. 2003. p. 163.

⁴⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José. Op. cit. p. 142.

del artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española, ya que como bien señala Manzano, “la usucapión simplemente comenzada ni tiene efectos todavía ni perjudica al tercero, y puede interrumpirse según las reglas generales”⁴⁷. Lo que quiso hacer explícito el legislador español, pero en nuestra opinión está implícito, es que la sola inscripción del derecho del tercero no interrumpe la prescripción.

La usucapión sólo podrá prevalecer si se prueba que el tercero adquirente conoció quién y cómo poseía el bien o que pudo conocer con una diligencia adecuada al caso que sea y obrando de forma razonable, que el bien estaba poseído de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmitente.

En todo caso, lo fundamental es permitir determinar cuando el tercero adquirente actuó de buena fe. Reiteramos que no debe obviarse que el principio de la buena fe admite prueba en contrario. Presumir la buena fe *jure et de jure* (como pretende la propuesta) implica desconocer a la buena fe como un estado fáctico sujeto al régimen de la libre valoración de la prueba y darle el contenido de una ficción jurídica.

Al respecto, debe tenerse presente que las normas en las que nuestro Código Civil hace referencia a la buena fe (como en el artículo 2014 del Código Civil) constituyen cláusulas normativas generales, las mismas que pueden ser interpretadas por la jurisprudencia. Así lo ha entendido la Corte Suprema de nuestro país mediante la Casación 1174-2007, de fecha 05 de junio de 2008, en la que justamente concluyó que el estado de buena o mala fe de determinada persona es algo que debe debatirse y determinarse en el proceso⁴⁸.

En síntesis, la eficacia de la publicidad no se puede predicar cuando hay una situación posesoria consolidada, porque la protección del tercero no puede confrontarse a la publicidad de la tierra misma. Insistimos en que al tercero que va a ser protegido se le debe exigir una cierta diligencia más allá de la buena fe que se presume. Ahora bien, ello tampoco debe llevarnos a concluir que siempre que haya un poseedor prescribiente, el tercero adquirente conforme al Registro actuó con mala fe al haber estado en plena posibilidad de conocer la realidad extra registral. Como ya se indicó, ésta es una tarea cuya solución ha de confiarse al juicio del aplicador del Derecho.

⁴⁶ En este sentido, ALBALADEJO GARCIA, Manuel. “La Usucapión”. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2004. p. 248; y GARCIA GARCIA, José Manuel. “Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario”. Tomo 2. Madrid: Editorial Civitas. S.A. 1993. p. 656.

⁴⁷ MANZANO SOLANO, Antonio. “Derecho registral Inmobiliario”. Volumen 1. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. p. 36.

⁴⁸ La Corte Suprema dijo con toda claridad: “(...) se deberá acreditar fehacientemente la mala fe con que obró; por esta razón, debe dilucidarse adecuadamente en el presente proceso, si se ha acreditado la mala fe del demandado constructor, esto es, que se haya demostrado que el demandado edificó en el predio materia de la demanda a sabiendas que el terreno no le pertenecía y que era propiedad de la empresa demandante; determinación que resulta de interés capital en la presente litis, ya que tal circunstancia no puede dejarse librada a la presunción de publicidad establecida en el artículo 2012 del Código Civil”. Ver: Octavo considerando de Casación 1174-2007, de fecha 05 de junio de 2008, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 04 de septiembre de 2009.

ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: ¿SALIENDO DE LA “CAVERNA”?*

Guillermo Arribas I.**
Director de la Comisión de Contenido de THEMIS

Erick Lau G.***
Miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS

Una de las más importantes modificaciones que plantea la Comisión Reformadora es la relativa al artículo 952 del Código Civil, mediante la cual se da solución al polémico conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquel que adquiere por prescripción adquisitiva. La Comisión Reformadora ha preferido al primero de ellos, en la búsqueda de mayor seguridad en el tráfico jurídico.

En el presente artículo, los autores analizan la institución jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio, en base a un estudio comparativo con la regulación que a ella se ha dado en distintos sistemas jurídicos. Se aborda el conflicto que se presenta entre esta institución y aquélla que protege al tercero adquirente de buena fe, con miras a identificar el real fundamento del proyecto de reforma del artículo 952 y los efectos que generaría esta solución.

* Los autores agradecen de modo especial a los doctores Luis Felipe del Risco Sotil y Hugo Alonzo Navarro por las críticas y comentarios realizados al presente ensayo.

** Alumno de décimo ciclo de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente del curso de Derechos Reales.

*** Alumno de décimo ciclo de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de 25 siglos un filósofo griego nos propuso un mito¹ en donde unos hombres encadenados se encontraban dentro de una caverna y solo podían ver la pared de su prisión, tras ellos se había colocado una gran hoguera que creaba sombras al combinarse con figuras estratégicamente situadas. Los prisioneros no tenían ningún conocimiento más allá que las sombras; por lo que no podían ver la pequeñez de su reducido mundo. No conocían la inmensidad del mundo real que existía tras ellos.

El presente ensayo pretende abordar una controversia jurídica centenaria en nuestro país: la pugna entre la prescripción adquisitiva de dominio y la adquisición amparada en la fe registral. Tal como el caso de los prisioneros de la caverna, consideramos que gran parte de la comunidad jurídica ha vivido por mucho tiempo encadenada a la tradición, pudiendo ver solo una parte del problema. Fruto de ello tenemos hoy un sistema de transferencia de propiedad poco coherente en aspectos fundamentales; a pesar de esto, la tradición y el contexto político impiden la reforma. No se logra pues salir de la “caverna”.

El artículo 952 de la Comisión Reformadora del Código Civil pretende darnos un poco de ese conocimiento del cual se nos ha privado por tanto tiempo. Ahora debemos romper las cadenas de la caverna para poder ver la institución jurídica en su plenitud, en el derecho comparado y en los antecedentes peruanos: ¿El sujeto que adquiere por prescripción adquisitiva de dominio un inmueble prima sobre el tercero adquirente de buena fe?, ¿a

dónde nos lleva la modificación del artículo 952 y cuál es el siguiente paso para salir de la caverna?²

II. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: FUNDAMENTOS DE SU EXISTENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Antes de pasar al análisis de la modificación que propone la Comisión Reformadora del Código Civil en materia de prescripción adquisitiva, creemos conveniente iniciar el presente trabajo detallando los fundamentos para la existencia de esta figura en los sistemas jurídicos en donde se ha desarrollado esta institución.

A. Fundamentos en el Derecho Francés

Si queremos encontrar los fundamentos de la prescripción adquisitiva en el sistema del Derecho Civil, no podemos dejar de mencionar lo establecido en el Derecho Francés, el que ha repercutido notoriamente en el sistema jurídico peruano³.

Sobre la prescripción adquisitiva⁴ se ha dicho que es un modo de adquisición de propiedad por medio de la posesión por un espacio de tiempo determinado. Los Mazeaud la han definido como “la adquisición, por el poseedor de una cosa, del derecho de propiedad o de otro derecho real sobre esa cosa, por efecto de la posesión prolongada durante cierto plazo.”⁵

Al igual que en nuestro ordenamiento, el sistema francés también contempla dos clases de prescripción adquisitiva⁶, una prescripción larga y una abreviada, a esta última se accede

¹ PLATON. “El mito de la caverna”. En: La República. Libro VII. pp. 514a–521b.

² Debemos señalar que el presente trabajo se centra en el análisis de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio sobre bienes inmuebles. Ello es así pues consideramos que, si bien existe un registro de bienes muebles, con lo cual el análisis de la reforma que se intenta implantar cobraría eficacia respecto a ellos, la mayor relevancia en la sociedad se daría con respecto a los bienes inmuebles, en donde el tema de la inscripción registral tiene mayor acogida. Así, cuando nos refiramos a la prescripción adquisitiva, deberá entenderse como la que opera sobre bienes inmuebles.

³ Se debe tomar en cuenta que el Código Napoleónico, aún vigente en Francia, fue la principal influencia en la elaboración del Código Civil peruano de 1852. Asimismo, en los posteriores Códigos Civiles peruanos aún es notoria la presencia del derecho francés.

⁴ En el Código Civil Francés, encontramos esta figura regulada junto a la prescripción extintiva. La prescripción adquisitiva de dominio se refiere a obtención de la propiedad de un bien por cumplir ciertos requisitos, mientras la prescripción extintiva se refiere a la inexigibilidad de un derecho crediticio por el paso del tiempo, sin embargo, ambas figuras obedecen a reglas comunes. Ver: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. “Lecciones de Derecho Civil”. Parte segunda. Vol. IV. Buenos Aires: EJE. 1960. p. 196.

⁵ Ibidem.

⁶ La regulación de esta institución se encuentra en el Código Civil Francés de los artículos 2219 al 2281.

en virtud de un justo título y buena fe⁷. En ambos casos se requiere que el poseedor se comporte como propietario⁸. Aquí se puede ver la influencia del clásico Friedrich Karl von Savigny en el derecho francés, quien se dedicó a estudiar las figuras jurídicas del antiguo derecho romano. Así, los conceptos de *animus possidendi* y *animus domini* que, en palabras de Valencia Zea, son conceptos idénticos que suponen la intención de ejercer el derecho de propiedad a nombre propio. De este modo, para que la posesión sea útil para adquirir por prescripción adquisitiva, el poseedor debe pretender disponer de un bien tal y como un propietario podría hacerlo en virtud de su derecho⁹.

Además de ello, se señala que esta posesión debe estar exenta de vicios¹⁰.

Ahora bien, el efecto de la prescripción adquisitiva es poder adquirir la propiedad, ya sea por medio de una posesión de buena o mala fe. Sin embargo, los Mazeaud y otros autores señalan que ésta no es la función principal de la institución, sino que encuentra su real destino en la prueba del derecho de propiedad.

Así, señala “[e]xiste en ello para el adquirente regular, por lo tanto, para el legítimo propietario, una seguridad muy grande; cuando puede demostrar que, por sí y por sus causantes, posee hace más de treinta años, está seguro de no poder ser inquietado, ya que presenta una prueba irrefutable de su derecho”¹¹. De esta manera, a modo de ejemplo se plantea: “Yo no habría podido adquirir la propiedad si mi autor no la hubiese tenido. La misma cuestión se plantea en los mismos términos para todos los poseedores sucesivos de la cosa, y si uno solo de la serie no fue propietario, todo los que lo siguieron tampoco lo han sido. La prescripción suprime esa dificultad que sería insoluble (...)”¹².

Sin embargo, consciente del doble matiz que la figura de la prescripción adquisitiva conlleva, los Mazeaud agregan “(...) en ocasiones, la usucapión se vuelve contra el verdadero propietario, que se encuentra despojado. Esta consecuencia es inevitable. Es plenamente conforme con el interés social; el propietario no merece la protección de la ley más que si usa su bien (...)”¹³.

En ese mismo sentido se han pronunciado Ripert y Boulanger, al explicar la función de la usucapión en los siguientes términos:

“La usucapión desempeña, pues, una función social considerable. Es cierto que puede favorecer a un poseedor sin título y de mala fe; amparará en ese caso una expoliación. Pero éste es un caso raro y será más raro todavía que el propietario despojado por efecto de la usucapión no haya pecado de negligencia. Se le concede un plazo suficiente para enterarse de la usucapión cometida contra él para protestar (...)”¹⁴.

Definido ello, debemos señalar que el tratamiento de la prescripción adquisitiva en el Derecho Francés tiene una estrecha vinculación con el modo de transferencia de propiedad que en este sistema se emplea, y, en especial, con la función que la inscripción registral cumple al respecto de ello. Así, podemos señalar que, al igual que en nuestro ordenamiento, el sistema francés posee un registro declarativo, que no constituye derechos, sino que sirve para la publicidad y oponibilidad de derechos.

A partir de ello, creemos importante señalar que en el sistema francés, a diferencia del sistema adoptado por el Código Civil peruano, no se cuenta con un artículo que proponga una protección especial a quien adquiere

⁷ Mazeaud nos señala que en el caso de la prescripción adquisitiva larga el plazo que tendría que transcurrir es de 30 años, mientras que para la corta, dependiendo de la situación del propietario, podrá ser de 10 o 20 años. Ver: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. Op. cit. Loc. cit.

⁸ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. “Tratado práctico de Derecho Civil Francés”. Tomo III. La Habana: Cultural S.A. 1940. p. 594.

⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. “La posesión”. Bogotá: Temis. 1968. p. 67.

¹⁰ Debemos señalar que, a diferencia de nuestro Código Civil, el sistema francés contiene una definición de la posesión viciosa, resultante de la discontinuidad, violencia, clandestinidad y lo equívoco de la posesión.

¹¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. Op. cit. p. 226

¹² RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”. Tomo VI: Los Derechos Reales. Buenos Aires: La Ley. p. 331.

¹³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD. Loc. cit.

¹⁴ RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Op. cit. p. 332.

derechos según la confianza en el Registro¹⁵. Por tanto, ante un conflicto entre quien adquiere confiando en la información registral y quien adquiere por usucapión; siempre se da preferencia al segundo de ellos.

De este modo, en el sistema francés, al igual que en el peruano, podemos hablar tanto de una prescripción *secundum tabulas* como una *contra tabulas*. La primera de ellas sirve para probar la propiedad del titular del inmueble. El plazo de la prescripción funciona como un límite temporal en el cual se deberá verificar que el tracto sucesivo de los anteriores titulares a la fecha se ha dado sin vicios en sus títulos, es decir se busca reafirmar la información de Registros. De este modo se evita la conocida “prueba diabólica” cuando es necesario demostrar la titularidad de un propietario. La prescripción *secundum tabulas* cobra especial relevancia al momento que el propietario pretende transferir su derecho. Así, en principio¹⁶, el comprador sólo deberá hacer el estudio de títulos por el plazo de prescripción indicado en la norma para comprar bien.

Por otro lado la prescripción *contra tabulas* supone una situación radicalmente opuesta. A diferencia de la *secundum tabulas* en donde se reafirma el derecho del propietario, la prescripción *contra tabulas* la contradice, despoja al propietario del bien de su derecho. Cuando un sujeto posee un inmueble ajeno por el periodo y los requisitos establecidos en la norma, éste adquiere originariamente el derecho de propiedad sobre el bien sin importar la información que se tiene del bien en Registros, así el propietario registral pierde su derecho.

B. Fundamentos de la Posesión Adversa en el Derecho Anglosajón

Tal como se indicó en el punto anterior, la prescripción adquisitiva de dominio tiene una presencia importante en el sistema civil

romano en general, siendo este quizás el sistema donde mayor ingerencia ha tenido. Sin embargo, en el sistema angloamericano se encuentra una institución jurídica muy cercana a la prescripción adquisitiva de dominio, conocida bajo el concepto de “posesión adversa”.

Posner define la posesión adversa de la siguiente manera:

“Si durante un cierto número de años (aunque diferente en diversos estados, siete es un número común) usted posee la propiedad en oposición al dueño verdadero (es decir, no como inquilino, agente, etc), la reclama como suya y el dueño no demanda para reclamar su derecho, la propiedad pasará a manos de usted (...)”¹⁷.

En la misma línea, Cooter y Ulen manifiestan:

“La doctrina legal relevante es la de la posesión adversa. Esa frase se refiere al hecho de la posesión de la tierra por parte de un invasor es adversa al interés del dueño. Alguien puede adquirir la propiedad de la tierra de otro ocupándola durante cierto periodo especificado en un estatuto, siempre que la ocupación sea adversa a los intereses del dueño y el dueño original no proteste o ejercite una acción legal”¹⁸.

Como se ve, lo fundamental en esta figura jurídica es que el poseedor no propietario, al momento de ejercer de hecho el control sobre el bien, debe poseer un interés que se contraponga al del propietario. Este interés, consideramos, no puede ser otro que el de reputarse a sí mismo como propietario¹⁹.

Si bien, como se explicará al momento de analizar la codificación de la prescripción adquisitiva de dominio en el Perú, la doctrina de la posesión adversa así expuesta no exige todos los requisitos previstos en nuestro

¹⁵ Lo que en Perú, vendría a ser el contenido regulado en el artículo 2014, sobre buena fe pública registral.

¹⁶ Más adelante se explicará porque es “en principio”.

¹⁷ POSNER, Richard. “Problemas en la transferencia del derecho de propiedad”. En: El Análisis Económico del Derecho. México DF: Fondo de cultura económica. 2007. p. 82.

¹⁸ COOTER, Robert y Thomas ULEN. “¿Cómo se establecen y verifican los derechos de propiedad?”. México DF: Fondo de cultura económica. 2008. p. 186.

¹⁹ En esta misma línea Posner indica: “Conviene hacer hincapié en el requisito de la adversidad en la doctrina de la posesión adversa. Debe ser evidente que alguien está ocupando la propiedad del dueño nominal por un efecto no derivable de ese dueño” En: POSNER, Richard. “Problemas en la transferencia del derecho de propiedad”. Op. cit. p. 83.

Código Civil²⁰, sí hay un punto común entre estas instituciones, que consideramos innegable: el poseer como propietario. Aunque de un sistema distinto, encontramos gran similitud, al igual que en el caso francés, con la doctrina del *animus possidendi* y *animus domini* de Savigny, que desarrollamos en el punto anterior.

Pero si bien ésta es la doctrina de la posesión adversa, ¿cuál es su fundamento?, ¿por qué un no propietario puede despojar de su derecho al legítimo titular? Aquí encontramos también grandes similitudes con el sistema civil romano. Cooter y Ulen responden a estas interrogantes señalando:

“La ventaja económica de la posesión adversa reside en el hecho de que elimina las nubes del título (...). En general, una regla para la adquisición del título mediante la posesión adversa reduce el costo de la determinación de los derechos de propiedad legítimos al eliminar el riesgo de que la propiedad sea disputada en la base de un pasado distante.”²¹

Los mismos autores continúan:

“Otra justificación de eficiencia para la posesión adversa se destacó en el pasado: la posesión adversa impide que recursos valiosos permanezcan ociosos durante largos periodos, especificando procedimientos para que un usuario productivo arrebatase el título del usuario improductivo.”²²

Se puede estar o no de acuerdo con el fundamento de la posesión adversa, en especial con la segunda razón²³, pero es innegable el parecido con la fundamentación de la prescripción adquisitiva de dominio expuesta por la doctrina francesa sobre el tema de la prueba de la propiedad. El objetivo en ambos sistemas es el mismo,

eliminar la prueba diabólica, puesto que la transferencia de propiedad en estos casos no se da por un dato objetivo como el registro, esto es, el registro no constituye el derecho, solo lo publicita. Esta intención conlleva dos consecuencias: (i) la primera es que en algunos casos se dará la propiedad a quien en realidad no era propietario, es decir, el saneamiento de los títulos no será propiamente un saneamiento, sino un título nuevo²⁴; y, (ii) la segunda es que la información en el Registro no será necesariamente correcta. Estas dos conclusiones, que además consideramos asimilables al caso peruano, se pueden inferir de la siguiente afirmación hecha por Posner:

“Por otra parte, los registros ya no son un índice completo de la propiedad, porque un poseedor adverso (una vez transcurrido el plazo de prescripción) es un propietario sin registro”²⁵.

Es decir, en principio en el derecho anglosajón puede existir también una especie de prescripción *secundum tabulas* como de prescripción *contra tabulas*.

C. Fundamentos en el Derecho peruano

Tal como se ha expuesto, tanto en la doctrina francesa como en la anglosajona, la prescripción adquisitiva de dominio supone el reconocimiento de una situación de hecho. La mayor parte de las veces, este reconocimiento estará dirigido a facilitar la prueba del derecho propiedad de los titulares; sin embargo, en algunas ocasiones despojará al legítimo titular de su derecho de propiedad. Si bien el segundo efecto se puede dar, ambos sistemas consideran que no es el fundamento principal de la institución.

En principio en el ámbito nacional se ha aceptado de manera pacífica tales fundamentos. La mayoría de autores postulan que la función

²⁰ El artículo 950 del Código Civil de 1984 requiere que la posesión sea continua, pacífica, pública y como propietario.

²¹ COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit. p. 187.

²² Ibidem.

²³ No profundizaremos sobre este fundamento por cuestión de espacio; sin embargo, cabe decir que éste se ha visto deslegitimado a través de los años. Esto se dice, entre otras razones, porque parte del derecho de disposición del propietario es el no utilizar el bien, el no uso también configura un ejercicio del derecho de disposición. Así, puede suceder que para el legítimo propietario el no usar el bien tenga un valor económico mayor a que el sujeto que pretende prescribir el bien siendo un sin sentido el preferir al segundo.

²⁴ Esto se ve con toda claridad cuando estamos ante una prescripción *contra tabulas*.

²⁵ POSNER, Richard. Op. cit. p. 83.

principal de la prescripción adquisitiva de dominio es la prueba del derecho de propiedad, postura que compartimos. Sin embargo, en el año 2008 se desarrolló un pleno casatorio acerca de esta materia, en el cual se definió el fundamento de la prescripción adquisitiva en los siguientes términos:

“Se considera que el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad o un instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad misma (la única realidad) de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial.”²⁶

El Pleno Casatorio genera ciertas dudas. La posición que se asume considera a la prescripción adquisitiva como el modo en que se consolida una situación de hecho (“real”). Sin embargo, al indicar que se trata de reconocer la realidad misma sin más, consideramos que enfatiza a la prescripción como medio de adquisición de propiedad, dejando relegado en un segundo plano la función probatoria de dominio. Como hemos visto, la adquisición de propiedad de un *non domino* es si se quiere una patología de la figura, no el fundamento de la institución.

Antes de pasar al análisis del conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquél que adquiere por prescripción adquisitiva, así como de la modificación que se plantea con la Propuesta de Reforma del Código Civil, revisaremos la evolución de nuestro ordenamiento en torno a la prescripción adquisitiva y el conflicto, lo cual nos dará una mejor visión sobre la controversia.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN EL PERÚ

Para poder identificar las reales implicancias de la modificación del artículo 952 en el proyecto de Reforma del Código Civil, creemos necesario ver su codificación en nuestro país a través del tiempo. Nos pronunciaremos brevemente sobre el Código Civil de 1852, el de 1936 y el de 1984.

A. Código Civil de 1852

En el Código Civil de 1852 la prescripción adquisitiva de dominio y la prescripción extintiva estaban reguladas bajo el mismo título²⁷, habiendo una sección de disposiciones generales y luego, por separado, las normas especiales para cada tipología. Dentro de las normas especiales sobre prescripción adquisitiva, se indicaba que el poseedor de buena y mala fe podía hacerse propietario del bien inmueble. En el caso del poseedor de buena fe, se debía tener 10 años de posesión²⁸; mientras que el poseedor de mala fe debía poseer el bien por 40 años²⁹. Para la prescripción corta, se necesitaba tener, además, posesión continua y justo título³⁰; mientras que para la larga solo era necesario la posesión continua por el plazo señalado.

A pesar de ya encontrarse regulada la institución bajo comentario, todavía no existía un Registro Público unificado. Como se desprende del articulado, cada escribano público tenía su propio registro de escrituras públicas³¹. Siendo así, aún no se presentaba el problema de la prescripción adquisitiva de dominio *contra tabulas per se*, ni el conflicto con el adquirente registral de buena fe.

²⁶ Sentencia del Pleno Casatorio. Casación 2229-2008-Lambayeque. Publicada en El Peruano el 22 de agosto de 2008.

²⁷ “Artículo 526.- Prescripción es un modo civil de adquirir la propiedad de una cosa ajena, ó de libertarse de una obligación, mediante el transcurso de un tiempo determinado, y bajo las condiciones señaladas por este código. **La primera es prescripción de dominio, y la segunda da prescripción de acción**”. [El énfasis es nuestro].

²⁸ “Artículo 543.- Debe durar la posesión para prescribir el dominio:
(...)

2. Diez años entre presente y veinte entre ausentes, cuando es inmueble”.

²⁹ “Artículo. 545.- El que posea una cosa por cuarenta años no estará obligado á presentar título, ni á responder sobre su buena fe”.

³⁰ “Artículo 536.- Para adquirir por prescripción el dominio de una cosa, es necesario que concurren:

1. Posesión;
2. Justo título;
3. Buena fe;
4. Transcurso del tiempo señalado por este código”.

³¹ “Artículo 1410.- El comprador de bienes inmuebles, o de derechos o acciones sobre ellos, aunque se le haya entregado la cosa, puede retener el precio o la parte que debiere, mientras el vendedor le demore el otorgamiento de escritura en registro público. En este caso, no debe el comprador intereses convencionales ni legales de la cantidad retenida”.

Solo a partir de 1888, con la creación de los Registros Públicos, nace el problema. En este primer momento, el derecho preponderante era el de aquél que adquiría por prescripción, pues aún no existía protección para el tercero adquirente apoyado en la información registral. En este momento aún no había mayores dudas sobre el tema.

B. Código Civil de 1936

Para adquirir por prescripción adquisitiva, el Código Civil de 1936 requería poseer por 10 años si se tenía justo título y buena fe³², al igual que el Código Civil de 1852; pero en el caso de la prescripción larga o de mala fe, donde no es necesario el justo título, se redujo el plazo de 40 a 30 años.

El gran cambio legislativo aquí estuvo en incluir³³ en el Código Civil el Registro Público tal como lo conocemos hoy en día. Este sistema se incluyó en la Sección Quinta del Libro de los Derechos Reales, y con este elemento nació la controversia entre el tercero que adquiere del propietario registral y aquél que lo hace por prescripción. Esta disyuntiva parte entonces del antecedente de los artículos 952 y 2014 del Código Civil vigente. El artículo 872³⁴ del Código Civil de 1936, al igual que el actual artículo 952, daba al sujeto que adquiría por prescripción la facultad de recurrir al juez a pedir que se declare y se inscriba su derecho. La inscripción, además, cancelaría los asientos del antiguo propietario registral.

El artículo 1052³⁵, equivalente al actual 2014, por su parte, manifestaba que aquél que

adquiriera derecho fiándose de la información del Registro, mantendría su derecho aunque se anulare el derecho del enajenante por título anterior no inscrito o por inexactitud imperceptible de la información registral. Este artículo introducía en el sistema peruano la figura de la fe pública registral, tal como manifiesta Romero Romaña:

“(…) que da garantía al tercero que contrata amparado bajo la fe del registro, lo que confirma este artículo, desde que el tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias si ha contratado de buena fe sobre la base de lo que aparece en registro.”³⁶

Nuestro problema, como se verá en detalle más adelante, es quién deberá mantener la propiedad cuando se genera un conflicto entre un tercero adquirente de buena fe con derecho inscrito en el Registro y aquel que adquiere por prescripción y solicita que se inscriba su derecho, cancelándose el título del anterior propietario. Parecería que el que debe primar, solo por aplicación normativa, es el que adquiere por prescripción, pues el artículo 872 da la facultad de cancelar el derecho de los antiguos propietarios. Como veremos en el siguiente apartado, esta controversia no fue resuelta por el Código Civil de 1984.

C. Código Civil de 1984

La prescripción en el Código Civil de 1984 siguió en mucho los pasos dejados por el Código Civil de 1936; si bien hubieron mejoras, muy a pesar de la Comisión Reformadora de aquel entonces³⁷, el conflicto entre el sujeto

“Artículo 2051. Habrá en cada capital de departamento y a cargo de un escribano público, un oficio de hipotecas para el registro de todas las que se constituyan sobre bienes ciertos y determinados. Por las leyes especiales y según lo permitan las circunstancias de los pueblos, se determinará el establecimiento del oficio de hipotecas, en los lugares que no sean capitales de departamento”.

³² “Artículo 871.- Adquieren inmuebles por prescripción quienes los han poseído como propietarios de modo continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos”.

³³ Se dice incluir porque el Registro Público fue creado por Ley el 2 de enero de 1888 ante la iniciativa de los Doctores Alejandro Arenas y Mariano Nicolás Valcárcel.

³⁴ “Artículo 872.- Quien adquiere un inmueble por prescripción puede entablar juicio para que se le declare dueño. La sentencia que acceda a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño”.

³⁵ “Artículo 1052.- Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro”.

³⁶ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Derechos Reales.”. Lima: PTCM. 1947. p. 429.

³⁷ Se indica esto porque, en realidad, el Dr. Jorge Avendaño, ponente del Libro de Reales del Código Civil de 1984, ofreció una solución al problema, pero el miedo de los juristas clásicos y la presión política no permitieron que el cambio y las soluciones pudieran ser plasmadas en la norma. Esta solución recaía en la clasificación entre bienes registrados y no registrados, sobre esto volveremos más adelante.

que adquiere por prescripción y el tercero adquirente de buena fe se mantuvo inconcluso.

La prescripción adquisitiva de dominio para los bienes inmuebles está regulada en el artículo 950 del Código Civil vigente³⁸. Los plazos fueron recortados ampliamente, cambio concordante con la función esbozada al inicio de este ensayo referente al saneamiento de títulos y prueba de propiedad. La prescripción de mala fe, o larga, requiere la posesión continua, pacífica, pública y como propietario por diez años. En el caso de la prescripción de buena fe, o corta, operará a los 5 años; se necesitan los mismos elementos que la larga, pero se agrega la exigencia de la buena fe y el justo título. Como se ve, se mantiene la tesis del *animus domini* en la posesión, expuesta por Savigny; concordante también, como vimos, con la doctrina angloamericana.

Brevemente, pasaremos a describir los requisitos esenciales para que se pueda adquirir la propiedad de un inmueble por prescripción adquisitiva cuando no existe justo título ni buena fe:

- Posesión continua por diez años: Para que se cumpla este requisito no es necesario que el poseedor tenga un ejercicio permanente de la posesión, sino que se comporte como cualquier otro propietario lo haría. Por ello, de acuerdo al artículo 904 de Código Civil³⁹, la posesión se conserva aunque su ejercicio esté impedido por hechos pasajeros. Asimismo, el artículo 915 del Código Civil⁴⁰ establece que la prueba de la posesión actual y la de un momento anterior genera que se presuma, *iuris tantum*, que durante ese lapso existió posesión.

De otro lado, de acuerdo al artículo 953 de Código Civil⁴¹, se interrumpirá el término

de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, a menos que la interrupción sea menor a un año o que se restituya por sentencia. Esta interrupción puede producirse por dos vías, una natural y otra civil⁴². Existirá interrupción natural cuando se abandone el bien o se pierda la posesión por intervención de un tercero (la interrupción contemplada en el artículo 953 antes citado) y, por su parte, existirá interrupción civil cuando la posesión del inmueble sea reclamada jurídicamente (aplicación analógica del artículo 1996 del Código Civil)⁴³.

- Posesión pacífica: Se refiere a aquella posesión libre o exenta de violencia. En caso la posesión se haya obtenido de manera violenta, el plazo para invocar la prescripción adquisitiva se contabilizará desde el momento en que cese el estado de violencia o el conflicto.

De otro lado, como señala Berastain⁴⁴ existe jurisprudencia que establece que el reclamo judicial por el cual se solicite al poseedor la restitución del bien, implica que la posesión deje de ser pacífica. Así, la Corte Suprema ha indicado que:

“La pacificidad, como presupuesto para acreditar la presente acción, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; siendo de considerar que dicho precepto legal se vulnera cuando aparece de autos que la posesión ha sido cuestionada a través de algún proceso judicial que se haya instaurado en su contra y en la cual se discuta respecto del bien sub litis”⁴⁵.

³⁸ “Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

³⁹ “Artículo 904.- Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”.

⁴⁰ “Artículo 915.- Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario”.

⁴¹ “Artículo 953.- Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye”.

⁴² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “Obras Completas”. Tomo II. Madrid: Espasa-Calpe. 1987. p. 406.

⁴³ GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther. “Curso de Derechos Reales”. Lima: Jurista Editores. 2003. p. 529.

⁴⁴ BERASTAÍN QUEVEDO, Claudio. “Requisitos de la prescripción adquisitiva”. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p. 320.

⁴⁵ Casación No. 1298-01-Ucayali. Publicada en El Peruano el 2 de mayo de 2002. p. 8657.

En el mismo sentido, ha señalado:

“Para que se adquiriera la propiedad por prescripción adquisitiva, se requiere, entre otros requisitos, que la posesión sea pacífica, entendiéndose por esta que no se adquirió por la fuerza, que no está afectada por violencia y que no es objetada judicialmente en su origen. No es pacífica la posesión cuando el poseedor es demandado en vía de acción reivindicatoria”⁴⁶.

Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional Civil llevado a cabo el 27 de marzo de 2010 ha establecido que, para que este reclamo judicial interrumpa la pacificidad y, por tanto, el plazo de prescripción, debe darse antes de haber transcurrido el plazo exigido para la adquisición de la propiedad por medio de la prescripción adquisitiva. De esta manera el Pleno Jurisdiccional manifiesta:

“No se interrumpe la posesión pacífica dado que el requisito de pacificidad o posesión pacífica, se habría configurado al cumplirse el plazo señalado por ley para adquirir el bien mediante la usucapción, sea ordinaria o extraordinaria. Por tanto, una acción posterior no configura la perturbación de la posesión”⁴⁷.

- Posesión pública: Es la posesión conocida socialmente. El poseedor debe conducir su posesión de forma tal que sea conocida por todos y, además, debe conducirse con la naturalidad que le daría tener un derecho legítimo. Esta publicidad es necesaria para que el verdadero propietario del bien pueda darse cuenta de que el tercero está ejerciendo sobre él un acto de propiedad y

ejercer oposición.

- Como propietario: Hablar de posesión como propietario significa que debe ser en nombre propio y a título de dueño, el poseedor conserva el bien solo en interés propio. No es necesario que posea en virtud de un título que lo legitime.

El poseedor mediato, como un arrendador no propietario, y el poseedor pleno, como un invasor, pueden prescribir legítimamente un bien; sin embargo, el poseedor inmediato, como un arrendatario, y el servidor de la posesión, por ejemplo el guardián, no lo pueden hacer. Ello en virtud de lo señalado en los artículos 897⁴⁸ y 905⁴⁹ del Código Civil. De esta manera aquellos que posean como arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc. no podrán adquirir la propiedad por prescripción, puesto que no tienen *animus domini*.

Se agrega que éste requisito es una “actitud del poseedor que trasciende al exterior en su comportamiento, consistente en tener la cosa o derecho conservándola o disfrutándola como suya propia”⁵⁰.

Por otro lado, el Código Civil de 1984 recoge el artículo 952⁵¹ sobre la sentencia de prescripción que, como se indicó, recoge casi el mismo texto que el artículo 872 del Código Civil de 1936. Lo mismo se puede decir respecto del artículo 2014⁵², sobre tercero adquirente de buena fe, en relación al artículo 1052 del Código Civil de 1936. En el caso del 2014, el cambio se dio en una redacción más clara del supuesto de hecho y una mención expresa a la necesidad de tener también buena fe subjetiva (no conocer la inexactitud del registro).

⁴⁶ Casación No. 1676-96-Lima. En: El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria. p. 324.

⁴⁷ Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil. Lima, 27 de marzo de 2010.

⁴⁸ “Artículo 897.- No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

⁴⁹ “Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”.

⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier. Op. cit. pp. 61-62.

⁵¹ “Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”.

⁵² “Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

Es decir, el problema ya presente en el Código Civil anterior fue transcrito al nuevo Código. No se vinculó la adquisición del tercero adquirente de buena fe con el adquirente por prescripción.

IV. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA: LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA VS. LA BUENA FE REGISTRAL

Como ya hemos adelantado, nuestro problema surge cuando colisiona al derecho de quien obtiene la propiedad en base a la confianza de la información contenida en Registros Públicos contra el derecho del adquirente que adquirió el derecho por prescripción⁵³. La jurisprudencia ha sido muy variada al analizar este problema, dándole la razón a uno u otro sin seguir una línea cierta, lo cual cobra sentido toda vez que el mismo Código Civil no es claro respecto a esta circunstancia.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Casación No. 865-2007 Cajamarca, en el cual la Corte Suprema planteó la necesidad de que la demanda de prescripción adquisitiva sea inscrita en el registro correspondiente, a efectos de dar la publicidad debida:

“**Sexto.**- (...) En tal sentido, el artículo 2014 ab initio del Código Civil prescribe que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para hacerlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por, virtud de causas que no consten en los registros públicos, por lo que dicha norma es igualmente pertinente para solucionar este conflicto.

“**Séptimo.**- En efecto, para enervar la buena fe del tercero adquirente, Eustaquia Cema Hernández debió haber anotado su demanda de prescripción adquisitiva de dominio en los Registros Públicos, cosa que no hizo (...)

“**Octavo.**- Asimismo, Eustaquia Cema Hernández no inscribió el dominio que alega sobre el predio en controversia, motivo por el cual, de haberse aplicado el artículo 2022 ab initio del Código Civil otro hubiese sido el sentido de la decisión, y la sentencia en que sustenta su derecho es de fecha posterior al título de

adquisición del actor”⁵⁴.

Asimismo, podemos citar la Casación 2185-2008 Lima, en el cual la Corte Suprema prefirió la buena fe registral con la que actuó el adquirente frente a quien quería oponer su derecho de propiedad por haberlo obtenido de acuerdo a la prescripción adquisitiva.

En ese sentido, la corte estableció:

“**Quinto.**- De lo expuesto, se arriba a la conclusión que tratándose de derechos de igual naturaleza, resulta de aplicación las normas en comentario y especialmente la última norma en mención, que da solución al conflicto surgido en autos (...) Por lo demás, el artículo 2014 del Código Civil, al regular el principio de buena fe registral, es claro en señalar que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Siendo que en el caso de autos, no existe ningún elemento de juicio que destruya la buena fe con que procedió la accionante al adquirir el bien sub judice (...)”⁵⁵.

Por su parte, y siguiendo un razonamiento contrario al de la anterior casación reseñada, tenemos la Casación No. 750-2008 Cajamarca, en la que se estableció que, aún en ausencia de sentencia declarativa, el solo paso del tiempo y el cumplimiento de los requisitos para la prescripción transforma en propietario al poseedor, siendo que, acaecido estos requisitos, el titular registral perdía la propiedad y, en ese sentido, quien adquiría los bienes de este último, estaba adquiriendo los bienes de un *non domino* y, de manera muy criticable, declaró la nulidad de la transferencia realizada por el titular registral.

Expresamente, esta casación señaló:

“**Noveno.**- Ahora bien, establecido que la usucapión opera de pleno derecho, es decir, que el efecto de la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien en virtud a una

⁵³ Posea éste o no, una sentencia judicial que lo declare propietario, cuya naturaleza, bien constitutiva o declarativa, también ha sido materia de diversas interpretaciones dentro de la jurisprudencia nacional.

⁵⁴ Casación No. 865-2007 Cajamarca. Publicada en El Peruano el 30 de enero de 2008. p. 21456.

⁵⁵ Casación 2185-2008 Lima. Publicada en El Peruano el 02 de febrero de 2009.

posesión cualificada y por el término legal opera por la satisfacción y comprobación de tales requisitos corresponde ahora determinar cuáles son sus efectos en el tiempo, esto es, si se es propietario recién a partir del cumplimiento de los diez años o cinco años de posesión, junto con los demás requisitos, o se retrotrae al momento en que se inició la posesión; al respecto esta Sala de Casación se inclina por la posición de estimar que una vez configurada la usucapión, esto es, cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 950º del Código Civil, ésta nos coloca en la situación de considerar la existencia de una ficción legal en virtud de la cual los efectos de la usucapión deben retrotraerse al momento en que se inició la posesión, dado que es en base a la realidad de dicha posesión durante un lapso de diez años o ya de cinco años que se adquirió el derecho de propiedad; (...)

Décimo Tercero.- En tal virtud, tanto los donantes como el donatario sabían perfectamente que el inmueble sub-judice era ajeno, por consiguiente, estando a lo normado en los artículos 70º de la Constitución política del Estado, el cual protege el derecho de propiedad; y el artículo 923º del Código Civil, que regula los atributos de dicho derecho, entre ellos, el de disponer, está reñida contra nuestro ordenamiento jurídico la enajenación de bienes, invocando la condición de propietario, cuando se carece de dicho derecho, precepto que constituye norma de orden público, lo que hace aplicable el artículo 219º, inciso 8, del Código Civil, el mismo que prescribe: ‘él acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar’⁵⁶.

Aun en doctrina, no es pacífica la sustentación de cuál de estos adquirentes debería primar. En esta línea de ideas, Arata Solís comentando la posición de Bullard afirma que la doctrina se ha ocupado del caso específico en que se enfrenten el poseedor que ya logró cumplir el plazo exigido por la ley para la prescripción adquisitiva, pero que aún no ha logrado su emplazamiento registral como nuevo titular del bien (supuesto conocido como prescripción contra tabulas) y el titular registral que puede invocar a su favor la protección que brinda el

artículo 2014 del Código Civil. Se ha considerado que, por aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 952 del Código Civil, “el efecto final es que el Registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado (...) diez años. Curiosamente la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognoscibilidad, oponible incluso a la inscripción registral, a pesar de que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto”⁵⁷.

Sin embargo, postura contraria asume Roca Trías analizando la usucapión *contra tabulas* en los sistemas latinoamericanos, utilizando, a manera de paradigma, el artículo 2014 del Código Civil peruano:

“En este sentido se razona que, en caso de que se diera preferencia a la usucapión sobre el derecho del tercer adquirente protegido, se estaría introduciendo una nueva excepción al principio de fe pública pues dicha preferencia no resultaría de la nulidad del negocio jurídico por causa que constara en el Registro y que, dado que esta excepción no aparece expresamente sancionada en ninguna ley, rige la regla general de su interpretación restrictiva y falta de presunción”⁵⁸.

Ahora bien, esta divergencia de postulados tiene un acerbo dogmático muy importante; así, un análisis de las distintas posturas nos permitirá observar cuáles son las contingencias que ambas poseen y, a su vez, demostrar que la decisión entre optar por una u otra de ellas dependerá de la labor legislativa, no debiendo dejarse ello a criterio judicial con el riesgo de que, como se ha observado, surjan decisiones contradictorias.

A este punto, reconocer que el adquirente por prescripción puede oponer su derecho aun contra aquél que adquiriera el bien de acuerdo a su confianza en registros traería un problema de seguridad jurídica y un aumento en los costos de transacción. A decir de Bullard, ello se daría pues, quien desee adquirir un bien, ya no solo deberá ser lo suficientemente diligente de observar el estado del bien en los Registros

⁵⁶ Casación 750-2008 Lima. Publicada en El Peruano el 30 de noviembre de 2010.

⁵⁷ ARATA SOLÍS, Moisés. “Comentario al Artículo 2022 del Civil”. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica. p. 470.

⁵⁸ ROCA TRIAS, Encarnación. “La usucapión contra tabulas: una visión general”. En: http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPeru/Encarna%20Roca%20_%20USUCAPACI%C3%93N%20CONTRA%20TABULAS.pdf.

Públicos (extendiéndose esta diligencia a los títulos archivados), sino que deberá tener la diligencia suficiente para realizar un examen o “cateo” del predio con la finalidad de identificar que no haya un poseedor que busque beneficiarse de la prescripción adquisitiva⁵⁹.

Sin embargo, darle primacía a la publicidad registral por sobre la usucapión lleva a la aplicación de una inconsistencia en el sistema adoptado, pues, al no suponer la inscripción registral un supuesto de interrupción o suspensión del plazo para que opere la prescripción adquisitiva, lo que en realidad sucedería es que el prescribiente podría hacer valer su prescripción ganada tanto antes o después de haberse producido la inscripción del tercero que adquirió de acuerdo a la confianza en Registros Públicos, pues, en cualquiera de los dos supuestos habría cumplido con el plazo requerido por la ley para que opere esta prescripción⁶⁰.

V. PASO PREVIO: TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL CONFLICTO EN EL DERECHO COMPARADO

A. Experiencia Alemana

Al momento de analizar el tratamiento alemán que se ha dado al conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y el adquirente por prescripción adquisitiva, debemos hacer mención a su particular sistema de transferencia de propiedad y el modo en que éste afecta a la figura de la prescripción adquisitiva.

Dado que no es nuestro tema de análisis, nos limitaremos a señalar que el sistema alemán de transferencia de la propiedad se inscribe dentro de un sistema registral constitutivo convalidante⁶¹; por el cual, con referencia a los bienes inmuebles, se produce la traslación de la propiedad por medio del acuerdo de

transmisión sumado a la inscripción registral, siendo el requisito de inscripción uno constitutivo del derecho de propiedad. Así lo ha expresado Wolff al señalar que: “La transmisión sólo produce el tránsito de la propiedad en unión con la inscripción (...) Por consiguiente, la posición jurídica del que recibe la transmisión no está aún del todo libre de riesgos, antes de haberse efectuado la inscripción”⁶². Es decir, el título será el contrato de compraventa, por ejemplo; y el modo será la inscripción en Registros Públicos.

Entendida la existencia de la necesidad de inscripción para que surja el derecho de propiedad, se puede observar la irrelevancia del conflicto entre la prescripción y la buena fe registral⁶³, toda vez que no habría propiamente una adquisición por prescripción adquisitiva sin la correspondiente inscripción registral. Quedaría, entonces, por el paso del plazo establecido legalmente, solo una expectativa de adquirir la propiedad, más no la adquisición en sí. No será necesario el solo paso del tiempo bajo ciertos requisitos, sino que la adquisición de la propiedad solo se produciría luego de la inscripción en el registro correspondiente.

Así, se ha señalado que: “[c]uando hay bienes sujetos a un régimen de matrícula, la usucapión puede perder su razón de ser. Así ocurre todas las veces que los enunciados de los registros tienen una fuerza probatoria absoluta. Es propietario aquel que está inscripto como tal en los registros; una posesión que no concordara con el título oficial no podría ser transformada en propiedad. Sin embargo, las legislaciones que han organizado el régimen de los registros inmobiliarios han dejado algún lugar a la usucapión”⁶⁴.

De ahí que en la BGB se regule la usucapión *secundum tabulas*, dejando la usucapión *contra tabulas* un marco muy reducido de aplicación,

⁵⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble” En: THEMIS 7. Lima: THEMIS. p. 78.

⁶⁰ Con mayor razón si es que el tercero adquirente no inscribe su adquisición, en tanto, al amparo del artículo 952, el prescribiente, simplemente, inscribiría su adquisición desplazando a quien era titular registral.

⁶¹ El cual es un subsistema del sistema traslativo de causa abstracta, perteneciente, a su vez, al sistema de separación del contrato. Para mayor información, ver: WOOLCOT, Javier. “Ventajas de tener un registro constitutivo para la transferencia de propiedad”. En: GACETA JURÍDICA. Artículos Publicados. Lima. 2011. http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/arch_infor/articulo_julio.pdf

⁶² WOLFF, Martín. “Derecho de Cosas”. En: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y, WOLFF, Martín, “Tratado de Derecho Civil”, Tercer tomo, Volumen I. Tercera Edición. Barcelona: Bosch. 1971. pp. 397-398.

⁶³ Y, en algún sentido, salvo contados casos, se podría hablar de la irrelevancia de la existencia de la prescripción adquisitiva.

⁶⁴ RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Op. cit. p. 332.

siendo esta, excepcional; de igual manera se entiende que la BGB reduzca los requisitos para la usucapión al paso del tiempo y una indebida inscripción registral.

Así lo ha señalado Wolff al tratar sobre esta figura:

“El adquirente por usucapión tiene que haber estado indebidamente inscrito como titular, durante treinta años; por ejemplo, si adquirió en virtud de un acuerdo nulo (...) Efecto de la usucapión inscrita es la adquisición del derecho inscrito”⁶⁵.

Añade el mismo autor:

“La posesión en nombre propio junto con la inscripción en el registro por treinta años rompe la propiedad. La inscripción, por antigua que sea, sin posesión no produce nunca este efecto. La posesión en nombre propio por muchos años sin inscripción, no trae como efecto inmediato la extinción de la propiedad (con transmisión correlativa), pero puede ser base de una intimación conducente a la supresión (...)”^{66 67}.

De lo expuesto podemos señalar que la BGB establece, guardando coherencia con la finalidad que el sistema alemán le da al registro y a la usucapión, que el titular que se ve afectado por la inscripción distinta en el registro puede impugnar la misma durante un plazo establecido. De lo contrario, prima lo que se encuentre establecido en los registros, el titular pierde su derecho por la omisión en la actuación, “la apariencia se convierte en realidad”⁶⁸. De esta manera, mientras que el usucapiante posee una inscripción registral que lo respalda (presunción de legitimidad); quien es titular, no cuenta con ella. Así, el segundo de estos posee una carga de hacer valer su título frente a la inexactitud registral, durante un periodo establecido, a costa de que la inscripción registral surta efectos en la realidad y pierda el derecho (el cual, en realidad, no supera la mera facultad de contradecir lo dispuesto en el

asiento registral, a fin de que se rectifique). A manera de ejemplo, esta situación se daría en el caso de existir un adquirente cuyo título es nulo, pero que logró la inscripción en registros, frente al segundo adquirente con título válido. Este último podría contradecir lo dispuesto en la segunda inscripción, mientras que el primero solo deberá esperar el transcurso del tiempo para poder subsanar la diferencia registral con la realidad.

Como observamos, la función que cumple la usucapión en el marco de la BGB, es la subsanación de la inexactitud del Registro, tendiente a que una posesión prolongada, como situación de hecho, se ajuste al estado jurídico ya reconocido en el contenido inscrito en los asientos registrales; y no de manera contraria, por ello se ha señalado que en el derecho alemán existe una “inmunización” del derecho que se encuentre inscrito, contra los efectos que acarrea la usucapión.

Esta primacía registral rígida, ha hecho que la figura de la usucapión en el sistema alemán sea utilizada con muy poca frecuencia en la práctica, sin embargo, el sistema consigue que exista una mayor seguridad jurídica en el tráfico de bienes, dada la necesidad de acudir a los registros a efectos de que se constituya el derecho de propiedad.

B. Experiencia Española

En España se ha regulado el conflicto entre el tercero adquirente de buena fe y aquél que adquiere la propiedad por el Registro. En este sistema se dan dos soluciones distintas a la usucapión *contra tabulas*. El autor español Bernaldo de Quiroz enuncia en este sentido:

“¿Quién tiene más fuerza, el registro o la posesión? Vemos aquí en lucha dos instituciones. Nuestro Derecho hace una distinción fundamental en materia de usucapión.

1° Si el conflicto se plantea entre el poseedor y el titular registral, prevalece la usucapión.

⁶⁵ WOLFF, Martín. “Derecho de Cosas”. Op. cit. p. 314.

⁶⁶ Ibid. p. 399.

⁶⁷ Para entender mejor lo expuesto, debemos referirnos a la figura que complementa en el sistema alemán de la usucapión; la prescripción extintiva registral. Esta se entiende como la extinción, por el solo transcurso del tiempo, de los derechos que existen en la realidad con toda validez, pero que no tienen un correlato en los registros, pues no han sido inscritos. Ver: HEDEMANN, Justus. “Tratado de Derecho Civil”. Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado. 1955. p. 134.

⁶⁸ WOLFF, Martín. “Derecho de cosas”. Op. cit. 317

2° Si el conflicto se plantea entre el poseedor y el tercero adquirente, entonces el respeto a la posesión se modera con la necesidad de amparar la seguridad del tráfico.”⁶⁹

Es decir, cuando compite el derecho del usucapiente con el titular registral primará el primero; en cambio, cuando concurra el derecho del usucapiente con el tercero adquirente de buena fe⁷⁰, se dan los instrumentos al tercero para hacer primar su derecho. Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill precisan:

“Aun en el caso de tratarse de un tercero adquirente propiamente protegido por la fe pública registral, **esta protección se desvanece frente a una usucapación consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición si el tercero hipotecario** conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes antes de perfeccionarse su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmitente,

o bien, cuando sin haber conocido o podido conocer, en la forma dicha, tal posesión de hecho contraria, al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consiente, expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a su adquisición.”⁷¹ [El énfasis es nuestro]

Asimismo la jurisprudencia española ha señalado:

“En el caso de la *usucapación contra tabulas* respecto del tercero protegido por la fe pública registral, el artículo 36, párrafo primero, establece que “sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva o consumada, o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su trasmitente”; y “b) siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer

⁶⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”. Madrid: Agisa. 1986. p. 63.

⁷⁰ El tercero adquirente de buena fe está regulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española: “Artículo 34.- El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

Asimismo, el artículo 36 de dicha Ley señala:

“Artículo 36.- Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a. Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b. Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consiente, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a, o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito si éste no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados y, sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores, que no tengan la consideración de terceros; se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapación de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero”.

⁷¹ ROCA SASTRE, Ramón y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL. “Derecho hipotecario”. Tomo I. Barcelona: Bosch. 1979. p. 785.

según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición". De lo expuesto se desprende que si concurren estos requisitos el adquirente no queda afectado por la posesión, pero si falta alguno de ellos la usucapión *contra tabulas* despliega su eficacia, ya que nuestro ordenamiento jurídico, en esta materia, sigue un sistema mixto, como el alemán y el suizo, que intenta conciliar las instituciones de la prescripción adquisitiva y el Registro de la Propiedad.⁷²

El supuesto que aquí interesa es realmente el segundo, el primero en realidad supone una pérdida de la buena fe *ex ante*, saliendo del supuesto de hecho de la buena fe registral. En el segundo supuesto el sujeto adquiere como tercero adquirente de buena fe y, cuando se acude al predio, se le sorprende con el usucapiente. Lo que aquí hace la Ley española es dar la posibilidad al tercero adquirente amparado en la fe registral de imponer su derecho frente al que adquirió por prescripción adquisitiva durante el plazo de un año desde que se produce la transferencia de propiedad al primero. Lo que la norma española prevé realmente es la disquisición entre el tercero adquirente de buena fe y el titular registral. Transcurrido el año luego de la adquisición del tercero amparado en la fe registral, este tercero deja de ser un tercero para convertirse en un simple titular registral. Así, el usucapiente es preferido.

¿Esto significa que no existirá prescripción *contra tabulas* frente al tercero adquirente de buena fe? Creemos que sí, pero esto sólo bajo el entendido que el adquirente amparado por la fe registral será únicamente aquel que interponga acción durante el año siguiente a su adquisición. De otro modo dejará de ser un tercero amparado por la fe pública registral y se convertirá en un simple titular registral. La regulación española ha sido recogida en parte por la reforma propuesta en el Proyecto de la Comisión Reformadora, como se verá más adelante.

VI. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA REIVINDICACIÓN DEL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO PRESCRIPCIÓN VS. REGISTRO: ¿LA MUERTE DE LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS FRENTE AL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE?

La Comisión Reformadora del Código Civil, presidida por el Doctor Jorge Avendaño, quien, a su vez, ha sido el ponente del Libro de Derechos Reales nuevamente en esta ocasión, ha propuesto el artículo 952

"Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva

1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014."

Como se ve, después de poco más de 123 años, es decir desde la creación de los Registros Públicos en 1988, se propone, nuevamente⁷³, una solución al conflicto entre la concurrencia de derechos del usucapiente y el tercero adquirente de buena fe que inscribe su derecho.

El artículo bajo comentario concluye a favor del tercero adquirente de buena fe. La Comisión Reformadora recoge finalmente la misma disquisición que la legislación española respecto a la prescripción *contra tabulas*. Es decir, se permite la prescripción *contra tabulas* en el caso del titular registral, más no en el caso del tercero adquirente de buena fe. En principio podemos decir que la intención es plausible sin embargo creemos que la norma propuesta presenta un vacío que impide la solución plena.

Si bien se prefiere al tercero adquirente de buena fe subsiste la pregunta de ¿hasta cuándo

⁷² Sentencia de la Sección 3ª de la A.P. de Tarragona de 12 de noviembre de 1998 (Rollo 264/97).

⁷³ Se dice nuevamente porque, como ya expresamos, el Dr. Jorge Avendaño propuso una solución al momento de realizar el Código Civil de 1984. Luego de esa ocasión, de la misma mano han surgido distintas alternativas. Lamentablemente la política y el tiempo no han permitido solucionar este problema centenario.

se es un tercero adquirente de buena fe?, ¿en qué momento se deja de ser un tercero adquirente de buena fe para transformarse en un simple titular registral?, ¿un día?, ¿un año?, ¿cinco años? Lamentablemente, a diferencia de la regulación española, esta pregunta ha quedado sin respuesta en el proyecto de la Comisión Reformadora.

En nuestra controversia, ya existente desde el Código Civil de 1936, el usucapiente tiene la capacidad de cancelar el derecho del titular registral. Aún en el proyecto de reforma de la Comisión Reformadora es esto posible. Tanto el artículo 952 Código Civil de 1984, como el artículo 872 del Código Civil de 1936, amparaban la prescripción adquisitiva *contra tabulas* frente al titular registral, más no se indicaba nada frente al tercero adquirente de buena fe. Esto de por sí generaba un problema, el vacío legal era subsanado por la doctrina llevándonos a posturas contrapuestas y, como ya hemos visto, a sentencias de la Corte Suprema también contrapuestas. El artículo 952 del proyecto de reforma llena en parte el vacío, sin embargo no soluciona el problema de fondo.

Las posturas de la doctrina nacional aún podrían tener espacio con el proyecto de reforma. Así, una parte de la doctrina ha sostenido que el usucapiente podría sumar a su plazo posesorio una unidad más de tiempo cada vez que fuera necesario para quitar la posibilidad que el tercero amparado en la fe registral de adquirir la propiedad. Así si A adquiría por prescripción larga el 7 de noviembre de 2011 y B adquiría amparado en la fe registral el 8 de noviembre de 2011 a las 6:00 pm, A podría alegar en juicio que adquirió su derecho a las 6:01 del 8 de noviembre despojando a B. Lo que este sector postula no es otra cosa que la transformación perenne del tercero adquirente de buena fe en un simple titular registral, de esta manera, el usucapiente siempre ganaría en la concurrencia sobre el bien.

Otro sector de la doctrina alega la preferencia del tercero adquirente de buena fe sobre aquel que adquirió por prescripción. Se indica que si el primero adquiere luego que se ha cumplido el plazo de prescripción, a pesar de

adquirir de un *non domino* cae en el supuesto del artículo 2014 y prevalece su derecho sobre el del usucapiente. Podemos hacer referencia nuevamente al ejemplo del párrafo anterior, en este caso la inscripción de B despoja a A, pero A no podrá usar su plazo posesorio. Esta postura, al otro extremo de la anterior, considera que el adquirente amparado en la fe registral siempre mantendrá esta calidad, nunca se transformará en un titular registral simple por más que transcurra el tiempo.

Las dos posturas expuestas parten de interpretar que en principio el tercero adquirente de buena fe puede despojar de su derecho al usucapiente, el tema sin embargo está en que no hay concordancia en hasta cuando B será un tercero adquirente de buena fe y no un simple titular registral. El presupuesto de estas posturas es lo que se ha regulado hoy en el proyecto de reforma del artículo 952, sin embargo, caemos en el mismo problema, ¿hasta cuándo se puede considerar que somos un tercero adquirente de buena fe?

Entonces, ¿qué rol subsiste en la prescripción adquisitiva de dominio con el proyecto de reforma?:

Definitivamente la función del saneamiento de la propiedad sigue teniendo plena vigencia. La prescripción *secundum tabulas*, supondrá que el estudio de títulos se limitará al plazo prescriptorio para dar seguridad al adquirente.

También se mantendrá la prescripción *contra tabulas*⁷⁴, cuando colisione el derecho de aquél que adquiere por prescripción con el titular registral, el posesionario seguirá transformándose en el nuevo propietario. Sin embargo, ¿es la muerte de la prescripción *contra tabulas* frente al tercero adquirente de buena fe? Consideramos, con un razonamiento similar al caso español, que la prescripción *contra tabulas* sí morirá respecto al tercero adquirente de buena fe, el problema que subsiste es ¿hasta cuándo se es un tercero amparado en la fe registral?

A pesar de la deficiencia enunciada, consideremos que con esta reforma se ha

⁷⁴ Del mismo modo subsistirá la prescripción en el caso de los inmuebles no registrados, donde ciertamente no podría darse una colisión entre el usucapiente y el derecho adquirido por el tercero de buena fe registral, esto último por una razón obvia, el tercero no tendría registro en que ampararse.

buscado delimitar el ámbito de ejercicio de la prescripción adquisitiva de dominio a su principal fundamento, el mismo que enunciamos al inicio de este trabajo: la prueba de la propiedad. Se pretende restringir la prescripción *contra tabulas* dando un paso más hacia un sistema coherente de modo de adquisición de la propiedad. Sin embargo, ¿es esto suficiente?

VII. LOS ALCANCES DE LA REFORMA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

A. Registro constitutivo: Otro problema centenario

Como se indicó, el Doctor Jorge Avendaño propuso, hace más de dos décadas, un modelo que en efecto resolvía el problema; sin embargo, debido al temor al cambio de juristas tradicionales⁷⁵, la modificación quedó solo en intenciones. La propuesta preveía una disquisición entre bienes registrados y no registrados; y, dentro de los no registrados, los registrables y los no registrables. Para los bienes no registrados, se aplicaría el sistema actual; y para los registrados, se aplicaría un sistema similar al alemán, es decir, el registro como modo para la transferencia del derecho de propiedad.

Lo que creemos no entendieron los juristas en ese momento es que este cambio reposaba principalmente en la autonomía privada, no existía una obligación a la inscripción. Era decisión de cada sujeto interesarse en inscribir su predio o no. Es un hecho que los Registros Públicos, junto a muchos beneficios, trae consigo también costos. Es por esto que se quería dar la posibilidad, a quienes quisieran asumir ese costo, de tener un derecho de propiedad más completo, que sea realmente oponible.

En esta ocasión no se ha recogido esta reforma por las propias instrucciones del encargo dado a la Comisión Reformadora. Una vez más, los intentos por hacer el sistema más coherente han fracasado. Así, siguen resonando en los pasillos las casi centenarias palabras del

fencido maestro Elodoro Romero Romaña quien reclama reforma:

“Nuestro sistema establecido por la ley de 1888 era defectuoso. Ha seguido el sistema francés, que es simplemente transcriptorio de derecho; sólo mira la publicidad en beneficio de terceros; pero la inscripción no bonifica ni sana el título, lo que obliga a hacer el estudio independientemente de éste.”⁷⁶

B. La necesidad de una reforma de los registros públicos para el correcto funcionamiento de la reforma del Código Civil.

Como se ha observado, el proyecto de reforma en el Código Civil pone en una situación preponderante al tercero amparado en la fe registral frente a la prescripción adquisitiva; dándole una relevancia incalculable a la inscripción registral.

Tal como hemos señalado en el punto anterior, podemos ver esta reforma como un paso más fuera de la “caverna”; un paso más hacia la conversión a un sistema en donde el registro es constitutivo del derecho. En ese sentido, surge la preocupación respecto a la necesidad de reformar los Registros Públicos para el funcionamiento óptimo del sistema.

Pues bien, el establecimiento de una reforma en materia de prescripción requerirá una innovación en los Registros Públicos que le permita brindar de manera idónea y eficiente el servicio de publicidad registral. La importancia de ello se encuentra en el hecho de que, ante inexactitudes registrales, se estaría dando protección a personas que no merecen la misma, por no ser los verdaderos propietarios y; sin embargo, inmunes a una subsanación de la situación registral vía la prescripción adquisitiva.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Tal como se ha señalado el artículo 952 propuesto pretende solucionar la discusión entre la concurrencia del adquirente por

⁷⁵ Entre ellas podremos indicar las clásicas posturas sobre la onerosidad de realizar un sistema constitutivo ante la dificultad de acceso a los registros públicos, así como el contexto nacional en el que un gran porcentaje del territorio no se encuentra inmatriculado.

⁷⁶ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. “Derecho Civil. Derechos Reales”. Lima: PTCM. 1947. p. 426.

prescripción adquisitiva de dominio y el tercer adquirente amparado en la fe pública registral, controversia presente desde hace más de un siglo en nuestro ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, al no haber previsto hasta cuando se es un tercero adquirente de buena fe, no se puede afirmar que se ha solucionado el problema completamente. En todo caso, el problema presentado tiene una

vigencia innegable y la necesidad de reforma es definitivamente urgente.

Podemos concluir diciendo que el proyecto presentado por la Comisión Reformadora del Código Civil es un primer paso fuera de la “caverna” pero todavía hay un largo camino antes de contar con un sistema de transferencia de propiedad coherente.

BEDOYA S.G.I.

SERVICIOS GESTIONES E INVERSIONES S.A.C.

COBRANZA CORPORATIVA

Av. Larco 1150 Of. 603 Miraflores - Perú Tel: 51 1 242 2733 - 447 0417

email: administracion@bedoya-sgi.com

JORGE AVENDAÑO & FORSYTH

ABOGADOS



LÍNEA MECÁNICA DE MEDICIÓN DE PRESIÓN



LÍNEA MECÁNICA DE MEDICIÓN DE



LÍNEA ELECTRÓNICA DE MEDICIÓN DE PRESIÓN



LÍNEA ELECTRÓNICA DE MEDICIÓN DE TEMPERATURA

LOGINDUSTRIAS

Representante exclusivo a nivel nacional:

Marques de Torre Tagle 357 6to y 7mo piso, Lima 18-Perú

Tel.: 447 5760 / 444 2389 / 241 0081 Fax: 446 3914

E-mail: ventas@logindustrias.com

Web: www.logindustrias.com

LIBRO DE DERECHO DE OBLIGACIONES



LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Carlos Cárdenas Quirós*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

En Julio del presente año la Comisión Reformadora del Código Civil da a conocer el Proyecto de Reforma del mencionado cuerpo legislativo. El Doctor Carlos Cárdenas fue el miembro la Comisión Reformadora encargado de la ponencia del Libro de Obligaciones, por lo que sus reflexiones finalmente nos transportan a la fundamentación y motivos del proyecto.

En esta ocasión el autor realiza un comentario sobre la reforma del libro de obligaciones del Código Civil, evaluando la necesidad de mantener el principio del favor debitoris como fundamento de diversos artículos del Código; o si por el contrario es preciso modificar dichos artículos con el fin de ajustarlos a la finalidad del contrato y la realidad.

* Abogado. Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho y Secretario-Tesorero de la misma Corporación. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, España). Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba /Argentina). Socio Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia (Italia). Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.

I. EXPLICACIÓN NECESARIA

El proceso de reforma del Código Civil de 1984 se inició en noviembre de 1994, cumplidos diez años de su vigencia, al dictarse la Ley 26394, modificada por la Ley 26673 de octubre de 1996, que dispuso la constitución de una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del referido cuerpo legislativo.

Desde mi incorporación a la indicada Comisión en el año 1996, como representante del Poder Ejecutivo, han sido varias las ocasiones en que he desarrollado por escrito las ideas principales que sustentan las reformas que he propuesto en materia de Obligaciones.

El presente artículo, en ese sentido, no es ni puede ser completamente inédito, porque reproduce textos que ya han sido objeto de divulgación con anterioridad, seguramente menos amplia que la que habrá de producirse en esta ocasión con motivo de su publicación en el número 60 de la revista THEMIS. Como es evidente, para cumplir ese propósito, ha sido necesario que revise los textos anteriormente publicados para corroborar que las ideas que allí expuse y sustenté mantienen vigencia y guardan correspondencia con los artículos aprobados en el seno de la Comisión Reformadora.

Conviene dejar constancia de que no me ocupo en este artículo de todas las reformas propuestas. Lo usual, en textos anteriores, fue tratar sólo aquellas que estimé como las más significativas. No obstante, en este, incluyo comentarios sobre otras reformas a las que no me referí anteriormente, pero sin llegar a comprender todas.

II. INTRODUCCIÓN

En 1994, con ocasión del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima para celebrar el décimo aniversario de la vigencia del Código Civil, sostuve que si se participa de la convicción de que el Derecho es vida en permanente y constante fluir, resulta sencillo comprender la necesidad de mantener al día la legislación, teniendo en cuenta, como presupuesto, las exigencias que

impone el orden social.

Como ha expresado certeramente el ilustre jurista español don Ramón Serrano Suñer, “el Derecho, que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible para los valores personales cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo”¹.

No puede pretenderse que el legislador asuma el papel pasivo de mero espectador del cambio cotidiano, ni puede admitirse que se muestre indiferente frente a cuestiones cuya solución es reclamada para un adecuado desenvolvimiento de las relaciones sociales. Por ello, resulta inaceptable la idea de que los Códigos sean definitivos e inmutables. Las obras legislativas no pueden ser contempladas con ceguera, creyendo ilusamente en su carácter inmodificable.

Precisa advertirse que la reforma de la legislación debe descartar necesariamente como idea inspiradora el mero afán de malabarismo técnico. Si así no sucediera, se correría el serio riesgo de que la norma reformada terminara siendo letra muerta debido a su nula correspondencia con la realidad a la que pretende ser aplicada.

La reforma debe excluir también la modificación de instituciones o su regulación, sustentada en la seducción –irresistible para muchos– que suscita la última novedad, a la que más bien hay que observar con desconfianza, con sospecha. Bien decía Gregorio Marañón que “la verdad científica crece, al cabo del tiempo, como una espiga entre montones de plantas inútiles destinadas a perecer, y hay que dejar que el tiempo haga esa selección entre lo permanente y lo fugaz”².

La prudencia debe presidir la labor de reforma. No obstante, a este respecto debe tenerse muy presente la observación de Luis Díez Picazo cuando señala que “se degrada la idea de “prudencia” cuando se la quiere hacer sinónima de cautela, de precaución o de ritmo despacioso. La prudencia verdadera,

¹ “Siete discursos”. Bilbao: Ediciones FE. 1938. p. 115.

² MARAÑÓN, Gregorio. “La medicina y nuestro tiempo”. Quinta edición. Madrid: Espasa-Calpe S.A. 1980. p. 31.

la “*sofrosine*” clásica, es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin. Pues bien, es claro que cuando lo exijan así las circunstancias, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos lo prudente no es frenar sino acelerar”³.

Ahora bien, el mismo Díez Picazo ha expresado⁴ que “hay que ponerse en guardia contra una supuesta neutralidad del Derecho de Obligaciones”.

En efecto. No puede dudarse de que la orientación de las soluciones normativas se sustenta en la inclinación del legislador por una u otra posición. Así ocurre en el Código Civil y el Derecho de Obligaciones no puede sustraerse a ello, no obstante que acerca de esta materia para muchos pareciera haberse dicho la última palabra.

En 1985, el jurista venezolano José Mélich Orsini confesaba que le habían dejado perplejos los cambios que contenía el Código Civil de 1984 “en casi todas las materias de las cuales trata, incluidas aquellas como el acto jurídico y las obligaciones, sobre las cuales –decía– nada parece podría añadirse después de lo dicho por los grandes maestros europeos del pasado siglo”⁵.

Corresponde a la Comisión creada por la Ley 26394, modificada por la Ley 26673 de octubre de 1996, evaluar los aciertos y defectos del Código Civil de 1984, con el objeto de mantener los primeros y enmendar los segundos.

La Comisión ha decidido que la reforma del Código comprenda exclusivamente aquellos aspectos cuya modificación o supresión resulte absolutamente indispensable. No se trata, por tanto, de formular un nuevo Código Civil.

En tal sentido, la propuesta que diseñé hace ya

varios años atrás y que importaba introducir reformas drásticas al Libro de Obligaciones, incluyendo la reubicación de determinadas materias, ha sido sustancialmente reducida, limitándose ahora a plantear cambios más bien puntuales a propósito de cuestiones sobre las cuales he juzgado indispensable introducirlos.

III. EL FAVOR DEBITORIS Y LA REGULACIÓN DE DETERMINADAS MATERIAS EN EL LIBRO DE OBLIGACIONES

Resulta incorrecto calificar *a priori* al deudor como la parte débil de un contrato por el solo hecho de serlo y legislar en función de este concepto inclinándolo notoriamente la balanza de ese lado.

Ha escrito Georges Ripert a este respecto que “a veces la democracia titubea al proteger al deudor, pues lo que designa a éste es la existencia de la obligación jurídica, y sería necesario, para que la protección siempre fuese justa, poder controlar la fuente e importancia de la obligación. Puede acontecer que el acreedor sea más débil y más desafortunado que el deudor. La protección legal debe dirigirse entonces del lado del acreedor. En realidad no hay una clase social de los deudores, y sólo por una simple presunción figura el deudor en la categoría de los seres débiles a quienes la ley quiere proteger”⁶.

Y más adelante agrega que “la intervención del legislador en el dominio contractual, a favor de una de las partes es infinitamente más delicada que su intervención a favor de los débiles. En efecto, sólo puede existir en provecho de uno a costa del otro y para escoger, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quien ha de protegerse. Pero en esta materia la debilidad puede entenderse diversamente”⁷.

En el mismo sentido opina Felipe Osterling Parodi cuando califica como erróneo el

³ DIEZ PICAZO, Luis. “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1983. p. 304.

⁴ DIEZ PICAZO, Luis. “El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española”. En: “Centenario del Código Civil”. Tomo I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. p. 714.

⁵ MELICH, José. “El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano”. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. 1986. p. 282.

⁶ RIPERT, Georges. “El régimen democrático y el Derecho Civil moderno”. Puebla: Editorial José M. Cajica. 1951. p. 137.

⁷ Ibid. p. 147.

criterio de que siempre es el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, protección especial. Indica que “este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, debe ser proscrita de las legislaciones vigentes, “sobre todo en los países nuevos y cosmopolitas, donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia”. El legislador parece haber olvidado que es el deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea la parte más débil en la relación jurídica. El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio”⁸.

Merece citarse sobre este asunto, un valioso trabajo del ilustre profesor español José María Castán Vázquez, publicado en 1961, que concluye manifestando certeramente lo siguiente:

“Cabe aún preguntarse si la aplicación del principio *favor debitoris* contribuye realmente a la realización de la justicia en el campo del Derecho de obligaciones. Recientes estudios sobre la obligación advierten que el elemento central de la misma está constituido por el deber del deudor y que la idea del deber como factor esencial de la obligación se muestra patente en diversos artículos del Código español y en el conjunto de su regulación. Puede, pues, pensarse que lo que el juez ha de procurar es el cumplimiento de ese deber, lo que se logra cuando se realiza la prestación, independientemente de que ésta satisfaga insuficientemente el interés del acreedor o gravite pesadamente sobre el deudor. Puede aducirse también contra el *favor debitoris*

que, aunque se considera que el deudor es un “sujeto localizado en una situación de subordinación” y el acreedor “otro sujeto puesto en una situación de preeminencia” son sólo en la obligación concreta de que se trate, ya que en la vida, por lo demás, la situación del deudor puede ser precisamente la más holgada”⁹.

A mi juicio, las soluciones legislativas deben procurar el mayor equilibrio de las prestaciones y ajustar sus reglas en la dirección que mejor se ajuste a la naturaleza de las cosas, a la finalidad del contrato y a la realidad.

Conste adicionalmente que en materia de obligaciones y contratos las normas del Código son fundamentalmente de carácter supletorio, es decir, que resultan aplicables para cubrir la regulación de aquellos aspectos a propósito de los cuales las partes han omitido estipular y admiten el pacto en contrario o distinto.

Sobre este particular, Manuel de la Puente y Lavalle, refiriéndose precisamente a las normas supletorias de la voluntad de las partes que se contemplan en el Código como ordenamiento de reserva para los contratos típicos, destaca que “es natural que dicho ordenamiento obedezca a un criterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar, una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de la voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual”¹⁰.

⁸ OSTERLING, Felipe. “Inmutabilidad de la cláusula penal”. En: Derecho. Órgano de la Facultad de Derecho 24. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1965. p. 22.

⁹ CASTÁN, José María. “El *favor debitoris* en el Derecho español”. En: Anuario de Derecho Civil. Madrid. 1961. p. 849. En una obra de publicación reciente, pues apareció en 2010 (*Favor debitoris* –análisis crítico. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editorial Reus S.A. y otras. Madrid), el distinguido profesor Carlos Rogel Vide analiza críticamente el principio y concluye, después de un elaborado análisis, que debe ser sustituido por el de la protección de la parte más débil de la relación obligatoria, y en caso de que tal debilidad no pueda apreciarse, por el del exacto cumplimiento de los deberes que derivan de ella y el de la reciprocidad y equilibrio de las prestaciones.

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. En: “Biblioteca Para leer el Código Civil”. Primera parte. Tomo III. Volumen XI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1991. p. 224.

El Libro VI del Código Civil contiene diversos artículos cuyo sentido ha sido determinado precisamente en función de la regla del *favor debitoris*. Interesa por ello, en atención al proceso de reforma al que se encuentra sometido, analizar esas soluciones legislativas con el objeto de evaluar si se justifica mantenerlas o si, por el contrario, resulta indispensable su modificación.

IV. COMENTARIOS A ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

A. La elección en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar un bien incierto y con prestaciones alternativas

El Código Civil opta en ambos casos por establecer sobre la base del *favor debitoris* que el derecho a elegir corresponde en principio al deudor, si bien admite que pueda acordarse en favor del acreedor o de un tercero. No resulta justificada dicha solución, pues es razonable considerar que en tales obligaciones lo que corresponde es atender fundamentalmente al interés del acreedor y no al del deudor como principio. Es entonces el acreedor el que debe ostentar la primera opción para determinar el objeto de cumplimiento, particularmente en el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas. Considerando esto, se propone la reforma de los artículos 1143 y 1162 del Código, estableciendo como regla que la elección corresponde al acreedor, sin perjuicio de poderse atribuir dicha facultad al deudor o a un tercero por acuerdo de las partes o resultar ello de un mandato legal o de las circunstancias del caso. Se trata de una fórmula que no encuentra antecedente en el derecho comparado hasta donde llega mi conocimiento.

B. Mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer¹¹

Como es sabido, el objeto de este tipo de prestaciones, llamadas también negativas, en oposición a las positivas de dar y de hacer, está constituido por una abstención, una inactividad por parte del deudor. Esa inactividad puede importar una abstención pura o más bien no oponerse a que otro haga algo. Se distingue así entre las prestaciones *non faciendo e in patiendo*.

En razón de las modalidades de ejecución que puede asumir la prestación negativa, es posible distinguir varias clases de omisiones.

Así, puede ser una de ejecución instantánea, agotándose en un solo acto.

También puede ser duradera, prolongándose en el tiempo por un período más o menos amplio.

Respecto de las duraderas, se tratará de una abstención continuada si debe ejecutarse la abstención sin interrupción durante un determinado tiempo. Pero puede tratarse también de una omisión de ejecución periódica, si tal ejecución debe producirse con intervalos iguales o desiguales en el tiempo¹².

A propósito de la prestación negativa de ejecución duradera de carácter continuado, es importante distinguir entre aquellas que “tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter periódico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar”¹³.

Los dos supuestos que plantea Moisset de Espanés, son hipótesis de abstenciones

¹¹ Sobre este asunto, reproduzco parcialmente párrafos extraídos del artículo titulado “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer” que he elaborado para el Libro Homenaje al doctor Manuel de la Puente y Lavalle de próxima aparición.

¹² La prestación negativa de ejecución duradera de carácter periódico puede consistir en una inactividad única que debe producirse en diversos momentos con intervalos iguales o desiguales. Así ocurrirá, por ejemplo, si el deudor se obliga a no abrir su establecimiento comercial los días 20 de cada mes durante un año. En este caso, cada abstención se agota instantáneamente. Adicionalmente, la ejecución duradera de tipo periódico puede estar dada por una abstención que se prolonga en el tiempo, sin agotarse de forma inmediata, pero produciéndose con intervalos: v. gr., cuando el deudor se obliga a no difundir por televisión, publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto por cuatro años.

¹³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer”. En: Documentación Jurídica. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentos y Publicaciones 14. Madrid. 1977. p. 390.

que importan, respectivamente, “empezar a no hacer” (lo que significa que antes se venía haciendo, pero sin tener ello ninguna significación en el orden negocial) y “seguir no haciendo”.

También la abstención puede ser de ejecución diferida, cuando su eficacia se posterga a un momento posterior al nacimiento de la relación obligatoria. En este supuesto, cumplido el plazo suspensivo y correspondiendo iniciarse la ejecución de la abstención, dicha ejecución podrá ser instantánea o duradera, con los alcances desarrollados anteriormente.

¿Cabe o no que se plantee una situación de mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa?

Corresponde distinguir cuidadosamente los casos. De antemano es preciso dejar sentado que no se trata de sostener que la mora es procedente en todas las hipótesis de obligaciones con prestación de no hacer. Sería equivocado generalizar conceptos y no formular distingos.

Si la prestación de no hacer consiste en una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no puede haber duda alguna de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer estaremos ante un caso de incumplimiento. Aquí la mora estará definitivamente excluida.

En cambio, si se trata de prestaciones de ejecución continuada, corresponde distinguir dos casos: (i) que se trate de seguir con una situación de pasividad que preexistía a la relación obligatoria; (ii) que se refiera a suspender o interrumpir una situación de actividad que existía al tiempo de establecerse la relación obligatoria.

En el primer caso, si se trata de un “seguir no haciendo”, la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer constituirá un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el supuesto de que se trate.

Una situación distinta a la descrita se presenta

tratándose de las abstenciones que consisten en un “empezar a no hacer”.

En tales hipótesis la mora si es factible en la medida, por supuesto, de que a pesar del retraso de iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento.

El ilustre maestro cordobés Luis Moisset de Espanés fue el primero que postuló de forma categórica la procedencia de la mora en el caso mencionado. Señala Moisset de Espanés que “lo curioso del caso es que esa categoría —en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a “no hacer” en el futuro— descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como “pacto de no concurrencia” al vender un negocio o empresa, mientras los ejemplos a que echa mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios”¹⁴.

Su planteamiento ha sido seguido por distinguidos tratadistas que recogen el mismo concepto. Entre los europeos, baste citar a este respecto, a Luis Díez Picazo, el primer civilista español, quien sostiene:

“La tesis de que no cabe mora en las obligaciones negativas es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa de prestación, es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. En tales casos, si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento y si se modifica, no hay retraso, sino incumplimiento. Sin embargo, la situación no es la misma cuando el contenido de prestación es un *non facere* del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él”¹⁵.

Y más adelante agrega: “El problema ha

¹⁴ Ibid. p. 392.

¹⁵ DÍEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Sexta edición. Tomo II. Las relaciones obligatorias. Thomson/Civitas. Rodona Industria Gráfica, SL. Pamplona. 2008. p. 666.

surgido sobre todo en relación con las obligaciones o pactos de no concurrencia que derivan de los negocios de cesión o de enajenación de una empresa, especialmente, en aquellos casos en que el cumplimiento del pacto de no concurrencia impone al deudor la obligación de trasladar su actividad fuera de la zona en la que el pacto rige. Si el deudor de esta obligación mantiene su actividad por un cierto período mínimo de tiempo, con la convicción de no causar con ello ningún perjuicio a los intereses del adquirente, parece posible, de acuerdo con la buena fe, pensar que en tales casos hay mora y no incumplimiento. Es cierto que en todos estos casos se puede replicar diciendo que son obligaciones negativas que van precedidas por una obligación que es positiva, como es la de poner fin totalmente o en una determinada zona a una actividad industrial o mercantil y que en casos como los descritos se puede producir mora de la obligación positiva accesoria de la principal negativa. Sin embargo, siempre resta la idea general de que cuando un *non facere* debe comenzar a partir de un determinado momento, el fenómeno de la continuación del *facere* anterior puede considerarse como simple retraso, si no está revestido de carácter definitivo y puede considerarse legítimo desde el punto de vista de la buena fe¹⁶.

El Código Civil de 1984, sin haber dedicado a la materia una norma que de manera explícita se pronuncie descartando, sin excepción alguna, la mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa¹⁷, permite arribar a esa conclusión a partir de la exclusión que hace el artículo 1180 del segundo párrafo del artículo 1154.

El artículo 1180 del Código Civil hace de aplicación a las obligaciones con prestación

de no hacer determinados artículos referidos a las obligaciones de hacer. Entre ellos está el artículo 1154, respecto del cual se precisa que es de aplicación sólo su párrafo primero. No así su párrafo segundo en razón de que éste se ocupa de la imposibilidad sobreviniente de la prestación que se produce después de la constitución en mora del deudor. Tiene sentido que si se parte de que la mora está excluida por completo en las obligaciones con prestación negativa, dicho segundo párrafo no resulta pertinente hacerlo de aplicación a ellas.

La propuesta de reforma ha optado por un camino distinto, razón por la cual se plantea la supresión de la referencia al primer párrafo del artículo 1154 de modo que resulte aplicable el artículo completo. Por esa vía, implícitamente se estará admitiendo la procedencia de la mora en las obligaciones con prestación de no hacer, sin que ello suponga generalizar el concepto a todo tipo de prestaciones negativas. Será admisible ciertamente sólo en los casos de prestaciones de no hacer que supongan un “empezar a no hacer”.

C. La duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa

El Código vigente establece en su artículo 1171 que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa se la tiene por la segunda. La solución es concordante con la de los Códigos de Costa Rica (artículo 661), Guatemala (artículo 1346) y Bolivia (artículo 424) y tiene su antecedente en el artículo 1199 del Código de 1936. En la exposición de motivos del Libro V del indicado Código, Manuel Augusto Olaechea señaló que la solución estaba justificada, “porque la segunda forma obligacional es menos gravosa

¹⁶ *Ibidem*. No obstante, el planteamiento de Díez Picazo merece observarse en lo atinente a la buena fe del deudor que no es ni puede ser óbice para que se configure la mora en ese supuesto. Como manifiesta María José Ferrer de San-Segundo (FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José. “La obligación negativa”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2001. p. 259), “Admitida la hipótesis de que, en los supuestos que señala, no puede la infracción calificarse como retraso aunque haya sido inobservada la obligación negativa, entendemos que no es a esos efectos relevante que el deudor haya realizado la actividad con la intención o no de causar perjuicio, ni su buena fe haría estructural o funcionalmente distinta la situación —convirtiéndose en retraso lo que de otro modo no se admitiría así— a la que se tendría si no hubiera presentado o acreditado buena fe. La buena fe del deudor tendrá indudablemente efectos al tiempo de cuantificar los daños exigibles por el retraso (artículo 1107 del Código Civil), pero no cualifica ni hace distinta la situación fáctica de retardo de modo que se admita la posibilidad de mora por la consideración de esta circunstancia y se rechace de no concurrir”.

¹⁷ En cambio, si lo hace el artículo 1222 del Código Civil italiano que establece lo siguiente: “Incumplimiento de obligaciones negativas. Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de éstas, constituye de por sí incumplimiento”.

para el deudor que la primera”¹⁸.

Alterini, López Cabana y Ameal, comentando el sentido del artículo 651 del Código argentino que es opuesto al del Código peruano, mencionan que “dicha solución ha sido criticada por Lafaille y Colmo, quienes sostienen que –de esa forma– el ordenamiento jurídico se aparta sin fundamentos valederos del principio que consagra el *favor debitoris*”. Y agregan que “por nuestra parte entendemos, como la mayoría de la doctrina nacional que –no obstante ello– el criterio legal es atinado, por cuanto la obligación facultativa establece una facultad excepcional en beneficio del deudor que, como tal, debe encontrarse claramente estipulada; y, en caso contrario, debe primar el principio de buena fe que indica que toda obligación se pacta para ser cumplida”¹⁹.

En mi opinión, además de las razones que invocan los autores citados, la regla que resuelve la duda tomando la obligación por alternativa tiene un sentido práctico que justifica plenamente sus alcances. En efecto, partiendo de la solución opuesta, en los términos que plantea el artículo 1171 del Código, ¿cómo identificar indubitadamente la prestación debida y la solutoria?

Este problema se agudizará todavía más si la duda se presenta a propósito de una relación obligatoria constituida por un número de prestaciones mayor de dos, lo que el propio Código no sólo no descarta sino que más bien presupone²⁰. En cambio, si la duda se esclarece en el sentido de que la obligación es alternativa no se suscitarán mayores inconvenientes. En este orden de ideas, el proyecto de reforma plantea la modificación del artículo 1171 estableciendo precisamente que la duda se resuelva considerándose que la obligación es alternativa.

En esa dirección, consagrada en primer lugar

en el Código de Chile (artículo 1507), obra de Andrés Bello, se pronuncian también los Códigos de Colombia (artículo 1564), Ecuador (artículo 1550), Paraguay (artículo 494), Uruguay (artículo 1359), El Salvador (artículo 1378), Nicaragua (artículo 1920) y, como se mencionó antes, el de Argentina (artículo 651).

D. Presunción de solidaridad pasiva.

En materia de obligaciones con pluralidad de sujetos, el artículo 1183 del Código Civil consagra como regla la no presunción de la solidaridad y agrega que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Inspirada también en el *favor debitoris*, no parece constituir ésta una solución que guarde correspondencia con la realidad del tráfico económico, particularmente cuando existe pluralidad de deudores. Adicionalmente, tampoco resulta coherente que el Código establezca como regla la anotada y en materia de fianza, para el caso concreto de la cofianza, considere como principio la solidaridad, según se deriva de lo establecido en el artículo 1886. Con mayor razón si el antecedente de este artículo lo constituye el artículo 1946 del Código Civil italiano, que a su turno presume la solidaridad en caso de pluralidad de deudores en su artículo 1294.

En opinión de Hernández Gil que comparto, “cuando entre varias personas existe una interdependencia y comunidad de intereses y en función de las mismas actúan en la vida del tráfico, cabe afirmar que el derecho debe dar entrada en sus formas normativas a esa situación; y reforzarla, antes que desarticularla. (...) La solidaridad se traduce en refuerzo y estímulo de la cohesión interna”²¹. Y añade: “Estas consideraciones cobran todavía mayor vigor si se piensa que la solidaridad –y nos referimos, claro es, a la solidaridad

¹⁸ OLAECHEA, Manuel Augusto. “Exposición de motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil”. Lima: Gil S.A. editores. 1936.

¹⁹ ALTERINI, CABANA y AMEAL. “Curso de obligaciones”. Tercera edición. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1989. p. 169.

²⁰ Es de advertir que la propuesta de reforma no sólo reafirma ello, sino que siguiendo al Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni –ABELED, Valerio. “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo”. Volumen II. Buenos Aires. 1929. p. 117–, establece que “**el obligado a diversas prestaciones alternativas debe cumplir por completo sólo una o algunas de ellas**” (primer párrafo del artículo 1161). [El énfasis es agregado].

²¹ HERNANDEZ GIL, Antonio. “Derecho de obligaciones. Obras completas”. Tomo III. Madrid: Espasa-Calpe S.A. 1988. p. 406.

pasiva— desempeña una importante función de garantía. De las garantías personales, es la más fuerte y adecuada que puede encontrar el acreedor. Desde un punto de vista general y objetivo, otorga mayor seguridad al tráfico jurídico. Y todo ello redundaría en hacer de ella un valioso instrumento de crédito. Por eso, en la esfera del comercio y del derecho mercantil, especialmente, puede decirse que resulta verdaderamente necesaria, mientras en la del derecho civil patrimonial, que afecta a relaciones económicas bien semejantes, es, por lo menos, muy conveniente”²².

Concluye Hernández Gil afirmando que “el principio de la no presunción de la solidaridad (...) no goza de muy sólida consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el del derecho comparado, sin que, por otra parte, se trate propiamente de un postulado del derecho natural que haya de mantenerse. Es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y eliminación”²³.

En atención a lo expuesto, se propone como nueva redacción del artículo 1183 la siguiente:

“Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.”

Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.”

E. Constitución en mora en la deuda y crédito solidarios

El texto vigente del artículo 1194 establece que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto de los demás.

Sin perjuicio de la propuesta de modificación del inciso b) del segundo párrafo del artículo 1333, que es objeto de análisis posterior, resulta más congruente con el carácter solidario de deudores o acreedores, que impone asumir las consecuencias de todos los actos atribuibles a cualquiera de ellos, que la mora los afecte a todos.

Es evidente, y así lo señala expresamente el texto propuesto, que en tales casos, los acreedores o deudores que prueben su inculpabilidad podrán obtener el reembolso de lo que hubieran tenido que pagar por concepto de mora contra el o los culpables, así como a la indemnización correspondiente, si fuera el caso.

La regla general propuesta no regirá, por supuesto, si fueran distintos los plazos de vencimiento para acreedores o deudores. En otras palabras, si por ejemplo la deuda ya fuera exigible para uno de los deudores y respecto de ese deudor se configurara la mora, pero la obligación no hubiera vencido para los demás deudores solidarios, la constitución en mora afectará sólo al primero.

Por todo lo expuesto, en la propuesta de reforma del artículo 1194 se señala lo siguiente:

“La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible. El codeudor o coacreedor no culpable tiene derecho al reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.”

F. Responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones individuales y solidarias

En los artículos 1180 y 1195 del Código se regula este asunto confundiendo notoriamente lo que constituye el cumplimiento por equivalente pecuniario (*id quod interest*) y la indemnización de daños. Para superar esa confusión se propone unificar el tratamiento de la materia, estableciendo, para cada caso, lo siguiente:

“Artículo 1180.- Inejecución.

La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar los daños irrogados al acreedor. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene

²² Ibid. p. 407.

²³ Ibídem.

derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.”

“Artículo 1195.- Inejecución.

El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de pagar solidariamente la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.”

G. Suspensión y renuncia de la prescripción en la deuda y crédito solidarios

Corrigiendo los errores de contenido de los artículos 1197, segundo párrafo, y 1198, que confunden repetición con subrogación y atribuyen efectos liberatorios a la prescripción, se propone los siguientes textos sustitutorios:

“Artículo 1197.- Suspensión de la prescripción.

2. Sin embargo, el deudor que pagó tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción contra el acreedor. A su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.”

“Artículo 1198.- Renuncia a la prescripción.

1. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho a reembolso contra los codeudores que se hubieran favorecido con la prescripción declarada.”

H. Cesión de derechos

1. Formalidad

El artículo 1207 vigente establece en su primer párrafo, a propósito de la formalidad de la cesión, que ésta debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

La imposición de la formalidad escrita bajo sanción de nulidad para la cesión constituye una exigencia que carece de justificación. El Código, en general, marca como pauta la flexibilidad en esa materia. No extraña por consiguiente que para contratos de tanta importancia como los de suministro (artículo 1605, primer párrafo), mutuo (artículo 1649), comodato (artículo 1730) y depósito (artículo 1816), se haya establecido como regla la de la libertad de formalidad y, en tal sentido, que la existencia y contenido de dichos contratos puedan probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley. No obstante, se hace prevalecer la formalidad escrita, de mediar ésta, en cuyo caso el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

En ese mismo sentido se propone la reforma del primer párrafo del artículo 1207:

“La existencia y contenido de la cesión pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiere celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.”

El segundo párrafo del artículo 1207 agrega que “cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.”

Se ha propuesto la derogación de este párrafo en la medida que su aplicación es, cuando menos, dudosa. En efecto, cabe imaginarla limitada sólo a aquellos casos en que el documento que constituye el título del derecho de crédito se encuentra extendido “al portador”, esto es, de manera genérica, es decir, sin indicación específica de nombre alguno, caso en el cual efectivamente sería suficiente entregar el documento al cesionario para materializarse la cesión, sin la necesidad de acto de formalización adicional alguno, situación ésta absolutamente excepcional y más bien extraña en el orden práctico.

2. No cesión

El segundo párrafo del artículo 1210 indica que “el pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión, es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que constituye la cesión o se prueba que

el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.

El Código incurre en un error al considerar como de buena fe al referido cesionario, no obstante constar en el instrumento constitutivo de la cesión la existencia del referido pacto o habiéndose probado que conocía dicho pacto al tiempo de formalizarse la cesión.

En uno y otro caso, como resulta notorio, el cesionario es de mala fe, por lo que la propuesta suprime la calificación contraria que equivocadamente emplea el texto legal referido, aclarándose así el sentido del artículo.

3. No liberación del deudor

El actual artículo 1216 dispone que “el deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.

Se ha propuesto suprimir en este texto el segundo de los casos que contempla, esto es, el del deudor que cumple la prestación respecto al cedente sin haber mediado su aceptación a la cesión, que no queda liberado frente al cesionario si se prueba que conocía que la cesión se había producido.

La razón que explica tal supresión es la siguiente: en principio, la eficacia de la cesión contra el deudor cedido depende exclusivamente de la comunicación fehaciente que se efectúe a dicho deudor conforme al artículo 1215. La aceptación del deudor, a la que también se refiere el artículo 1215, es necesaria sólo cuando media un pacto de no cesión (primer párrafo del artículo 1210).

Está claro que si bien el titular de un derecho respecto del cual se ha pactado la no cesión no está sometido a restricción alguna para cederlo, la eficacia de ese acto de cesión respecto del deudor está sujeta a que dicho deudor acepte, si así lo estima conveniente, lo que importará dejar sin efecto el pacto de no cesión previamente concertado.

Por consiguiente, si el deudor, conociendo de la existencia de la cesión —ya sea porque se le comunicó con el objeto de que prestara

su asentimiento a ella o por otro medio cualquiera—, ejecuta la prestación respecto de su acreedor, lo que está poniendo de manifiesto es su no aceptación a la cesión. Es evidente que el deudor no está obligado a prestar necesariamente su conformidad. El conocimiento de la cesión por parte del deudor, en este caso, es entonces absolutamente irrelevante y no corresponde penalizar al deudor en beneficio del cesionario. De lo expuesto resulta entonces que el pago que realizó en esas circunstancias a su acreedor fue perfectamente eficaz y extinguió la prestación a su cargo. El cesionario carece por completo de derecho alguno contra él.

I. Lugar del pago

Como lo hizo el Código Civil de 1936 (artículo 1250), el Código de 1984 ha establecido el domicilio del deudor como lugar del pago en su artículo 1238, dejando a salvo que las partes estipulen otra cosa o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. De acuerdo con esa regla, el acreedor deberá acudir al domicilio del deudor a recibir el pago.

Es evidente que la ley ha señalado con carácter supletorio el domicilio del deudor como lugar del pago. Corresponde, en principio, a las propias partes determinarlo, pero en ausencia de dicho pacto y salvo que la ley, la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso impongan otra cosa, será el domicilio del deudor el lugar donde se efectuará el pago.

La solución legal tiene su fundamento en el *favor debitoris*. ¿Se justifica la regla, por ejemplo, tratándose de obligaciones con prestación de dar sumas de dinero? ¿No es más propio que en tales casos el deudor pague y no que le cobren la deuda? Lo primero —pagar— guarda mayor consonancia con el hecho de que compete al deudor la ejecución del deber de prestación y que de ello debe resultar que al deudor compete realizar cuanta actividad sea necesaria precisamente para materializar el cumplimiento. Pagar la deuda antes que esperar a que se la cobren, ¿no resulta lo natural?

No debe perderse de vista, en el orden práctico, que siendo el domicilio del deudor el lugar del pago, ante la falta de concurrencia del acreedor, a los efectos de constituirlo en mora por no prestar su colaboración para

la liberación del deudor (artículo 1338) y habilitar la posibilidad de una consignación, corresponderá al deudor probar la no comparecencia del acreedor, lo que puede entrañar serias dificultades para él.

En este orden de ideas, se propone la reforma del artículo 1238 en el sentido de establecer como regla que el lugar del pago es el domicilio del acreedor, dejándose a salvo el pacto distinto o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

J. Unificación del régimen de los intereses por mora en defecto de pacto

Actualmente esta materia se encuentra regulada por los artículos 1246 y 1324 del Código, diferenciándose el tratamiento según que se refiera a obligaciones con prestación no dineraria o a obligaciones con prestación dineraria, respectivamente. No hay en verdad justificación para esa regulación diversa, por lo que en el proyecto se propone su integración en su solo texto, suprimiéndose el artículo 1324 y manteniendo el artículo 1246 con la siguiente redacción:

“Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor está obligado a pagar por causa de mora el interés legal. Si antes de la mora se debían intereses, ellos continuarán devengándose después del día de la mora con la calidad de intereses por mora, sumados al interés legal.”

Adviértase que a diferencia de la regla actual, en defecto de pacto de intereses moratorios, en caso de venirse devengando intereses compensatorios (retributivos) antes de la mora, una vez configurada ésta continuarán corriendo —si bien con una naturaleza distinta, la de intereses por mora—, y sumados, además, al interés legal, con el propósito de ofrecer al acreedor un verdadero resarcimiento por la falta oportuna de pago por parte del deudor.

K. Imputación legal

En materia de imputación legal, tanto el Código Civil de 1936 (artículo 1267) como el de 1984 (artículo 1259) se refieren a la deuda “más antigua” entre los diversos supuestos de aplicación.

Ninguno de los dos Códigos precisó los alcances de esa expresión, dejando de esclarecerse si corresponde entender como tal a la que nació antes que otras o entre varias de plazo cumplido a la que venció primero. En la propuesta se opta por esta última, que pasa a sustituir la referencia a la “más antigua”, privilegiando así el concepto de la exigibilidad de la deuda por sobre el simple dato cronológico del nacimiento de la obligación. Debe tenerse presente que, para resultar aplicable ese supuesto, tendrá que haberse descartado necesariamente la procedencia de los anteriores que prevé el artículo 1259, esto es, en primer término, que hubiera una deuda menos garantizada que otras; y, en segundo lugar, entre varias deudas igualmente garantizadas, que alguna fuera más onerosa para el deudor. Sólo en caso de que hubiera varias deudas igualmente garantizadas y onerosas se aplicaría el pago a aquella con vencimiento antelado a las demás.

El texto propuesto es el siguiente:

“Artículo 1259.- Imputación legal.

No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la que venza primero. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”

L. Dación en pago

Soy un convencido de la autonomía de esta figura, la que no puede ser confundida con la novación objetiva. En la dación en pago se crea, con asentimiento del acreedor y en beneficio del deudor, un nuevo medio de cumplimiento —que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer— en el marco de la misma obligación contraída, que no determinará la extinción de ella ni la liberación del deudor respecto de la prestación inicialmente debida hasta que la nueva prestación se ejecute. Ello explica que si, por ejemplo, la nueva prestación se torna imposible sin culpa de las partes antes de su ejecución, el acreedor se encontrará habilitado para exigir el cumplimiento de la prestación original.

Como explica Fernández Rodríguez²⁴, “cuando se conviene dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, surge la obligación de realizar la nueva prestación acordada: pero hay que examinar si la simple aparición de esta obligación da lugar a que la antigua obligación se extinga automáticamente al ser sustituida por aquélla. Para que así fuera sería necesario, conforme al artículo 1204 del Código Civil (español) —equivalente al artículo 1277, segundo párrafo, del Código peruano—, que las partes hiciesen una declaración terminante en este sentido o bien que la antigua y nueva obligación fuesen de todo incompatibles. Pero las partes, cuando deciden dar en pago algo distinto de lo debido, no se refieren en modo alguno a la novación ni quieren extinguir la anterior obligación sustituyéndola por una nueva, sino que tan sólo pretenden señalar un nuevo medio de extinción de la primitiva obligación. (...) La obligación de dar en pago algo distinto de lo debido no es incompatible con la primera obligación, sino que se inserta en ella, creando un nuevo medio de extinguirla, distinto del que fijaron las partes al determinar el contenido de la obligación. La nueva obligación, lejos de ser de todo punto incompatible con la antigua, presupone la existencia y subsistencia de ésta”.

Si las cosas no se conciben de esta manera, ¿cómo entender entonces el hecho de que el artículo 1900 del Código establezca que “queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción”? Si dación en pago y novación fueran lo mismo, la liberación del deudor no debería quedar sujeta a la ejecución efectiva de la prestación de entrega, sino que debería bastar para ello el simple hecho de la conformidad del acreedor a que en pago de la deuda le sea entregado un bien.

No se pierda de vista, además, que en la dación en pago se presenta una situación similar a la que se produce en las obligaciones con facultad de sustitución cuando el deudor decide hacer el pago con la prestación solutoria. En este tipo obligacional, el deudor tiene a su alcance un medio de cumplimiento distinto de la prestación debida que le permitirá liberarse de ésta. Una vez ejecutada

la prestación facultativa, la relación obligatoria se extinguirá. Pero sólo en ese momento.

En este sentido, a fin de aclarar sus alcances, se propone la modificación del artículo 1265 en los siguientes términos:

“Artículo 1265.- Concepto.

Si el acreedor consiente en que el deudor se libere ejecutando una prestación distinta de la debida, la obligación se extingue sólo cuando aquélla se cumple.”

M. Condonación

1. Existencia y eficacia

El texto vigente del artículo 1295 establece que “de cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”.

Formulada en esos términos, la regla no contribuye ciertamente a aclarar debidamente la naturaleza jurídica de este medio de extinción de obligaciones. En efecto, da a entender que se trata de un acto bilateral cuando se refiere al “común acuerdo entre el acreedor y el deudor”. Omite así distinguir, de un lado, la existencia propiamente dicha de la remisión, para la cual se requiere únicamente la voluntad del acreedor, en tanto titular del derecho de crédito; y, del otro, su eficacia, que exige, sin duda, la aceptación del deudor, como en general corresponde respecto de todo acto de liberalidad.

En atención a ello, se establece en la propuesta lo siguiente:

“Artículo 1295.- Efectos.

- 1. La condonación de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.**
- 2. La condonación es eficaz sólo desde que es aceptada por el deudor. Entretanto, el acreedor puede retractarse de ella sin perjuicio del derecho de tercero.”**

²⁴ FERNANDEZ, Tomás. “Naturaleza jurídica de la dación en pago”. En: Anuario de Derecho Civil. Julio-Septiembre. 1957. pp. 771-772.

2. Condonación y pluralidad de garantes

El artículo 1296 contiene dos párrafos. El primero de ellos señala que “la condonación a uno de los garantes no extingue la obligación principal ni la de los demás garantes”. El segundo párrafo agrega que “la condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó”.

Resulta importante advertir que el antecedente del primer párrafo es el artículo 1300 del Código Civil de 1936, ubicado en el título referido a la condonación, que indica que “la condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación principal, ni la de los demás fiadores”.

A su turno, el antecedente del segundo párrafo es el artículo 1799 del mismo Código, ubicado en el título referido a la fianza, que señala lo siguiente: “la liberación consentida por el acreedor a uno de los fiadores sin asentimiento de los otros, aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado”²⁵.

Como es de verse, el artículo 1295 integró ambos artículos sustituyendo la expresión fiadores, que ambos utilizaban, por la de “garantes”.

No es objetable, como es evidente, salvo por su obviedad, establecer que la condonación a uno de los garantes o a algunos o a todos, en tanto que la garantía es accesorio, no origina la de la obligación principal. En ese sentido, la regla es correcta.

Pero el artículo yerra al regular la condonación a uno de los garantes. Son tres las objeciones que merece este artículo.

Una primera tiene que ver con el hecho de que el texto no distingue de qué clase son esos garantes, es decir, si son mancomunados

(de acuerdo con la terminología que emplea el Código) o solidarios.

Una segunda se origina en que el artículo omite precisar si la condonación es por el total o por una parte de la deuda de los garantes (casos en los cuales, de ser solidarios, los otros deberían quedar igualmente liberados total o parcialmente, respectivamente).

Una tercera se refiere a la circunstancia de que se plantee una distinción entre el caso en que se condona la deuda a uno de los garantes –sin esclarecer, como se ha dicho, si es por el todo o por una parte de la deuda–, sin asentimiento de los otros, a propósito del cual el artículo ofrece una solución: la de que los otros garantes se liberen por la parte del beneficiado (¿Y por qué no por el todo, si es que solidarios?); y el otro caso –sobre el cual guarda silencio, pero que deriva por natural oposición con el anterior–, el de la condonación de la deuda a uno de los garantes con asentimiento de los otros, caso éste al que no da solución y en el que pudiera suponerse simplistamente que la consecuencia es que los otros garantes se mantienen obligados por la integridad porque consintieron en la liberación del beneficiado con la remisión²⁶ (conclusión que discutiblemente podría ser correcta sólo si son solidarios, porque si son mancomunados –parciarios– la existencia o no de asentimiento carece por completo de importancia).

Se propone derogar este artículo en razón de que su texto, tratándose de garantes solidarios, como sería el caso de los cofiadores (solidarios por mandato del artículo 1886), es manifiestamente incompatible con lo establecido en los artículos 1188 y 1189 del Código. Tales normas diferencian los casos exclusivamente en función a si la condonación a favor de un deudor solidario comprende todo o parte de la deuda, prescindiendo por completo de prestar atención a si hay asentimiento o no de los demás.

²⁵ El antecedente del artículo 1799 del Código de 1936 fue el artículo 1850 del Código español que establece lo siguiente: “La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado”. El texto fue tomado del artículo 1764 del Proyecto de García Goyena (“Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”. Tomo IV. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. 1852. p. 166).

²⁶ A este respecto, el artículo 1239 del Código Civil Italiano establece lo siguiente: “La remisión acordada a uno de los fiadores no libera a los otros sino por la parte del fiador. Sin embargo, si tales otros fiadores han consentido en la liberación, ellos quedan obligados por la integridad”.

El artículo 1296 también es incompatible con los alcances que corresponde atribuir a la deuda mancomunada, caso en el cual está totalmente descartada la posibilidad de que la condonación a uno de los garantes pueda beneficiar a los demás. En efecto, con arreglo al artículo 1173 del Código Civil, regla que es de aplicación a las obligaciones mancomunadas por mandato del artículo 1182, se reputa que las deudas son distintas e independientes unas de otras. Por tanto, los actos que benefician o perjudican a uno de los obligados mancomunadamente, producen efectos exclusivos y excluyentes para él, es decir, no trascienden ni pueden trascender en absoluto a los demás obligados.

Por tanto, el propósito de la derogación es que la materia quede regulada por las normas citadas, tanto tratándose de garantes solidarios como de garantes mancomunados.

N. Homologación de la transacción

Como es sabido, el Código Procesal Civil ha establecido como requisito de la transacción judicial el de su homologación por el juez que conoce de ella. Siendo la transacción un contrato, corresponde exclusivamente a las partes, sin interferencia de ningún tercero, incluyendo la autoridad judicial, decidir sobre la controversia originada entre ellas. Se afecta el derecho de defensa de las partes en el caso de que un juez decida la no homologación de una transacción, lo que importa en el fondo considerarla inválida, sin mediar un proceso judicial distinto en el que se ventile dicha alegación y donde las partes puedan manifestar sus puntos de vista acerca de ello, se actúen las pruebas correspondientes, etc. De allí que el proyecto de reforma establezca, con toda claridad, que la homologación judicial no es requisito para que la transacción tenga valor de cosa juzgada y cause ejecutoria.

O. Mora

Paso ahora a referirme a un asunto vinculado con la mora del deudor. Sobre el particular, habría que decir que es severamente objetable la solución del Código que establece como regla la necesidad de la intimación por

el acreedor para quedar configurada la mora del deudor, particularmente en el caso de que exista establecido expresamente un plazo suspensivo para el cumplimiento.

En efecto, si se ha fijado uno, es lógico suponer que se ha previsto por alguna razón y que su determinación no es casual. No es razonable asumir en ese caso que si el acreedor no reclama el pago a su vencimiento, cuando la prestación ya es exigible para el deudor, demuestra con ello que el retraso no lo afecta. Esto es lo que sostienen los partidarios de la mora *ex personae*. ¿Es que puede llevarse el *favor debitoris* a tales extremos?

Ya Freitas, cuestionando la fórmula del *dies non interpellat pro homine* aplicable a las obligaciones con plazo de vencimiento, comentando el texto del artículo 1071, inciso 1, del Esbozo, sostenía: “observo en esto una corruptela, un triunfo de la chicana de los deudores, un contrasentido y una injusticia. Por más que este abuso se haya inveterado, no tememos afrontarlo, ni perderemos la ocasión para iniciar su extirpación. La designación de un plazo en el título del crédito enuncia, para el buen sentido de todos los hombres, la formal intención del acreedor de recibir lo que se le debe, en el día del vencimiento del plazo. Y si esa intención se ha manifestado tan claramente, ¿cómo se la puede rehusar, cómo exigir aún una segunda e inútil manifestación de voluntad por la formalidad de una interpe-lación (...)? ¿Se podrá presumir o suponer que el acreedor no considera en falta al deudor o que el deudor no demora el pago, cuando ya se sabe que la deuda debía ser pagada en un día señalado y que hubo por consiguiente una falta? Y termina diciendo: “¡Es inexplicable que se exija una interpe-lación (...) para el caso opuesto en que las partes han sido previsoras y en que nadie puede dudar de su intención! ¿No importará esto reducir todas las obligaciones a obligaciones sin plazo? ¿No será prohibir indirectamente que haya estipulación de plazos?”²⁷

En efecto, la obligación nace para ser cumplida, no para que el acreedor deba verse sometido a exigir su cumplimiento y menos todavía en las obligaciones a plazo. Si se ha fijado un plazo para el cumplimiento es

²⁷ “Código Civil. Proyecto de A. J. (sic) de Freitas”. Traducido al castellano por Arturo Pons. Buenos Aires: Imprenta El Hogar y la Escuela. 1900. pp. 456-457.

para que el deudor ejecute su prestación de manera espontánea una vez vencido.

Debe ser suficiente su retraso en el cumplimiento para que transcurrido aquél quede constituido en mora, sin necesidad de interpelación alguna. Por todo ello, se plantea la reforma del artículo 1333 con el objeto de establecer que habrá constitución automática en mora del deudor cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que operará por su solo vencimiento. En tal sentido, se sustituye el inciso b) del segundo párrafo del artículo 1333 en los términos siguientes:

“2. No es necesaria la intimación para que la mora exista:

(...)

b) Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su solo vencimiento.”

Por lo demás, esa es la solución del artículo 63, inciso 1, del Código de Comercio peruano de 1902, todavía vigente en ese extremo.

P. Pena obligacional²⁸

El último tema que abordaré es el referido a la pena obligacional.

A propósito de esta materia, es notorio que la mayoría de códigos se inclina por el sistema de mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

A mi entender, el régimen vigente en el Perú no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. Se autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente

excesiva pero no su aumento, nuevamente sobre la base de la regla del *favor debitoris*. Es cierto que se contempla la denominada indemnización del daño ulterior, que en alguna medida atempera el problema, pero para pretenderla es indispensable el pacto previo y, por supuesto, la prueba posterior de los daños adicionales a cargo del acreedor. En otras palabras, si el acreedor no cuida en convenirla, no podrá exigir un mayor monto a título indemnizatorio, no obstante haber sufrido mayores daños.

El sistema de la mutabilidad absoluta al que me adhiero, es cuestionado severamente, pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente, “parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba. Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto. Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes – con la misma libertad con la que concertaron la obligación, cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal– por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor de ese pacto. Pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía”²⁹.

Es exacto que la pena cumple una función

²⁸ Esta expresión resulta más adecuada que referirse a la “cláusula penal” o a la “obligación con cláusula penal”. Como es sabido, la “cláusula penal” puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal. En ese último caso, hablar de “cláusula penal” resulta incorrecto.

En cuanto a la otra expresión nombrada –“obligación con cláusula penal”–, ella hace referencia propiamente a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena.

La denominación “pena obligacional”, en cambio, estará referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (*o un tercero, según algunos autores y legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos –por ejemplo, cuando se contempla para cubrir el supuesto de que no colabore injustificadamente con el deudor para que éste pueda ejecutar la prestación a su cargo–*) debe ejecutar (*a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor –cuando se establece para el caso de que el acreedor contravenga el deber de colaboración–*), de producirse la inexecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal por causas imputables a él.

²⁹ OSTERLING, Felipe. Op. cit. p. 20.

En idénticos términos se expresan Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de Obligaciones”. Cuarta Parte. Tomo XIV. Vol. XVI. Lima: Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial. 2003. p. 2405; así como en OSTERLING, Felipe “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores. 2008. pp. 961-962).

indemnizatoria. Empero, antes que hacer primar la pureza conceptual de una institución que, como resultado de una aplicación inflexible en el marco de la inmutabilidad absoluta, puede conducir a que se consumen abusos, debe tomarse partido por la justicia y la solidaridad y optar por la solución de la mutabilidad total de la pena, admitiendo, por consiguiente, tanto su aumento como su disminución, a pedido de parte. En este orden de ideas, la carga de la prueba recaerá necesariamente sobre quien solicite el reajuste, es decir, el acreedor, para lograr el incremento, o el deudor, para obtener la reducción.

A este respecto, participo de la opinión de Gino Gorla, cuando señala que “la sanción en su determinación y en su aplicación, da lugar (...) a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera directa o indirecta, se haya establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que haya que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia”³⁰.

En razón de las mismas consideraciones, *mutatis mutandi*, se justifica plenamente la procedencia del aumento de la pena cuando fuese diminuta.

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida en que exista una ostensible diferencia entre la cuantía de la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese a este respecto que los Códigos que contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un “monto desproporcionado”

(Código argentino, artículo 656, segundo párrafo), que la pena sea “manifiestamente excesiva o diminuta” (Código francés, artículo 1152, segundo párrafo), “manifiestamente excesiva” (Código paraguayo, artículo 459) o “extraordinariamente alta” (Código alemán, artículo 343, primer párrafo).

A la fecha, son pocos los Códigos que mantienen la tesis de la inmutabilidad absoluta de la pena, esto es, que niegan la posibilidad de modificación de la pena, aun cuando resulte manifiestamente diminuta o excesiva. Se trata de una posición en franca retirada. Es notorio que la mayoría de Códigos se inclina por la mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

Algunos Códigos han intentado una solución distinta a la vigente hoy en Francia que, conforme al artículo 1152, según el texto introducido por la Ley 75-597 de 9 de julio de 1975, autoriza tanto el aumento como la disminución de la pena.

Así, el derogado Código del Brasil de 1916 establecía en su artículo 920 que “el valor de la conminación impuesta en la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal”.

La regla ha sido reproducida por el Código Civil brasileño de 2002 en su artículo 412.

En mi opinión, el establecimiento de límites máximos legales para la pena obligacional no resulta aconsejable, pues de ese modo pierde su carácter de compulsoriedad, dado que no incita al deudor a cumplir, y también se ve frustrada su función indemnizatoria, en razón de que no necesariamente cubrirá los daños que efectivamente haya sufrido el acreedor en exceso del valor de la prestación debida, si este fuera, como lo es en Brasil, el límite legalmente establecido, salvo, por supuesto, que se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior y el acreedor probara los mayores daños irrogados³¹.

³⁰ GORLA, Gino. “El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico”. Traducción y notas de comparación y adaptación al derecho español por José Ferrandis Vilella. Tomo I. Bosch. Casa Editorial Barcelona. 1959. pp. 299-300.

³¹ El párrafo único del artículo 416 del Código del Brasil de 2002 prevé la procedencia del pacto de indemnización del daño ulterior en los siguientes términos: “Aun cuando el perjuicio exceda lo previsto en la cláusula penal, el acreedor no puede exigir indemnización suplementaria si así no fue pactado. En ese caso, la pena vale como mínimo de indemnización, correspondiendo al acreedor probar el perjuicio excedente”.

Por lo demás, como ha expresado Jorge Peirano Facio³², “en función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del quantum de la pena, los jueces pueden intervenir en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite”.

Como es de verse, aun en el sistema del límite legal, no es posible sustraerse a la eventualidad de que se promueva un proceso judicial en el que se discutan los alcances de la pena³³.

Otro problema se suscita cuando no puede determinarse claramente el valor de la prestación principal cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena, y por ello no resulta sencillo definir con certeza y confiabilidad si ésta se encuentra o no encuadrada dentro del límite legal, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en las relaciones obligatorias con prestación unilateral (donación o suministro gratuito, por ejemplo) o en las relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas en que las prestaciones no tienen por objeto una suma de dinero (permuta, por ejemplo).

Los problemas se acrecientan si aun tratándose de una obligación con prestaciones recíprocas en que una de las prestaciones tiene por objeto una cantidad de dinero (compraventa, locación de servicios, obra, por ejemplo), la pena está constituida por una prestación de dar un bien cierto o por una de hacer o no hacer.

Producido el incumplimiento total, ¿puede

descartarse acaso que en esos supuestos el deudor no podrá cuestionar la pena alegando que es excesiva dada la fragilidad de los cálculos efectuados para su fijación? Definitivamente ello no será posible, siendo entonces inevitable someterse al arbitrio judicial, que es lo que teóricamente se deseaba evitar. Como consecuencia de ello, puede incluso llegar a comprobarse que la pena es diminuta, incluso de manera chocante, no obstante lo cual no procederá su aumento.

En este orden de ideas, resultan plenamente fundadas las objeciones que formuló Continentino³⁴, al comentar el artículo 920 del Código brasileño de 1916: “Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos en función de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños”.

Ponderando las distintas opciones que ofrece la cuestión, se opta en el proyecto por autorizar al juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, a reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta, siendo nulo todo pacto en contrario. En concordancia con ello, se suprime la indemnización del daño ulterior.

Sin perjuicio de lo expresado, no puedo

El Código brasileño derogado de 1916 no contenía una regla semejante.

³² PEIRANO, Jorge. “La cláusula penal”. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis. 1982. p. 238.

³³ Precisamente a este respecto, debe advertirse que, a diferencia del Código de 1916, el Código brasileño de 2002 ha previsto además en su artículo 413 lo siguiente:

“La penalidad debe ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o si el monto de la penalidad fuera manifiestamente excesivo, teniéndose en cuenta la naturaleza y finalidad del negocio”.

El Código de 1916 contempló en su artículo 924 únicamente la reducción de la pena cuando mediara un cumplimiento parcial:

“Cuando se cumpla en parte la obligación el juez podrá reducir proporcionalmente la pena estipulada para el caso de mora o de incumplimiento”.

No es coherente que el Código de 2002 contemple la posibilidad de reducir la pena cuando su monto fuese “manifiestamente excesivo”, si se tiene en cuenta la limitación taxativa impuesta por el artículo 412.

En efecto, si el valor de la prestación de la pena estipulada no puede exceder al de la obligación principal, conforme a lo establecido en dicho artículo, todo exceso, sin excepción, debería considerarse inválido y eso es lo que correspondería que declare el juez, quien debería proceder a ajustar la pena a dicho límite.

³⁴ BARANDIARÁN, José León. “Comentarios al Código Civil Peruano, Derecho de Obligaciones”. Tomo II. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A. 1939. p. 139.

dejar de preguntarme si no tiene razón Paludi cuando señala “si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia y que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (...) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la “autonomía de la voluntad”, es lógico que nutra el contenido de las reglas que gobiernan una sociedad de neto corte individualista, pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan

un rumbo diferente del sistema jurídico. (...) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades en otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el “desuetudo”. (...) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto, y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización”³⁵.

³⁵ PALUDI, Osvaldo. “Replanteo de la función de la cláusula penal”. En: Derecho laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social 11. Año XII, noviembre 1970. Buenos Aires. p. 584.

Desarrollo Social

En THEMIS sentimos la necesidad de estar comprometidos con la realidad social de la que somos parte, por ello, en el 2006, se creó la Comisión de Desarrollo Social, que busca difundir la cultura jurídica a personas que viven en situación de pobreza mediante la realización de talleres de derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales como paternidad, alimentos, seguridad ciudadana, violencia familiar, denuncias, entre otros. De tal manera, queremos proveerles de las herramientas necesarias para que conociendo cuáles son sus derechos y deberes en diferentes ámbitos, puedan participar en nuestra sociedad y mejorar, tanto su vida como la de su familia. A lo largo de la historia de THEMIS, hemos logrado capacitar a más de 500 personas.



“Los papás valoran bastante esto y ellos lo aplican. Lo van a saber transmitir. Ya no van a quedarse con los brazos cruzados, sin saber qué hacer. Van a valorar más a su familia y los derechos que tienen.” – Profesora del Colegio Fe y Alegría

De esta manera promovemos la responsabilidad social. Así, ya sea en la realización de un seminario, el lanzamiento de una revista o las publicaciones de Enfoque Derecho, hacemos que la cultura jurídica sea más accesible, promoviendo una formación legal integral.





Av. Sáenz Peña 214 Barranco 4, Lima - Perú.

T. (511) 252 - 9808 / Fax. (511) 477 - 1799

www.delmar-ugarte.com

Avila & Abogados

Inversión Extranjera
Contratos con el Estado
Recursos Naturales

Calle Alfredo Salazar 409 Miraflores - Lima, Perú
Tel. (511) 440 0556 / 441 1698 Fax. (511) 221 0466
www.avilayabogados.com

Más de 40 años de orientación legal a su servicio.



EDITORIAL ECONOMIA Y FINANZAS

Somos la única empresa dedicada exclusivamente a la edición de manuales legales con actualización permanente en materia tributaria, laboral y societaria.

Los manuales que editamos permiten conocer rápida y confiablemente el régimen legal de las materias que trata. Son así valiosa fuente de consulta para todo profesional con interés en los temas tratados.

Sus explicaciones y comentarios son de fácil entendimiento. En ellos encontrará constante referencia a los criterios del Tribunal Fiscal, del Poder Judicial y de la SUNAT.

Manual del Impuesto a la Renta

Manual del Impuesto General a las Ventas

Manual de Tributos Municipales

Manual del Código Tributario

Procedimientos y Obligaciones formales ante la SUNAT

Manual del Régimen Laboral

Manual Societario

**En Diciembre:
Nuevo Manual de
Regímenes Aduaneros.**



Calle La Habana 166 – San Isidro
Teléfonos: 442 1115 / 442 1356 / 221 9123
Fax: 221 0844
ventas@eef.com.pe

www.eef.com.pe

COMENTARIOS AL NUEVO PROYECTO DE REFORMA DEL LIBRO DE DERECHO DE OBLIGACIONES DEL CÓDIGO CIVIL

Felipe Osterling Parodi*

Mario Castillo Freyre**

En materia de obligaciones, el Proyecto de Reforma del Código Civil ha tenido el propósito de ajustar el contenido de determinadas reglas en función a las necesidades del tráfico y equilibrio jurídico; sin embargo, ¿es realmente necesario realizar esta reforma? Las pocas felices experiencias que nos ha dejado la aplicación del Libro de Obligaciones del Código Civil nos harían creer que esta reforma es urgente; sin embargo, esta opinión no es compartida por todos los académicos.

En el presente artículo, a través de un análisis exegético artículo por artículo, los autores realizan una dura crítica al Libro de Obligaciones del Proyecto de Reforma del Código Civil. Se cuestiona la necesidad y utilidad de que se realice una reforma en este campo.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho por la Universidad de Nueva York. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP. Socio Principal del Estudio Osterling S.C. Ex Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ministro de Estado en la cartera de Justicia. Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número. Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

** Abogado. Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de obligaciones y contratos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje y Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.
Los autores agradecen la valiosa colaboración de la doctora Verónica Rosas Berastain y del señor Jhoel Chipana Catalán.

I. GENERALIDADES

Todo proceso de reforma legislativa debería obedecer a imperiosas necesidades que surjan en una sociedad. De este modo, el legislador tiene la tarea de acoger, analizar y encausar a través de una fórmula legal esa urgencia. Demás está decir que es evidente que todo cambio debe tener una causa que sea directamente proporcional con la magnitud de la modificación. Así, a mayores necesidades, mayores deberían ser los cambios que tendrían que producirse, y viceversa.

De este modo, y cuando ya se detectó la necesidad de que el legislador deba modificar una ley (nótese que todo es un proceso, y éste, el de analizar la necesidad de una reforma legislativa, es sólo una parte de él), esa reforma, a su vez, debería transitar obligatoriamente por otra etapa: la elaboración de la nueva norma.

De esta forma, la segunda fase del proceso tiene una serie de etapas que se fundamentan en los mandatos de la Constitución, y que deben ser supervisadas por las instancias pertinentes (sea el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo quien emita la norma).

Tradicionalmente, toda reforma legislativa, en lo que respecta a los códigos más importantes, se inicia con la propuesta de alguna comisión reformadora que luego es analizada por una comisión revisora, que da una opinión final al órgano pertinente. Tratándose de cuerpos legislativos de gran importancia (como el Código Civil o el Código Penal, entre otros), el proceso es muy delicado.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que el actual Proyecto de Reforma no haya respetado este orden lógico.

Así, la denominada Comisión Reformadora, que fue creada por Ley 26394, de fecha 22 de noviembre de 1994, concluyó sus funciones en el año 2006, cuando presentó al Poder

Ejecutivo su proyecto¹ y sobre este proyecto el propio Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República el otorgamiento de facultades legislativas para su promulgación². El Congreso, en ese entonces, no concedió dichas facultades y decidió, por Ley 28776, de fecha 6 de julio de 2006, nombrar una Comisión Revisora (la cual, en su etapa final, estuvo integrada por uno de los coautores de este trabajo, Mario Castillo Freyre), la misma que tuvo por objeto analizar las propuestas realizadas por la ya fenecida Comisión Reformadora. Cabe señalar que el trabajo final de la Comisión Revisora fue entregado a la Comisión de Justicia del Congreso de la República con fecha 24 de marzo de 2011.

Empero, ingrata sorpresa nos dimos cuando en julio de este año se dio a conocer, un nuevo Proyecto de Reforma al Libro de Derecho de las Obligaciones realizado, nada más y nada menos, por la misma Comisión que ya había concluido sus funciones en el año 2006. Surge aquí la interrogante en el sentido de si esta pseudo "Comisión" posee realmente las facultades y atribuciones para actuar como lo hizo. ¿No se supone que debe ser el Congreso de la República quien, teniendo en cuenta el trabajo realizado por la Comisión Reformadora y la Comisión Revisora, debe dar a conocer el resultado del trabajo final de este proceso? ¿Estamos acaso ante un ilegal Proyecto de Reforma?

Resulta muy preocupante que se quiera promover una reforma de tal envergadura, desconociendo la ley y las etapas naturales que un proceso de esta naturaleza posee. Ya desde su génesis, esta empresa adolece de vicios y dudas que, como veremos más adelante, no hacen sino confirmar que su realización es completamente innecesaria.

Ahora bien, como ya se dijo, en julio del año 2011 la referida "Comisión" aprobó un nuevo Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones del Código Civil de 1984. Éste constituye un nuevo intento (otro más) que, luego de aquel

¹ Este proyecto proponía modificar, en lo que respecta al Derecho de Obligaciones, solamente los artículos 1183, 1194, 1207, 1209, 1210, 1216, 1296, 1302, 1322 y 1333.

² La Constitución Política del Perú establece, en su artículo 104, lo siguiente:
"Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo".

infructuoso Proyecto de Reforma del año 2006, pretende modificar el contenido de nuestro Código Civil³.

A casi veintisiete años de vigencia de este cuerpo normativo, aún existe un casi desapercibido, minúsculo –pero influyente– movimiento de reforma, que considera que el Código Civil ya no puede enfrentar los retos que presenta la sociedad contemporánea. Se debe recordar que esta errónea tendencia se inició poco tiempo después de su promulgación, con la finalidad de corregir algunas pocas imperfecciones. Sin embargo, no han faltado ni faltan voces que proclaman –a nuestro juicio con muy poca consistencia– la idea de modificar sustancialmente el Código Civil.

Así pues, dentro de todo movimiento de reforma, el Libro de las Obligaciones tiene una importancia gravitante, y es que los lineamientos que se adopten sobre él irradiarán a todo el cuerpo legislativo. Sobre este punto consideramos relevante hacer referencia a la experiencia alemana. Como se sabe, el 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán.

Cabe destacar, como lo hace uno de los coautores de este estudio, Felipe Osterling Parodi, que el Libro II del B.G.B. alemán –que trata sobre este tema–, había superado, prácticamente, un siglo de vigencia sin cambios. Luego de múltiples debates y no pocas oposiciones de juristas altamente representativos en Alemania y en Europa, se aprobó la Ley de Reforma, cuyo principal objetivo fue implementar las propuestas de modificación de ciertas partes centrales del Derecho de Obligaciones en el Código, formuladas durante la década de 1980.

Sin embargo, debemos subrayar que la reforma alemana no se produjo con la primera corriente que intentó modificar el Código, sino que ella se verificó más de cien años después de su promulgación.

Por otra parte, la modernización del Derecho de Obligaciones alemán tiene mucho de codificación del Derecho Privado de creación judicial. En efecto, el Código Civil alemán, durante su vigencia por más de un siglo, ha sido depurado y evaluado a través de fallos judiciales que, sólo después de un sólido convencimiento de reforma, permitieron proponer la Ley de Modernización de la que ahora damos cuenta.

Por estas consideraciones, y teniendo siempre presente la reciente experiencia alemana, somos de la opinión de que la trascendencia del Código Civil en nuestra sociedad, justifica que cualquier modificación importante se evalúe con la mayor ponderación y sin apresuramiento alguno.

II. LA “PRESENTACIÓN” DEL NUEVO PROYECTO DE REFORMAS DEL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL, ELABORADO POR LA YA FENECIDA COMISIÓN REFORMADORA

Antes de analizar el articulado que compone la nueva propuesta de modificación al Libro de las Obligaciones de nuestro Código Civil, formulada por la autodenominada “Comisión Reformadora”, creemos que resulta importante comentar la “presentación” que le precede debido a que, a manera de exposición de motivos, se expresan algunas ideas que no se deben dejar pasar para entender a cabalidad la razón de ser de este nuevo intento de reforma.

Así, dicho texto establece que: “Debe señalarse que la reforma que se propone en materia de Obligaciones se circunscribe a aquéllos aspectos cuya modificación o supresión se ha considerado absolutamente indispensable. El propósito ha sido ajustar el contenido de determinadas reglas respecto de las cuales se ha advertido que su sentido no resulta el más recomendable atendiendo a las necesidades del tráfico y del equilibrio contractual”.

³ Ya en anteriores oportunidades, uno de los coautores de este artículo, Mario Castillo Freyre, se pronunció sobre el particular en diversos estudios, escritos con la participación de Verónica Rosas Berastain (CASTILLO, Mario. “Ni urgente ni necesario; más bien defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984”. Lima: Palestra Editores. 2005; y, CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Lima: Palestra Editores, Cátedra Garrigues y Estudio Mario Castillo Freyre. 2007). Asimismo, Castillo Freyre, junto a Rita Sabroso Minaya, escribió: CASTILLO, Mario. “La teoría de los actos propios”. Lima: Palestra Editores. 2006.

Sobre este punto cabe señalar que, tal como veremos al analizar artículo por artículo, la mayoría de las reformas propuestas carecen de esa (y de cualquier otra) urgencia y no resultan, en absoluto, indispensables. Por otro lado, la afirmación de que dichos cambios se ajustan más a las necesidades del tráfico y equilibrio contractual, carece de un análisis y estudio de campo que la confirme. Como es evidente, se sabe que en todo Proyecto de Ley, aparte de la respectiva “Exposición de motivos”, la propuesta debe estar acompañada por un riguroso “análisis costo-beneficio”. En el proyecto bajo estudio dicho análisis simplemente no existe. No se observa, pues, la presencia de cuadros comparativos, estudios econométricos, datos estadísticos, análisis de impacto social, entre otros, que demuestren que las normas, tal cual se encuentran concebidas hoy, tengan una incidencia negativa en el engranaje cuyo objeto es administrar justicia. Es más, tampoco se demuestra que la propuesta vaya a tener una repercusión positiva en nuestra sociedad. Como ya se demostrará, este proyecto tiene su génesis en respetables posiciones doctrinales de quienes lo han elaborado, pero éstas no obedecen —en lo absoluto— a una imperiosa necesidad de modificar el contenido de normas que, no se ha demostrado, vulneren los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, se señala que “[n]o se justifica que diversas soluciones legislativas en materia de obligaciones en el Código Civil de 1984 tengan como sustento únicamente la regla del *favor debitoris*”.

Sobre este punto, lamentamos el hecho de que quienes elaboraron este Proyecto de Reforma desconozcan que existen *diversas* soluciones que siguen la regla del *favor debitoris*, pero también existen muchas otras normas que se inspiran en la corriente del *favor creditoris*.

Creemos que nuestro Código Civil guarda armonía en la concepción de ambas reglas y existe un equilibrio entre ellas pues, de la lectura de su articulado, no se desprende la existencia de una corriente que se pronuncie únicamente por la regla del *favor debitoris*.

De esta forma, el Proyecto de Reforma hace referencia a que el contenido de los artículos 1143, 1171, 1183, 1238, 1333 y 1346 del

Código Civil obedece a una tendencia innecesaria e injusta que favorece al deudor; visión parcial e ignorante de la realidad del código, sobre la que nos ocuparemos posteriormente.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos hacer la salvedad en el sentido de que un buen porcentaje de las propuestas realizadas por el proyecto ya habían sido concebidas por los autores de este ensayo hace más de diecisiete años. Si bien es cierto, esas propuestas fueron fruto de nuestras tentaciones académicas, queremos reafirmarnos en el hecho de que las mismas constituyen, por nuestra parte, meros ejercicios académicos que no tenían el ánimo de convertirse en norma legal.

Por último, cabe hacer mención a las sumillas que el Proyecto de Reforma también propone. Como se sabe, el texto original del Código Civil de 1984 no las contenía, de manera que pese al acierto o no de su formulación (que será analizado cuando se estudie cada artículo), de aceptarse la actual propuesta modificatoria, sin duda se crearía una disparidad y el texto del Código Civil se vería desmejorado, ya que algunos artículos tendrían sumillas oficiales y otros no, con lo que en muchos casos la sumilla agregada no guardaría concordancia con el contenido de cada artículo.

III. EL PRINCIPIO *FAVOR DEBITORIS* EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Habitualmente se entiende por *favor debitoris* aquel principio en virtud del cual, cuando la ley debe tomar una decisión que favorezca al deudor o al acreedor, opta por el primero de ellos.

En ese sentido, muchas veces se habla acerca del principio *favor debitoris*, pero se desconocen sus reales alcances y motivaciones.

Dentro de tal orden de ideas, teniendo en cuenta que el Proyecto de Reforma desea cambiar esta regla que siempre ha sido acogida por nuestra tradición jurídica, creemos necesario, antes de iniciar el análisis exegético del proyecto, establecer cuáles son los contornos de dicho principio y si su aplicación práctica se justifica en nuestra legislación civil.

A. *Favor debitoris* o *favor creditoris*

Una primera interrogante que se puede

formular al abordar este tema, es la relativa a la frecuencia del empleo del principio *favor debitoris*.

En verdad, la respuesta es algo compleja, pues si bien se emplea a menudo este principio en el Código Civil peruano, también es cierto que con frecuencia el código adopta el principio contrario, es decir, el *favor creditoris*.

En buena cuenta, el empleo de estos principios se produce en aquellas circunstancias o supuestos de hecho en los que el legislador debe adoptar una norma y tiene que asignar una consecuencia, deber, carga o prestación a una de las partes de la relación obligatoria.

Como demostraremos, la aplicación de estos principios no constituye una situación excepcional, sino una regla general dentro de la legislación civil peruana, y la misma deviene en natural y no arbitraria, dada la naturaleza de cada una de las figuras e instituciones jurídicas en las que se aplica.

Pretendemos demostrar que no existe, como se ha sostenido indebidamente, una aplicación indiscriminada del *favor debitoris*, pues tantas normas aplican este principio, como preceptos recogen el *favor creditoris*, que es precisamente el principio opuesto, vale decir, aquél en el que se favorece al acreedor y no al deudor. De este modo, resulta falso lo señalado en la presentación del Proyecto de Reforma, en el sentido de que el principio del *favor debitoris* inspire y se encuentre por todo el Código Civil.

En adelante, analizaremos los diversos supuestos en los que el Código Civil peruano de 1984 aplica ambos principios, de manera balanceada, así como el sustento de esa aplicación.

B. Supuestos de *favor debitoris* o *favor creditoris*

1. La teoría del riesgo

El primer caso en el cual el Código Civil peruano tiene que optar entre asignar una consecuencia gravosa al deudor o al acreedor, lo encontramos en los incisos 5 y 6 del artículo 1138, cuando se regula los supuestos de pérdida y deterioro del bien cierto, que se ha obligado a entregar el deudor al acreedor, sin que medie culpa de las partes.

En estos casos, la consecuencia por la que opta el Código Civil, es por hacer perder al deudor de ese bien, la contraprestación que le debía el acreedor.

En otras palabras, si el deudor estaba obligado a entregar el día de mañana su automóvil al acreedor, porque se lo había vendido, y esa noche se lo roban, será evidente que mañana no podrá entregar dicho automóvil, y la consecuencia legal que ha adoptado el Código Civil peruano es que el deudor pierde el derecho a la contraprestación pactada, lo que equivale a decir, en otras palabras, que ese deudor se queda sin su carro y sin el precio que le iban a pagar por él.

Por lo tanto, como puede apreciarse, en este primer caso el Código Civil ha optado por el principio *favor creditoris*, pues los referidos incisos 5 y 6 del artículo 1138, son normas que favorecen claramente al acreedor. Nótese que, incluso, el Código Civil ni siquiera ha optado por hacer compartir el riesgo entre las partes, sino que ha asignado la integridad del mismo al acreedor de la obligación.

Este principio también es adoptado por el Código Civil cuando regula la teoría del riesgo en las obligaciones de hacer (artículo 1156), y en las de no hacer (artículo 1160).

De la misma manera, aplica el *favor creditoris* en las obligaciones alternativas (artículos 1165 y 1166).

Idéntica solución adopta el Código Civil en materia de teoría del riesgo, cuando aborda la materia en el contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1431 y 1433).

2. Presunción de pérdida del bien

El artículo 1139 establece que se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor, es por culpa suya, salvo prueba en contrario.

En este caso, el Código Civil también ha optado por el *favor creditoris*, en la medida en que asigna la presunción de pérdida del bien al deudor, quien naturalmente podrá probar lo contrario.

3. Obligación alternativa o facultativa

Por otra parte, el Código Civil aplica por

primera vez el principio *favor debitoris*, en su artículo 1171, cuando establece que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa.

En verdad, ésta es una típica aplicación del principio *favor debitoris*, en la medida de que se ha querido favorecer al deudor, habida cuenta de que la obligación facultativa representa mayores ventajas para el deudor que la obligación alternativa, ya sea en lo que respecta a las posibilidades de extinción de la obligación por imposibilidad de una de las prestaciones, o a la permanente posibilidad de decidir con cuál prestación se cumple, derecho que el deudor jamás pierde en las obligaciones facultativas.

Sin embargo, el haber adoptado esta solución legal, en verdad ello puede haber constituido un error, ya que dicha norma sólo se aplicará en caso de duda insoluble; y, precisamente, se presentará este caso cuando resulte imposible saber si existe una prestación principal y una prestación accesoria.

4. Obligaciones divisibles o indivisibles

En las obligaciones divisibles e indivisibles se aprecia una notoria aplicación del principio *favor debitoris*.

Decimos esto, pues si la naturaleza de la prestación y el pacto no lo impiden, conforme a los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, el crédito y la deuda se divide entre tantos deudores como acreedores haya; siendo divisible la obligación únicamente cuando su objeto y el pacto de partes así lo dispongan.

Por lo demás, el principio *favor debitoris* también se aprecia en el artículo 1180, cuando se establece el deber de indemnizar una obligación indivisible y mancomunada, en donde se señala que los deudores no culpables sólo indemnizarán al acreedor por la porción del valor de la prestación que les corresponda.

5. Obligaciones mancomunadas y solidarias

En estas obligaciones, el legislador también aplicó el principio *favor debitoris* cuando claramente establece en el artículo 1183 que la solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

También aplica el *favor debitoris* en el artículo 1194, cuando señala que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios, no surte efecto respecto a los demás.

Pero, en el caso inverso, también resultan beneficiados los acreedores, cuando señala que la constitución en mora de uno de los acreedores solidarios, tampoco surte efecto contra los demás.

6. Pago

En materia de pago, las normas del Código Civil son lo suficientemente equilibradas como para establecer el rigor correspondiente con respecto al deudor de la obligación, facilitando el cobro íntegro de la prestación debida, en los términos acordados por las partes o establecidos en la ley; de modo que resulta imposible extraer normas que apliquen el principio *favor debitoris*.

7. Pago de intereses

En sede de pago de intereses, existe una norma en la que el Código Civil opta por el *favor debitoris*. Se trata del artículo 1249, que establece que no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

Sin embargo, esta norma ha sido rebasada por la realidad, habida cuenta de que en 1984, cuando entra en vigencia el Código Civil, los intereses se expresaban en términos nominales, lo que permitía la pacífica aplicación del artículo 1249.

Hoy en día, sin embargo, los intereses se expresan en tasas efectivas, situación que hace posible la aplicación del referido numeral, a menos, naturalmente, que se hubiese pactado intereses en tasa nominal.

8. Imputación del pago

Las normas de imputación del pago favorecen claramente los intereses del acreedor, tanto en lo que respecta al mecanismo de imputación contemplado en el artículo 1256, cuando expresa que sin el asentimiento del acreedor no se imputará el pago parcialmente, o a una deuda ilíquida o no vencida, como en el artículo 1257, cuando se señala que quien deba capital, gastos e intereses no puede, sin

el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

Lo propio ocurre en el numeral 1258 sobre la imputación hecha por el acreedor.

Sin embargo, en la propia sede de imputación del pago, el artículo 1259, relativo a la imputación legal, es una norma que, en algunos casos, favorece los intereses del acreedor y en otros, los del deudor.

Así, favorece los intereses del acreedor, cuando establece que no expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada. En cambio, favorece al deudor cuando establece que entre varias deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor.

9. Novación

En novación encontramos una norma de claro corte *favor creditoris*.

Se trata del artículo 1379, que establece que la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

Decimos que se trata de una norma que favorece al acreedor, en la medida de que evita que cualquier modificación accesorio de la obligación que, por teoría, debería considerarse como un acto novatorio, precisamente no sea considerado como tal, a efectos de que un deudor inescrupuloso no pueda alegar verse liberado de las garantías que aseguraban el cumplimiento de la obligación.

10. Inejecución de obligaciones

En sede de inejecución de obligaciones, el artículo 1329 establece que se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

Ésta es una típica norma *favor creditoris*, pues recoge una disposición contraria a los intereses del deudor, en la medida de que al presumir que el cumplimiento de la obligación obedece a culpa leve de éste, lo obligará a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios previsibles

que resulten como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de tal obligación.

Sin embargo, queda claro que dicha norma faculta la prueba en contrario, la misma que podrá permitir al deudor liberarse de dicha presunción probando que el incumplimiento obedeció a caso fortuito, fuerza mayor o al empleo de la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Es evidente también que dicha norma permite que el acreedor pueda probar que el incumplimiento de la obligación obedeció a dolo o culpa inexcusable del deudor, situación que lo obligaría a indemnizar todos los daños y perjuicios (previsibles e imprevisibles) que se hubiesen ocasionado como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de dicha obligación (argumento del artículo 1321 del Código Civil).

11. Mora

Como se sabe, el Código Civil recoge como regla el principio de la mora por intimación o requerimiento, habiendo relegado la mora automática a supuestos de excepción (artículo 1333).

Esto significa que la regla en esta materia es claramente favorable al deudor, ya que el solo paso del tiempo no interpela por el hombre.

12. Obligaciones con cláusula penal

El régimen de las obligaciones con cláusula penal favorece claramente los intereses del deudor, habida cuenta de que el artículo 1346 permite que el juez, a solicitud del deudor, reduzca equitativamente la pena, cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Esta norma contrasta con lo dispuesto por el artículo 1341, precepto que sólo permite al acreedor reclamar el íntegro de la indemnización de daños y perjuicios, cuando la penalidad pactada sea menor que el total de los daños, en caso se hubiese convenido la cláusula de indemnización por daño ulterior.

13. Cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión

El régimen de cláusulas generales de

contratación y contratos por adhesión, es claramente favorable a la parte que no redactó previamente dichas cláusulas, la misma que puede ser deudor o acreedor.

Esto significa que en esta materia el Código Civil no ha optado ni por el *favor creditoris*, ni por el *favor debitoris*.

En ese sentido, tenemos a las cláusulas abusivas contenidas en el artículo 1398; y a la carencia de eficacia de las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez (artículo 1399).

De igual modo, el artículo 1400, cuando dispone que en los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

Y, finalmente, el artículo 1401, cuando establece que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

14. Excesiva onerosidad de la prestación

En esta materia, el Código Civil, al adoptar la teoría de la imprevisión, favorece los intereses del deudor, pues permite que la justicia contractual se restablezca con el ajuste de la contraprestación o la resolución del contrato (argumento del artículo 1440 del Código Civil).

Estos casos ilustran, a título de ejemplo, que el Código Civil peruano de 1984 combina –de la manera más equitativa y justa posible– la aplicación de los principios *favor debitoris* y *favor creditoris*, contrariamente a lo que señala la ex Comisión Reformadora.

IV. ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL PROYECTO DE REFORMA AL LIBRO DE OBLIGACIONES DE JULIO DE 2011

LIBRO VI LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

TÍTULO I OBLIGACIONES DE DAR

Código Civil de 1984
“Artículo 1133.- El obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1133.- <i>Deber de información</i> El obligado a dar uno o más bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor”.

Sobre la propuesta de reforma esbozada para el artículo 1133 del Código Civil, cabe precisar que tanto en teoría (una interpretación basada en los principios generales del derecho), como en la práctica, el contenido del actual artículo 1133 no merece cambio alguno.

Sería absurdo pensar que el actual contenido del artículo sólo pueda ser aplicado para un conjunto plural de bienes y no para uno solo. Por otra parte, hasta donde tenemos conocimiento, la jurisprudencia nacional no ha emitido fallo alguno en el que sugiera su modificación y es que, tal cual está redactado hoy el artículo, cumple a cabalidad con su función⁴. A nadie en el Perú se le ha ocurrido interpretar este artículo en el sentido de que si sólo se está obligado a entregar un bien cierto, el deudor del mismo no tenga dicho deber de información con respecto al acreedor. Por lo demás, en matemática, los conjuntos pueden tener un solo bien (y siguen siendo conjuntos; es el caso del denominado conjunto unitario) e incluso

⁴ En anterior oportunidad detectamos esta imperfección en el texto del Código Civil, pero sólo como un ejercicio académico o teórico. Sobre este punto ver: OSTERLING, Felipe y CASTILLO, MARIO. “Tratado de las Obligaciones”. Tomo I. Primera parte. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994. p. 307; de otro lado, en un trabajo posterior, CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. p. 716.

ninguno (conjunto vacío). Un poco más de imaginación, señores.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1143.- En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.</p> <p>Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1143.- <i>“Elección en los bienes inciertos</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En las obligaciones con prestación de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al acreedor, salvo que resulte atribuida al deudor o a un tercero por mandato de la ley, por el título de la obligación o por las circunstancias del caso. 2. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

El artículo 1143 del Código Civil vigente dispone en su primer párrafo que en caso de que la obligación verse sobre bienes determinables, de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes.

La postura adoptada por el legislador de 1984 resulta adecuada, ya que ella responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera más rápida y efectiva puede efectuar dicha elección, sin incurrir en mayores gastos. Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Asimismo, se señala que de no corresponder

al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato.

Como se puede observar, la actual redacción y la postura que inspira el contenido del artículo 1143 resulta idónea y no entendemos por qué el Proyecto de Reforma desea variar radicalmente la corriente que desde hace mucho se ha adoptado en este tema. Como ya se dijo, no existe fundamento teórico, práctico, ni histórico que sustente la modificación propuesta.

De otro lado, cabe mencionar que se añade la frase “con prestación de dar” en el texto propuesto por la “Comisión Reformadora”. ¿Acaso alguna vez se ha puesto en duda el sentido de la actual norma? No olvidemos que una obligación tiene por objeto una prestación, la cual, a su vez, puede ser de dar, hacer o no hacer. De esta forma, ¿cuál es la urgencia de reiterar el sentido de una norma que es perfectamente inteligible? La respuesta es obvia: ninguna.

TÍTULO II OBLIGACIONES DE HACER

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1156.- Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1156.- <i>Imposibilidad sin culpa de las partes</i></p> <p>Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la relación obligatoria queda resuelta. En este caso, el acreedor está obligado a pagar la contraprestación por la parte proporcional de la prestación ejecutada y el deudor a devolver el exceso que hubiere recibido. Corresponden al acreedor los derechos y acciones relativos a la prestación imposible”.</p>

El precepto actual establece que el deudor deberá devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Esta norma, en consecuencia, prevé que el riesgo de la contraprestación lo sufre el deudor. Así, cabe preguntarnos otra vez, ¿de dónde se ha sacado la idea de que el Código sólo sigue la regla del *favor debitoris*? Y es que esta norma a todas luces va contra los intereses del deudor.

Ahora bien, el Proyecto de Reforma hace referencia al hecho de que “el acreedor está obligado a pagar la contraprestación por la parte proporcional de la prestación ejecutada y el deudor a devolver el exceso que hubiere recibido”.

De aceptarse esta propuesta, se estaría admitiendo un imposible jurídico, ya que el supuesto de hecho de la norma proyectada es la imposibilidad de la prestación, con lo que cualquier ejecución que se haga resultará inútil para el acreedor.

Sin duda, la redacción del artículo 1156 del Proyecto de Reforma no refleja ese sentido de justicia en el que dice inspirarse. Es más, con lo planteado se favorecería al deudor, pues éste recibiría un pago por la parte proporcional de una prestación ejecutada que es, al mismo tiempo, imposible. Así, ¿dónde se traduce ese ánimo por disminuir las reglas que aparentemente se encuentran concebidas a favor del deudor?

Por otro lado, respecto a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida, ellos corresponderían al deudor. Esta regla, contenida en el actual artículo 1156, acoge el mismo principio –de justicia evidente– que el consagrado por el inciso quinto del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y por el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer. De esta manera, modificar su contenido –tal como pretende el Proyecto de Reforma–, implicaría crear contradicciones en la lectura e interpretación sistemática del Código Civil y permitiría injusticias para con el deudor que es, finalmente, quien debía la prestación que ahora resulta imposible.

CAPÍTULO TERCERO OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE NO HACER

Código Civil de 1984
“Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157”..
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1160.- <i>Remisión</i> Son aplicables a las obligaciones con prestación de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, 1155, 1156 y 1157”.

En principio, debemos manifestar que nos llama poderosamente la atención que el proyecto modifique el título del actual capítulo, el cual ahora denomina como obligaciones “con prestación” de no hacer, y que los Capítulos anteriores mantengan en el proyecto bajo análisis su denominación original (esto es, sin añadir la frase “con prestación”). ¿Dónde está ese ánimo de perfeccionar el contenido de este Libro si es que los títulos que lo componen no guardan concordancia entre sí? Por lo demás, ¿resulta necesario hacer tal precisión sabiendo que toda obligación tiene por objeto una prestación? ¿Alguien lo duda? ¿Alguien lo entiende de otro modo?

Ahora bien, ya dentro del análisis del numeral 1160 del proyecto, la remisión al primer párrafo del artículo 1154, excluyendo la aplicación del segundo párrafo del mismo precepto que se refiere a la mora del deudor en las obligaciones de hacer, revela la intención del legislador de excluir la mora en las obligaciones de no hacer. El artículo 1333 confirma esta tesis, pues sólo considera como supuestos de mora los referidos a las obligaciones positivas, es decir a las obligaciones de dar o de hacer, sin mencionar las obligaciones negativas, esto es las de no hacer⁵.

Así, es evidente que no podría haber mora en una obligación de no hacer, si dicha obligación consistiera, por ejemplo, en guardar un secreto. Si el deudor revelara el secreto en público se produciría el incumplimiento total de dicha obligación, no habiendo lugar a la posibilidad de que el acreedor constituya en mora al deudor, habida cuenta de que ya se

⁵ Esta afirmación se pone en evidencia en el texto del artículo 1333, ya que en la única parte de este numeral

habría producido la inexecución o incumplimiento total de la prestación. Resulta obvio que la mencionada prestación habría devenido en inútil; y, como se recuerda, uno de los requisitos para que exista mora es que el cumplimiento futuro de la prestación todavía resulte de utilidad para el acreedor.

De no resultar útil, mal podríamos hablar de mora; sólo restaría hablar de incumplimiento definitivo de la obligación.

Por otra parte, quienes sustentan la existencia de mora en las obligaciones de no hacer, proponen ejemplos de obligaciones de duración o de tracto sucesivo, como podría ser el caso de una empresa que se obliga a no suministrar determinados productos a ninguna otra, sino solamente a favor del acreedor. En este tipo de obligaciones, resulta claro que la eventualidad de una ausencia de cumplimiento inmediato, o en algún lapso del plazo contractual establecido, no necesariamente determinará que se haya producido un incumplimiento de carácter definitivo o absoluto. Será claro que en estos casos el acreedor podrá conservar todavía interés en que se comience a cumplir, aunque fuere de manera tardía o –incluso– en que se cumpla la obligación de modo parcial.

Dentro de tal orden de ideas, en la medida de que no se habría perdido el elemento de la utilidad en el cumplimiento futuro, aunque tardío, de la obligación, sería posible pensar en una eventual constitución en mora del deudor.

De otro lado, también debemos recordar que sobre este tema, nuestro ordenamiento jurídico, en materia procesal, da algunas luces.

Respecto a los procesos de ejecución, el Código Procesal Civil de 1993, posterior al Código Civil de 1984, toma en cuenta el caso de las obligaciones de no hacer, al prescribir en su artículo 694 que “(...) [s]e puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones:

1. Dar; 2. Hacer; y 3. *No hacer*”. [El énfasis es nuestro.]

El precepto citado se complementa con una normativa especial para los casos de ejecución de las obligaciones de no hacer prevista por los artículos 710, 711 y 712 del referido Código Procesal Civil. Por ejemplo, el artículo 711 establece que “[el] mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo. Vencido el plazo, el Juez hará efectivo el apercibimiento”.

De lo expuesto puede deducirse una modificación a lo dispuesto por la normativa civil, en virtud de lo prescrito por la normativa procesal civil, pues en la primera no se contempla expresamente la aplicación de la mora del deudor a las obligaciones de no hacer y en la segunda sí se permite de manera expresa la ejecución forzada de este tipo de obligaciones, con lo que se aceptaría –implícitamente– la configuración de la mora del deudor en algunas obligaciones de no hacer, naturalmente, cuando su contenido lo permita.

Obviamente, se trata de aquellas obligaciones en las que resulte factible la ejecución de la prestación negativa, aunque sea parcial o tardíamente, por no consistir en una obligación con prestación de no hacer de ejecución instantánea y subsistir el interés del acreedor en el cumplimiento de dicha obligación.

En conclusión, del análisis del Código Procesal Civil se aprecia que, en la práctica, el acreedor puede –perfectamente– hacer valer su derecho de crédito en cierto tipo de obligaciones de no hacer, con lo que se establece la aplicación implícita de la mora del deudor en estos supuestos, de manera que somos de la opinión de que en este caso la propuesta de modificación del Proyecto de Reforma resulta innecesaria.

en que se hace referencia a la naturaleza de la obligación, se expresa lo siguiente:

“(…) No es necesaria la intimación para que la mora exista:

(…)

2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de *entregarse el bien, o practicarse el servicio*, hubiese sido motivo determinante para contraerla”.

[El énfasis es nuestro].

**TÍTULO IV
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y
FACULTATIVAS**

Código Civil de 1984
“Artículo 1161.- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1161.- <i>Obligaciones alternativas. Cumplimiento</i> 1. El obligado a diversas prestaciones alternativas, debe cumplir por completo sólo una o algunas de ellas. 2. Quien deba efectuar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra”

Como se sabe, la obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. En la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran *in obligatione*, lo que equivale a decir que todas ellas son prestaciones principales; ninguna de ellas es accesoria o secundaria.

Se entiende, de acuerdo al principio establecido por el actual artículo 1161, que el deudor sólo deberá ejecutar una de las prestaciones alternativas, pero la prestación que cumpla deberá realizarla íntegramente. No podrá el deudor ejecutar parte de una prestación y parte de otra, ya que es ésta la naturaleza de la obligación alternativa. En consecuencia, en la obligación alternativa existe pluralidad de prestaciones (varias –dos o más– prestaciones), pero unidad en el pago, ya que sólo se tendrá que ejecutar una de ellas.

Así, teniendo esto claro, resulta totalmente innecesario modificar el contenido del actual artículo 1161. Las expresiones “[el] obligado alternativamente a diversas prestaciones”, o “El obligado a diversas prestaciones alternativas”, significan lo mismo. Recordemos que el orden de los factores no altera el producto, y tal como está concebida la norma actual, su interpretación y aplicación será idéntica. ¿O alguien duda de esto?

Por otra parte, el segundo párrafo que añade el Proyecto de Reforma y que señala que “[q]uien deba efectuar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra”, resulta innecesario, en vista de que

su contenido redunda en lo señalado por el primer apartado. Ello, debido a que, como se dijo, la naturaleza jurídica de una obligación alternativa se resume en la pluralidad de prestaciones y la unidad en el pago de la prestación que se haya elegido. Por lo demás, dicho pago combinado resultaría perfectamente posible en caso lo acepte el acreedor.

Finalmente, llama la atención que el Proyecto de Reforma pretenda desnaturalizar la obligación alternativa permitiendo a quien realice la elección cumplir una o más de una prestación.

Es característica de las obligaciones alternativas que se cumpla sólo una prestación; ello, habida cuenta de que las prestaciones están ligadas por la disyunción “o” y no por la conjunción “y”. La propuesta de modificación que plantea el artículo 1161, en realidad regula un híbrido entre la obligación alternativa y la conjuntiva. Obviamente, no estamos de acuerdo con ello. Por lo demás, un pacto de tales características es perfectamente válido, pero será –como corresponde– uno de carácter atípico e innominado (ni obligación alternativa ni obligación conjuntiva).

Código Civil de 1984
“Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1162.- <i>Elección</i> 1. La elección corresponde al acreedor, salvo que resulte atribuida al deudor o a un tercero por mandato de la ley, por el título de la obligación o por las circunstancias del caso. 2. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144”.

En esta norma se establece que la elección de la prestación corresponde, en principio, al deudor. Naturalmente, cabe pacto en contrario; en tal caso, las opciones a escoger por las partes serán que la elección corresponda al acreedor o que la elección corresponda a un tercero designado por las partes.

Como se observa, lo pretendido por la “Comisión Reformadora” hoy en día es perfectamente factible a través de un simple acuerdo entre las partes. Esto no está prohibido. El artículo 1161 no es imperativo y ofrece todas las posibilidades existentes; sólo es necesario el convenio del deudor y acreedor. Así, pues, ¿resulta absolutamente necesaria dicha modificación? Creemos que es evidente que no.

Código Civil de 1984
“Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1171.- <i>Caso de duda</i> En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa”.

Sobre este punto, queremos señalar que pese a las bondades históricas y teóricas que inspiraron la actual opción legislativa, hoy tenemos dudas sobre las ventajas de la solución adoptada por el Código Civil en el artículo 1171. Decimos esto, pues en el supuesto de encontrarnos frente a una duda insoluble en torno a si una obligación es alternativa o facultativa, ocurrirá –entre otros conceptos– que no resultará clara la existencia de una prestación principal y de otra accesoria.

Ello, porque si fuera clara la situación, no habría duda alguna y la obligación debería haber sido calificada como facultativa.

Pero si existe esa duda insoluble, entonces no se sabrá cuál de las dos prestaciones es la principal y cuál es la accesoria. Es más, no se sabrá siquiera si existe una prestación principal o si las dos tienen similar jerarquía jurídica (si las dos son principales).

Dentro de tal orden de ideas, en la duda insoluble, el aplicar lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil y considerar a la obligación como facultativa, nos llevaría a la necesidad de calificar a una de las dos prestaciones como principal y a la otra como accesoria, que es, precisamente, lo que tal

vez no se pudo hacer antes y lo que motivó –al encontrarnos en un supuesto de duda insoluble– la aplicación del artículo 1171 del Código Civil.

Por lo expuesto, nosotros hemos sostenido desde hace algunos años⁶ que la solución del código peruano tal vez debió ser la inversa, pero de allí a sostener que un caso tan exótico como éste genere la imperiosa necesidad de modificar el Código Civil, hay siete abismos.

TÍTULO VI OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Código Civil de 1984
“Artículo 1174.- El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1174.- <i>Beneficio de la división</i> El beneficio de la división no puede ser opuesto por el sucesor del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encuentre en posesión del bien debido, si éste es cierto y determinado”.

La propuesta de modificación del artículo 1174 del Código Civil, sigue la línea de pensamiento expuesta en un trabajo anterior elaborado por uno de los coautores de este artículo, a través del cual se pronunció sobre el verdadero contenido que este numeral debía tener⁷.

Así, creemos que resulta acertado que, en primer lugar, se considere que el actual tercer supuesto constituye un imposible jurídico. Sin embargo, su presencia en la ley no resulta peligrosa. Jamás se ha producido un problema real en torno a este particular, simplemente es una precisión teórica de poca o nula relevancia práctica.

Además, se hace la precisión de que se trata de un bien cierto y determinado, pues de lo contrario, en virtud del aforismo romano

⁶ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores. 2008. pp. 246 y siguientes.

⁷ CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas” Op. cit. p. 736.

genus nunquam perit, el cumplimiento de la obligación resultaría posible. Esto, que también fue dicho por nosotros en su oportunidad, es obvio y, por tanto, de innecesaria precisión legislativa.

Finalmente, se propone variar la expresión “cosa” por la palabra “bienes”, a fin de guardar uniformidad con la terminología empleada a lo largo de todo el Código Civil peruano. Esto, lo juzgará el lector, resulta sencillamente irrelevante.

Recomendamos a la “Comisión Reformadora” que tome los comentarios doctrinales consignados en las numerosas publicaciones que hemos efectuado hasta la fecha como simples enseñanzas legales. Ellos tienen por objeto enriquecer el sentido de las normas legales, no degradar el Código con su inmediata traducción legislativa.

Código Civil de 1984
“Artículo 1180.- La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1180.- <i>Inejecución</i> La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar los daños irrogados al acreedor. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”

La propuesta realizada por el Proyecto de Reforma de la “Comisión” resulta injusta para con el o los deudores que hubieran estado dispuestos a cumplir con la prestación materia de la obligación, ya que pese a tener el ánimo de pagar quedan obligados por el íntegro de la indemnización.

Si bien la segunda parte del artículo propuesto resulta coherente, ya que es justo que el codeudor no culpable que pagó tenga derecho

al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización que corresponda, ella no constituye novedad alguna, pues esto siempre se ha entendido así⁸.

Código Civil de 1984
“Artículo 1181.- Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204. Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1181. <i>Remisión</i> 1. Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204. 2. Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, con excepción de lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, 1191, 1200, 1201 y 1202”.

La actual redacción del artículo 1181 en vigencia es errónea. Decimos esto, debido a que el problema surge cuando la obligación es indivisible y solidaria, ya que para estos casos el Código prevé, en el segundo párrafo del artículo 1181, que se aplican por remisión las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. Dicho en otras palabras, las obligaciones indivisibles se regirían exactamente por los mismos preceptos de las obligaciones solidarias, con la única excepción de que la indivisibilidad, a diferencia de la solidaridad, haría que aquella operara respecto de los herederos del acreedor o del deudor.

Aquí, en nuestra opinión, el código incurre en una inexactitud, pues a las obligaciones indivisibles, por su naturaleza, no se les puede aplicar todas las reglas de la solidaridad a las que alude el citado artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil, no obstante que se trata de obligaciones indivisibles y solidarias.

En ese sentido, la propuesta de modificación resulta teóricamente coherente, ya que en virtud del nuevo precepto se señalaría,

⁸ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 306 y siguientes.

con toda claridad, las normas aplicables al complejo tema de las obligaciones que son simultáneamente indivisibles y solidarias, sin colisionar con la naturaleza jurídica de esas dos instituciones. Sin embargo, ella no es necesaria, pues antes y después de que quienes escribimos estas páginas advirtiésemos este tema, el medio jurídico lo ha venido interpretando así. Por lo demás, ¿acaso podría sostenerse lo contrario?

Por otro lado, cabe señalar que numerosos códigos identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad, desconociendo que la naturaleza de ambas instituciones es diferente. Otros códigos, como el italiano en su artículo 1317, disponen que las reglas de las obligaciones solidarias rigen, en cuanto sean aplicables, las obligaciones indivisibles, pero sin decidir cuándo son aplicables y cuando no. Otras legislaciones son pulcras al regular la solidaridad, pero extremadamente parcas con la indivisibilidad.

Ninguna de estas soluciones, en nuestra opinión, es satisfactoria. Unas, porque identifican las consecuencias de la indivisibilidad y de la solidaridad, olvidando su distinta naturaleza. Otras, por su imprecisión al remitir ciertas normas de la solidaridad, sin mencionarlas, como aplicables a la indivisibilidad. Y otras, finalmente, por su silencio. Por ello, el texto del artículo 1181 del Código Civil peruano, disipa dudas y evita el antiguo debate sobre la naturaleza jurídica de la indivisibilidad y de la solidaridad para determinar las reglas de las obligaciones solidarias aplicables cuando ellas son también indivisibles⁹.

TÍTULO VI OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

Código Civil de 1984

“Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1183.- *Presunción de solidaridad pasiva. Pluralidad de acreedores*

1. Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.
2. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente”.

Lo primero que debemos resaltar en nuestro análisis es que la modificación de esta norma constituye un anhelo largamente acariciado por el Análisis Económico del Derecho.

Si revisamos el texto exacto de la propuesta del nuevo Proyecto de Reforma, encontramos que en su primer párrafo establece como regla la presunción de solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación (contrato).

La “Comisión” considera indispensable invertir la presunción existente, de modo que ahora se presuma la solidaridad, pero únicamente para los deudores. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.

Esto significa que si estuviésemos frente a una obligación en la cual no existiera ninguna referencia de las partes con respecto a la solidaridad o mancomunidad, los codeudores se presumirán codeudores de obligación solidaria, mientras que entre los coacreedores habría mancomunidad. Es decir, tendríamos una obligación de deudores solidarios y de acreedores mancomunados.

Y esto también nos llevaría a que para que exista solidaridad en ambas partes, en tanto ya se presume la solidaridad de los codeudores, tendría que pactarse la solidaridad de los acreedores.

Lamentablemente, el Proyecto de Reforma no ofrece una verdadera explicación según la cual sea conveniente presumir una y no presumir la otra.

Como en realidad no creemos que siquiera

⁹ Fuimos nosotros quienes en 1994 advertimos esta inconsistencia en el Código Civil. Así, en diversas oportunidades nos expresamos en similares términos: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 193-197; CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 738; y, OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 309 y siguientes.

exista una razón valedera sobre la cual pueda fundamentarse una modificación como ésta, juzgamos más apropiado dedicar unas líneas a explicar el por qué no debería presumirse la solidaridad en el derecho peruano, sino la mancomunidad (como ocurre hoy en día).

La razón de ser del precepto contenido en el actual artículo 1183 del Código Civil, radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, hoy la ley ni siquiera permite que de la interpretación del acto o norma legal constitutivo de la obligación, se deduzca la solidaridad a través de un proceso lógico, sino que exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

Partiendo de lo anterior, consideramos que el error más grave del Proyecto de Reforma es que pretende modificar una norma que hoy resulta clara, por una que crea distinciones injustificadas y que deviene en injustamente onerosa para los deudores.

El vigente artículo 1183 constituye, entonces, una norma que no se presta a confusiones, al señalar que la solidaridad –sea ésta pasiva o activa– no se presume, de modo tal que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

En todo caso, y esto queremos resaltarlo, lo cierto es que el día de hoy, con la vigencia de la presunción establecida por el artículo 1183; es decir, presumiéndose la mancomunidad y no la solidaridad, no existen problemas, porque cuando se quiere pactar la solidaridad, las partes lo hacen de manera expresa¹⁰.

En la legislación peruana es indispensable que la solidaridad conste expresamente. ¿Y esto qué significa? Pues que al igual que en el tema de las obligaciones divisibles e indivisibles, el ordenamiento jurídico nacional no parte de la idea de que las obligaciones de sujeto plural, sobre todo aquéllas en las que exista pluralidad de deudores, deban tener una regulación que sea lo más gravosa o perjudicial para los referidos codeudores.

En otras palabras, así como en sede de obligaciones divisibles e indivisibles la regla es la divisibilidad y la excepción está constituida por la indivisibilidad, en sede de obligaciones mancomunadas y solidarias la regla es la mancomunidad y la excepción es la solidaridad.

La solidaridad constituye, pues, una excepción al Derecho común: el principio general es la división de la deuda entre los que se obligan conjuntamente; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse como mancomunada.

Así, la razón del citado precepto radica en la grave onerosidad que representa para dos o más deudores obligarse ante uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, la ley ni siquiera permite que la solidaridad se deduzca, a través de un proceso lógico, de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación, sino exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

El principio de no presunción de la solidaridad es muy antiguo. El Código nacional lo ha seguido por considerar que la solidaridad no constituye una situación normal en las obligaciones. Lo normal es que una obligación sea mancomunada. Toda obligación, a menos que la ley, el pacto o la voluntad unilateral la constituyan en solidaria, nace mancomunada. Entonces, si la regla es que toda obligación nazca con el carácter de mancomunada, ¿cómo podríamos aducir que en la duda se presuma solidaria?

Como podemos apreciar, la solidaridad es algo muy serio. La condición de codeudor solidario de una obligación, no es una circunstancia graciosa que pueda asignarse voluntariamente a las personas a manera de juego o por puro placer.

Esta característica también es resaltada por la jurisprudencia nacional¹¹, cuando señala que “[l]a norma contenida en el artículo 1183

¹⁰ En similares términos se pronunció anteriormente uno de los coautores de este ensayo: CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 739; y, CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. pp. 393 y siguientes. Posteriormente, OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 322 y siguientes.

¹¹ Casación N° 857-2002-Lima.

del Código Civil expone que la estipulación de la solidaridad sea expresa; en este sentido el Código sustantivo remarca e impone la necesidad de la declaración expresa, puesto que los efectos que emergen de la solidaridad son de tal gravedad, sobre todo tratándose de la solidaridad pasiva, que es medida plausible tal exigencia”.

No cabe duda que el hecho de ser codeudor solidario de una obligación implica, junto con la circunstancia de ser codeudor indivisible de una relación obligatoria, una de las circunstancias más graves en las que pueda encontrarse un codeudor.

Pero en muchos aspectos la condición de codeudor de obligación solidaria viene a ser más gravosa o severa que la condición de codeudor de prestación indivisible.

Dentro de tal orden de ideas, es que el ordenamiento jurídico nacional se ha cuidado de establecer con pulcritud en el artículo 1183 del Código Civil (norma que como ya hemos señalado resulta aplicable supletoriamente a todos los casos de solidaridad regidos por todas las áreas del derecho nacional), que la solidaridad no se puede presumir, indicando también aquellos casos en los cuales una obligación tiene la condición de solidaria.

Código Civil de 1984
“Artículo 1184.- La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1184.- <i>Pluralidad de vínculos. Modalidades distintas</i> 1. La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores. 2. Tampoco queda excluida la solidaridad si la obligación no es válida respecto de uno de los deudores o acreedores.

3. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo”.

En principio, cabe señalar que la “Comisión Reformadora” no señala el motivo por el cual agregó este innecesario segundo párrafo al texto del actual artículo 1184 del Código Civil.

¿Quién ha dudado en nuestro país, en estos casi veintisiete años de vigencia del Código Civil, que tampoco queda excluida la solidaridad si la obligación no es válida respecto de uno de los deudores o acreedores?

Sería el caso, por ejemplo, de que la obligación pueda ser nula para un solo codeudor o coacreedor (podríamos pensar en el hecho de que uno de ellos es menor de edad), pero perfectamente válida para los demás.

Como ya se ha advertido a lo largo de este ensayo, una vez más no se entiende el alcance que el referido Proyecto de Reforma le desea otorgar a esta norma, añadiendo algo que resulta obvio.

Código Civil de 1984
“Artículo 1185.- El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1185.- <i>Principio de prevención</i> 1. El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no haya sido emplazado judicialmente por alguno. En tal caso, se libera sólo por el pago hecho al acreedor demandante. 2. El acreedor que cobra la deuda responde ante los demás acreedores por la parte que les corresponde en la obligación”.

Como se sabe, existen tres clases de solidaridad: la solidaridad activa, la solidaridad pasiva y la solidaridad mixta.

La solidaridad activa, poco usual, es aquella en la que existe pluralidad de acreedores solidarios ante un deudor común. Esta clase de solidaridad nace de la voluntad de las partes, aunque, teóricamente, también podría ser legal.

El artículo 1185 regula de manera coherente y justa cómo este tipo de obligación solidaria se cumple.

Sin embargo, una vez más, no entendemos el sentido que le desea dar a la norma el Proyecto de Reforma. Es decir, si el deudor ha sido emplazado judicialmente por alguno de los acreedores, ¿no podrá efectuar el pago a cualquiera de dichos acreedores, incluyendo a quienes no lo demandaron? Es esto coherente y justo. Por ello, el Código Civil de 1984 no acogió el principio de prevención, el mismo que se estimó injusto e inútil.

A través del referido principio de prevención, el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, siempre y cuando antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, caso en el cual deberá efectuar el pago a este último. No obstante ello, cabría que las partes pactasen, al momento de constituir la obligación, que regiría dicho principio, basado en la autonomía de la voluntad.

Cabe señalar que respecto del aludido principio de prevención, no está de acuerdo la doctrina sobre el origen de tal derecho acordado a cada uno de los coacreedores solidarios, ejercido el cual por uno de ellos, quedan los otros como no existentes; puede ser más o menos común la explicación que lo vincula a los efectos extintivos de la *litis contestatio* romana, según los cuales, una vez que uno de los dos *rei stipulandi* había intentado la acción, era inútil que el deudor ofreciese la suma al otro, de modo que la *litis contestatio* extinguía la acción respecto de todos los acreedores y operaba una novación por medio de la cual el deudor no quedaba obligado respecto del actor, sino por consecuencia de la *actio iudicata*¹².

Creemos que no resulta imprescindible modificar el contenido actual del artículo 1185. Es más, la propuesta que se formula resulta poco atinada. De aceptarse, se estará prohibiendo al deudor que cumpla con la obligación con respecto a cualquier acreedor, por el hecho de haber sido demandado por alguno de los acreedores. Es evidente que el o los acreedores buscan, al demandar al deudor, precisamente que cumpla con su obligación.

Por otro lado, el Proyecto de Reforma pretende incluir un segundo párrafo en el artículo 1185, a través del cual se establece que el acreedor que cobra la deuda responde ante los demás acreedores por la parte que les corresponde en la obligación. Si bien es cierto, esto no se encuentra regulado por el actual Código Civil, ¿acaso alguna vez se ha entendido algo distinto? Sinceramente no comprendemos ese afán de convertir al Código Civil en un reglamento que pretenda contener todo.

Creemos, sin lugar a dudas, que el texto del numeral 1185 es mucho más justo que lo propuesto en el proyecto, y, por lo demás, guarda coherencia con lo que el sentido de una obligación solidaria pretende.

Código Civil de 1984
“Artículo 1192.- A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1192.- <i>Defensas oponibles</i> A cada uno de los acreedores solidarios puede oponérsele sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los acreedores. A su turno, cada uno de los deudores solidarios puede oponer sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los deudores”.

Como se sabe, en el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios de la voluntad, el haber pagado, etc. Las segundas, o sea las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de incompetencia.

Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que la ley hable de

¹² Sobre este particular, para mayor abundamiento recomendamos al lector la lectura de nuestra obra: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Op. cit. p. 115 y siguientes.

excepciones comunes a todos los deudores y de excepciones propias de cada uno de ellos.

En ese entender, creemos que la propuesta realizada por el Proyecto de Reforma resulta totalmente prescindible, en la medida de que sólo implica una redacción distinta de la norma en vigencia, la misma que reviste plena claridad para cualquier abogado medianamente listo.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1194.- La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás. La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1194.- <i>Mora</i> La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible. El codeudor o coacreedor no culpable tiene derecho al reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.</p>

La presente propuesta de reforma establece una enorme injusticia. La lógica y el sentido común nos enseñan que cuando se reclama el pago a alguien y éste decide no pagar, los efectos de esa decisión no pueden extenderse a otros a quienes no se les otorgó la posibilidad de decidir entre pagar o no.

¿Cómo justificar que se extiendan los efectos de la mora a un sujeto al que jamás se le solicitó el pago? Pues, como veremos más adelante, esta norma va de la mano con la propuesta que efectúa la “Comisión Reformadora” en el sentido de instaurar como regla del artículo 1333 la mora automática. Pero en el terreno de la justicia, lo que se propone hacer con el artículo 1194 es injustificable; y esto por una razón muy sencilla. Si nosotros entendiésemos que los efectos del no pago se esparcen o se propagan a aquellos codeudores a quienes el acreedor o los coacreedores no hubiesen reclamado el pago, estaríamos asumiendo

que esos otros codeudores tampoco habrían pagado en la eventualidad de haberseles reclamado.

Pero lo real e innegable es que no tenemos por qué asumir que ellos no hubiesen pagado en tal situación, por la sencilla razón de que nunca se les reclamó.

A esto debemos agregar que con la propuesta de modificación anotada se comete el grave error de generalizar, de creer que los deudores o acreedores solidarios siempre asumen la obligación bajo la misma modalidad, lo cual no es cierto.

Así, se pueden presentar supuestos en los cuales, a pesar de que los deudores o los acreedores sean solidarios, hayan asumido la obligación bajo modalidades diferentes, entre las que podrían encontrarse, por ejemplo, el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduciría a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás.

La modificación que se propone no enmienda nada; lo único que hace es desnaturalizar la figura de la mora, en aras de una búsqueda desmedida por acabar con cualquier rezago de lo que se considera un precepto que favorece al deudor, no importando si en ese afán se generan situaciones injustas donde, además, prevalezca la inseguridad jurídica¹³.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1195.- El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1195.- <i>Inejecución</i> El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de pagar solidariamente la indemnización. El codeudor no culpable</p>

¹³ En similares términos se pronunció con anterioridad uno de los coautores de este trabajo, Mario Castillo Freyre. Ver CASTILLO FREYRE, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. p. 397.

que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

El artículo 1195 del Código Civil peruano prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida. Esto quiere decir que la integridad de codeudores, incluso aquéllos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común.

De acuerdo a lo prescrito por el citado artículo 1195, cuando la obligación es imposible por culpa de alguno(s) de los codeudores solidarios, subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responden el culpable o los culpables.

Esto resulta de lógica y justicia evidentes. ¿Por qué se pretende modificar una norma como la citada? Lo peor es que se le pretende dar un sentido totalmente opuesto al que ahora posee. Decimos esto, debido a que se está castigando de manera innecesaria a quien no tuvo la culpa del incumplimiento de la obligación, haciéndole pagar la indemnización y luego otorgándole la posibilidad de que los deudores culpables le reembolsen lo pagado injustamente. Es decir, se le está imponiendo un doble castigo, ya que por un lado tendrá un conflicto al pagar al acreedor y, además, deberá lidiar con los otros deudores para que le reembolsen lo pagado. Sin duda, un contenido nada práctico y por lo demás engorroso y altamente injusto.

Código Civil de 1984

“Artículo 1196.- Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1196.- *Interrupción de la prescripción*
Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno

de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible”.

Lo establecido por el Proyecto de Reforma resulta totalmente innecesario, y ello porque se entiende, y siempre ha sido así, que sólo se puede solicitar el cumplimiento de una obligación cuando ésta sea exigible.

De esta forma, creemos que lo añadido por el Proyecto de la “Comisión Reformadora” resulta innecesario y es evidente que no constituye modificación indispensable alguna.

Código Civil de 1984

“Artículo 1197.- La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1197.- *Suspensión de la prescripción*

1. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.
2. Sin embargo, el deudor que pagó tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción contra el acreedor. A su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación”.

Una vez más, el Proyecto de Reforma de la “Comisión” cae en ese afán de modificar la redacción de una norma que es perfectamente inteligible y, por lo demás, justa.

El actual artículo 1197 señala que el deudor

constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. De otro lado, el Proyecto de Reforma establece que el deudor que pagó tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción contra el acreedor.

Como se puede observar, en ambos casos el deudor paga y en ambos casos tiene la posibilidad de solicitar a los codeudores que le restituyan lo que por derecho le corresponde. Así, ¿cuál es la razón para modificar una norma a través de un proyecto que dice lo mismo? ¿Resulta acaso eso realmente indispensable? Es evidente que no.

Código Civil de 1984
“Artículo 1198.- La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción. La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1198.- <i>Renuncia a la prescripción</i> 1. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho a reembolso contra los codeudores favorecidos con la prescripción declarada. 2. La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás”.

Una vez más, el Proyecto de Reforma busca modificar el actual contenido de una norma, diciendo lo mismo pero de manera diferente.

En ambos casos, el deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho al reembolso contra los codeudores favorecidos con la prescripción declarada. ¿Qué de indispensable tiene cambiar esta norma, si en ambos casos se dice (y se entiende) lo mismo?

Código Civil de 1984
“Artículo 1204.- Si alguno de los codeudores

es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1204.- *Insolvencia*

1. Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, incluyendo al que hizo el pago, de acuerdo con sus intereses en la obligación.
2. Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.
3. El deudor solidario que soporta la insolvencia de otro, conserva el derecho a reclamarle posteriormente el reembolso de lo pagado, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

El primer párrafo del Proyecto de Reforma añade la frase “incluyendo al que hizo el pago”. Esto nos parece evidente, y así se desprende de la actual redacción del numeral 1204, porque si esta norma señala que “su porción se distribuye entre los demás”, **se refiere a todos los otros codeudores**. El tema está tan claro, que aquí no hay nada que aclarar.

De otro lado, el tercer párrafo también resulta innecesario, ya que este derecho, sin necesidad de mencionarlo expresamente, se encuentra vigente y apto para que sea exigido cuando el deudor así lo considere oportuno.

TÍTULO V TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO ÚNICO CESIÓN DE DERECHOS

Código Civil de 1984
“Artículo 1207.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1207.- <i>Formalidad</i> 1. La existencia y contenido de la cesión pueden probarse por cualquiera de los

medios que permite la ley, pero si se hubiere celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

2. Cuando la cesión se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad”.

El actual contenido del primer párrafo del artículo 1207 tiene por finalidad otorgar certeza jurídica respecto a la celebración de una cesión. Nada impide que dicho acto se protocolice y hasta se inscriba en el registro correspondiente. Sin embargo, lo que propone el Proyecto de Reforma contraviene frontalmente esa seguridad jurídica que el actual artículo 1207 pretende brindar.

Dice el proyecto que la cesión se puede probar por cualquier medio que permite la ley. Con esto se arrebata la certeza jurídica que esta figura, de tanta importancia, debe poseer.

De otro lado, el segundo párrafo del proyecto establece, *contrario sensu*, que cuando la cesión no se celebre a título de liberalidad, no deberá formalizarse por escrito. Nos preguntamos, ¿no es lógico que cuando exista una cesión a título oneroso, ésta deba celebrarse por escrito? ¿Qué sentido tiene hacer la distinción entre una cesión celebrada a título de liberalidad y otra celebrada a título oneroso? Lo importante, en todos estos casos, es que el deudor cedido tenga la certeza documental del acto de cesión. En ese sentido, la formalidad escrita resulta de enorme valía y utilidad para comprobar que quien está pretendiendo cobrar es, en verdad, el nuevo acreedor. Una vez más, el proyecto yerra al pretender modificar una norma que, tal cual se encuentra hoy concebida, es justa y salvaguarda la seguridad jurídica que toda cesión debe tener.

Código Civil de 1984

“Artículo 1209.- También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1209.- *Cesión de derechos sucesorios*

1. Los herederos y legatarios de parte alícuota pueden ceder total

o parcialmente sus derechos de participación en la sucesión indivisa.

2. El cesionario sucede al cedente en las obligaciones patrimoniales sucesorias de éste.
3. En la cesión que se haga sin especificación de los bienes y derechos que componen la sucesión indivisa, se responde sólo como enajenante de cosa ajena si no fuera cierta la calidad sucesoria.
4. Salvo disposición testamentaria distinta, los coherederos y, en su caso, colegatarios, tienen preferencia absoluta entre sí, y de acuerdo a su cuota, para la adquisición de la cuota indivisa que uno de ellos desee transferir por cualquier título a quien no sea cosucesor.
5. Si la cesión a quien no sea cosucesor es a título oneroso, se aplican las disposiciones del retracto en cuanto sean pertinentes”.

El artículo 1209 constituye una norma que no ofrece problema alguno. Un precepto que no ofrece conflictos no tiene por qué ser modificado; después de todo, ¿para qué pretender “arreglar” algo que funciona muy bien?

Sin embargo, parece que esto no está claro para la “Comisión Reformadora”, ya que con su propuesta se señala que una norma que no ofrece dificultades y que, evidentemente, contempla el principio general de la posibilidad de ceder derechos sucesorios o derechos hereditarios, debe ser modificada, complicándola por medio de su reglamentación.

Así, la modificación que dice ser absolutamente indispensable, no es sino una manifestación más de la mala práctica de querer establecer, uno por uno, los supuestos que la norma vigente ya abarca de manera general.

¿Cuál es la necesidad de detallar los derechos sucesorios que se pueden ceder? Pues ninguna.

El inciso 1 que se propone, establece que los herederos y legatarios de parte alícuota pueden ceder total o parcialmente sus derechos de participación en la sucesión indivisa. ¿Acaso esto no calza en el supuesto del actual artículo 1209, que establece que también puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado?

De la misma manera, al estipular el inciso 2 que el cesionario sucede al cedente en las obligaciones patrimoniales sucesorias de éste, ¿no estamos en presencia del mismo supuesto que regula el actual artículo 1209?

Finalmente, los supuestos de hecho regulados en los incisos 3, 4 y 5 son más que evidentes. Nuevamente, el Proyecto de Reforma cae en la reiteración y en ese ánimo de regular de manera innecesaria algo que siempre se ha tenido claro.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1210.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.</p> <p>El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1210.- <i>Nulidad e ineficacia de la cesión. Excepciones</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La cesión será nula cuando se opone a la ley o a la naturaleza de la obligación o de su objeto. Será ineficaz si se opone al pacto con el deudor, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente. 2. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión no es oponible al cesionario, salvo que conste del instrumento por el que se constituyó la obligación o se pruebe que el cesionario conocía dicho pacto al momento de la cesión”.

La norma vigente establece tres supuestos en los cuales la cesión de derechos no se encuentra permitida. Ellos son los siguientes:

- Cuando se oponga a norma legal de carácter imperativo o prohibitivo.* Este supuesto no requiere mayor explicación.
- Cuando se oponga a la naturaleza de la obligación.* El segundo caso en el cual no se puede ceder sin asentimiento del deudor, es aquel en que la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor.

No importa si la obligación es *intuitu personae* con respecto al deudor, pues

en definitiva el deudor no cambia como consecuencia de la cesión; es siempre el mismo y, además, tiene que ejecutar la misma prestación. Sin embargo, sí resulta relevante, a efectos de determinar si se requiere o no del asentimiento del deudor cedido, si la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor, es decir, si en esa obligación sí resulta significativo quién es el acreedor, en la medida en que posee ciertas condiciones o cualidades personales.

Si el deudor es un pintor famoso y el acreedor le ha encargado pintar un paisaje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no interesa en realidad quién sea el acreedor pues, cualquiera que fuere, únicamente podrá exigir el cumplimiento de la prestación pactada originalmente. El acreedor cesionario no podría exigir que el deudor pintara otro paisaje, debido al principio de identidad. La cesión del crédito sería, en estricto, irrelevante para el deudor cedido.

Por el contrario, sí sería importante si se hubiera pactado, por ejemplo, que el deudor cedido tuviera que representar un monólogo ante el acreedor, que es un famoso productor de cine que podría abrirle las puertas en el mundo de la actuación. En ese caso, la cesión del crédito es relevante para el deudor si el cesionario le cede su crédito a un perfecto desconocido que nada sabe de interpretación.

- Cuando exista pacto celebrado entre el acreedor y el deudor de la obligación por el cual se prohíba que el acreedor ceda sus derechos a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.* Dentro de este último supuesto, el Código nacional establece que el pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión, es oponible por el deudor en dos casos: (i) al cesionario de buena fe (aquel que desconocía la existencia de la cesión), si constase dicha prohibición en el instrumento por el que se constituyó la obligación; y, (ii) si se prueba que el cesionario conocía la prohibición o restricción al tiempo de concertarse la cesión de derechos.

Debe entenderse que este segundo caso no constituiría una hipótesis en que el cesionario hubiera actuado de buena fe, ya que, tal como se establece en la última parte del segundo párrafo del artículo 1210, se le podría oponer la excepción de *incesibilidad* si se probase que tal cesionario conocía, al tiempo de celebrarse la cesión de derechos, la existencia de la prohibición.

Como la norma prescribe que el deudor podría oponerse a la cesión si él y el acreedor hubieran celebrado un pacto por el cual se prohibía ceder el crédito, si aquella se realizara, sólo sería válida en el supuesto en que el deudor lo consintiera.

Entonces, si el deudor y el acreedor hubieran pactado la prohibición de ceder el crédito, para que el acreedor ceda el crédito necesitará del asentimiento del deudor, con lo cual la cesión para su validez se convierte en un acto de carácter trilateral, porque en ese acto tienen que participar tres partes: el deudor cedido, el acreedor cedente y el tercero cesionario.

La participación del deudor cedido en el acto de cesión eliminaría el pacto de prohibición de ceder.

Como se puede observar, la actual redacción del artículo 1210 abarca tanto los supuestos de invalidez como de ineficacia. Ambos son aspectos estructurales y funcionales que siempre estarán presentes en un acto como el de la cesión. Así, resulta innecesario modificar este artículo de la manera como establece el Proyecto de Reforma, ya que éste, una vez más, pretende reglamentar una prohibición que es clara, práctica y muy eficaz.

Por otro lado, se propone la modificación del segundo párrafo del artículo 1210, sugiriéndose que se elimine la expresión “buena fe”.

Debemos admitir que en este caso sí se estaría corrigiendo un error del legislador de 1984; no obstante, creemos conveniente señalar que, en realidad, a nivel de operadores jurídicos, dicho error no genera inconvenientes, de donde se sigue que la modificación, aunque acertada, no sería indispensable¹⁴.

Código Civil de 1984
“Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1216.- <i>No liberación del deudor</i> El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.

El Proyecto de Reforma suprime la referencia al caso de la aceptación de la cesión por parte del deudor (cedido) en el supuesto en que para la validez de la cesión sea necesaria la aceptación del deudor cedido.

Entonces, se dice que no debería incluirse la frase “o de la aceptación”, en la medida en que si se requiriese de aceptación para que se produzca la cesión, es decir, para que ésta sea válida, en realidad, con todo derecho, ese deudor habría podido pagar a su acreedor de siempre, con lo cual no habría infringido ninguna norma, a pesar de que hubiese tenido conocimiento de la cesión realizada; cesión que, por requerir el asentimiento de él, es decir, por ser una cesión tripartita, no era una cesión que pudiese serle opuesta al deudor cedido.

No obstante, la modificación planteada es inútil, pues la afirmación contenida en el artículo en vigencia es cierta y no ofrece dificultad alguna.

¹⁴ En este mismo sentido se pronunció uno de los autores de este ensayo, Mario Castillo Freyre. Ver: CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. p. 402.

SECCIÓN TERCERA
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO II
PAGO

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

Código Civil de 1984
“Artículo 1221.- No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1221.- <i>Indivisibilidad del pago</i> 1. No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. 2. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir al acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda. 3. Se entiende por parte líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas sólo con los datos que proporcione el título de la obligación”.

Un Código Civil no tiene por objeto otorgar significado a determinadas instituciones o términos jurídicos que en la práctica académica y profesional resultan de significado inmensamente conocido. No tiene por qué hacerlo, ya que ésa no es su función.

Al parecer, el Proyecto de Reforma no tiene esto claro. Una vez más, no creemos que esta modificación resulte ni necesaria ni mucho menos indispensable; por el contrario, degrada la categoría que un cuerpo normativo como el Código Civil debe tener.

Código Civil de 1984
“Artículo 1225.- Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión

del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1225.- *Pago al acreedor aparente*
Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de ella”.

El Proyecto de Reforma sigue, una vez más, la línea esbozada por uno de los coautores de este trabajo¹⁵.

De esta forma, el artículo propuesto pretende aclarar el sentido de la actual expresión “posesión del derecho de cobrar”, y otorgar una mayor propiedad al lenguaje.

Sin embargo, no creemos que su modificación sea indispensable ya que, tal cual se encuentra redactado en la actualidad el artículo 1225, posee un contenido coherente y acertado. Si bien es cierto que la expresión que se propone es más clara, entendemos que el propósito de reforma aparentemente se centraba en temas necesarios, no en tentaciones académicas nuestras de hace trece años.

Código Civil de 1984
“Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1229.- <i>Prueba del pago</i> 1. En las obligaciones con prestación de dar y de hacer, la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado. 2. En las obligaciones con prestación de no hacer, si el acreedor alega el incumplimiento del deudor, le corresponde probarlo”.

En materia de prueba, es principio de Derecho que quien alega un hecho debe probarlo. Resulta evidente que el deudor sólo puede probar el pago cuando éste consiste en un hecho positivo; pues de lo contrario le estaríamos imponiendo una prueba diabólica (la de probar un hecho negativo u omisión). Es evidente que en las obligaciones de no hacer, la prueba del no pago corresponderá al

¹⁵ CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 751.

acreedor que alegue el incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Esto siempre se ha entendido así y no tiene sentido el jugar a legislar sobre lo evidente.

Código Civil de 1984
“Artículo 1233.- La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1233.- <i>Pago con títulos valores</i> 1. La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, extinguirá la obligación primitiva sólo cuando hubiesen sido pagados, salvo pacto en contrario o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. 2. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. 3. La obligación primitiva se extingue igualmente cuando el acreedor transmite el título a un tercero”.

Si algo podemos señalar respecto al contenido del artículo 1233, es que éste no especifica que la entrega del título valor debe realizarse en calidad de pago. La norma, aplicable a los títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, se limita a referirse expresamente a la “entrega” de títulos valores, regulando, en todo caso, los efectos de esta entrega.

Lo cierto, sin embargo, es que la norma resulta aplicable justamente para los casos en que las partes no han pactado expresamente que la entrega del título valor importa el pago mismo de la obligación o su novación.

Es decir, de acuerdo a la regla recogida en la norma, la entrega de títulos valores no produce los efectos del pago ni la novación de la obligación. La obligación primitiva representada en el título valor sólo se

extinguiría si efectivamente la obligación cambiaria fuese pagada o si el título valor se perjudicara por culpa del acreedor.

En ese orden de ideas, constituye un grave error sostener que, para que sea aplicable el artículo 1233, resulta necesario que los títulos valores se entreguen como “pago” y no como representación de una obligación principal.

De acuerdo al propio texto de la norma, ella resulta justamente aplicable cuando la entrega del título valor no constituye un “pago” en sí mismo, en la medida de que no extingue la obligación primitiva a la que representa ese título valor.

Al respecto, conviene destacar que, por definición, un título valor que representa una orden o promesa de pago, representa una obligación primitiva que puede consistir, por ejemplo, en un préstamo de dinero.

Uno de los coautores de este ensayo, Felipe Osterling Parodi, autor del Proyecto de Libro de Obligaciones del Código Civil de 1984, se pronuncia en este sentido, al resaltar que la aplicación de la regla prescrita en el artículo 1233 supone dos requisitos¹⁶:

- a) Que el acreedor consienta en recibir del deudor títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago.
- b) Que entre el acreedor y el deudor no haya estipulación, en el sentido de que la sola entrega de tales documentos extinga la obligación primitiva.

En ese sentido, la norma contenida en el artículo 1233 tiene por finalidad incentivar una conducta diligente del acreedor que ha recibido un título valor que representa una orden o promesa de pago.

De otro lado, resulta importante poner énfasis que en ningún momento la norma restringe su aplicación a los casos en que los títulos valores han circulado.

Partiendo de esa constatación y del principio de Derecho según el cual no puede distinguirse donde la ley no distingue, no nos cabe duda de que el artículo 1233 no se aplica sólo en

¹⁶ OSTERLING, Felipe. “Las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil”. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. p. 133.

los casos en que el título valor entregado por el deudor primitivo a su acreedor, ha sido entregado a un tercero por este último.

Pero eso no es todo. Si nos remitimos a la propia génesis del precepto, llegamos a la misma conclusión.

Al respecto, cabe citar nuevamente las palabras de uno de los coautores de este ensayo, Felipe Osterling Parodi, cuando señala que¹⁷: “Es conveniente aclarar que el texto legal se aplica a los documentos a cargo de terceros, es decir, a aquéllos aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor mediante entrega o endoso. Se aplica también a aquellos otros aceptados, girados o suscritos únicamente por el deudor, al portador o a la orden del acreedor, que el deudor entrega a éste, esto es, a aquellos documentos en que la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor, sin intervención de terceras personas”.

Como se observa, ya la génesis y la voluntad del legislador de 1984 concebían lo que el proyecto desea incluir a través de su tercer párrafo. ¿Acaso quienes propugnan esta reforma no han leído la Exposición de Motivos del Libro de Derecho de las Obligaciones, para darse cuenta de que la situación que se plantea como novedosa y necesaria, no lo es?

Código Civil de 1984
“Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1238.- <i>Lugar de pago</i> El pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Designados varios lugares para el pago, el deudor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al acreedor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del deudor”.

Como ya se mencionó anteriormente, no entendemos ese afán por desterrar del código la regla del *favor debitoris*, cuando ésta es aplicada en su justa medida.

Si de lo que se trata es que sea el domicilio del acreedor el lugar donde se deba realizar el pago, basta con que esto se estipule en el contrato que contiene la obligación. No debemos olvidar que es el acreedor quien tiene interés en que se pague la obligación, de ahí que la regla, lógica y justa, sea que el pago se haga en el domicilio del deudor.

Esta propuesta la hace la “Comisión Reformadora” recogiendo las críticas que le hizo uno de los coautores de este trabajo, cuando comentaba que si la entonces Comisión formal proponía convertir en regla la mora automática, ello no funcionaría si no se cambiara la regla relativa al lugar de pago.

Más allá de reclamar nuestros derechos de autor, nos oponemos a que se modifique el artículo 1238 en vigor, así como también nos pronunciamos a favor de que continúe vigente la regla del actual artículo 1333, relativa a la mora por intimación, como veremos oportunamente.

CAPÍTULO SEGUNDO PAGO DE INTERESES

Código Civil de 1984
“Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1246.- <i>Interés por mora</i> Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor está obligado a pagar por causa de mora el interés legal. Si antes de la mora

¹⁷ OSTERLING, Felipe. “Las Obligaciones”. Op. cit. p. 134.

se debían intereses, ellos continuarán devengándose después del día de la mora con la calidad de intereses por mora, sumados al interés legal”.

El artículo 1246 ha previsto un orden entre los tipos de interés que, a partir de la constitución en mora del deudor, habrán de devengarse en calidad de intereses moratorios. Dichos intereses son, en primer lugar, el convencional compensatorio y, en segundo término, el legal.

Así, conforme al aludido precepto, de no haberse acordado el interés moratorio, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se devengará a partir de la fecha de la constitución en mora como interés moratorio. Sólo en ausencia del interés convencional compensatorio, el deudor pagará el interés legal en calidad de moratorio.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el mandato del artículo 1246 debe ser concordado con el artículo 1324 del propio Código Civil. De este modo, cuando no se ha pactado el interés moratorio, el deudor sólo estará obligado al pago del interés convencional compensatorio, en tanto que su monto sea mayor al de los intereses legales.

Dice el artículo 1324 del Código Civil que: “Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios”.

Así, desde la fecha en la que se constituyó en mora al deudor, el acreedor tiene derecho a exigir el pago del interés convencional compensatorio que venía devengándose antes de la mora –pero en calidad de interés moratorio– siempre que no se haya convenido el interés moratorio, y en la medida en que la tasa de interés compensatorio pactada sea mayor a la tasa del interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1244 del Código Civil.

En este sentido, expresa Cárdenas Quirós¹⁸ que el precepto contenido en el artículo 1246 se vincula con el artículo 1324 del Código Civil, el cual regula específicamente el interés que devengan las obligaciones de dar sumas de dinero en el supuesto de mora del deudor.

Así, en este último caso, el interés legal constituye el resarcimiento por el incumplimiento del deudor, esto es, por la falta de entrega oportuna de la suma de dinero al acreedor.

De otro lado, precisa advertirse que, a primera vista, el mandato legal del artículo 1246 del Código Civil parecería no revestir mayor dificultad. Empero, es éste otro de los temas más controversiales del llamado interés convencional; ello, en razón a que no existe un criterio unívoco respecto del interés que el deudor se encuentra obligado a pagar a partir de la mora.

Sobre el particular se ha dicho que una vez producido el incumplimiento de la obligación principal, no es posible hablar de interés compensatorio, ya que éste, al tener por disposición de la ley la función de compensar el uso del dinero o cualquier otro bien, sólo procedería aplicarse durante la vigencia del plazo establecido en el contrato para el cumplimiento de la obligación; esto es, cuando el deudor, en virtud del título de la obligación contraída, mantiene legítimamente en su poder el dinero o el bien entregado por el acreedor. En consecuencia, el interés generado a partir del incumplimiento únicamente podría ser interés moratorio.

Debe precisarse que esta posición sostiene que el interés generado a partir del incumplimiento es únicamente el moratorio, atendiendo a la distinta finalidad que corresponde desempeñar al interés compensatorio y al moratorio, pues ésta los hace excluyentes entre sí. De este modo, no se considera correcta la solución planteada al desdoblamiento del interés generado a partir de la mora, en un interés compensatorio y en uno moratorio.

Por consiguiente, se sostiene, los intereses compensatorios corren hasta la fecha de

¹⁸ CÁRDENAS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo II. Lima: Librería Studium. 1991. p. 249.

la constitución en mora, pues ésta tiene la virtud de suspender el curso de aquéllos. En consecuencia, el interés moratorio no es susceptible de adicionarse al interés compensatorio o, en su defecto, al legal.

El interés compensatorio, entonces, sólo debe generarse durante el plazo que acreedor y deudor han acordado para el pago. Producida la mora, el único interés que corresponde aplicar debe ser el moratorio.

Una posición distinta sostiene que el interés sobreviniente al incumplimiento puede distinguirse en dos componentes: uno compensatorio y el otro moratorio. En tales términos, el interés moratorio podría cobrarse en forma adicional al compensatorio. Por ello se ha dicho que a partir del incumplimiento el interés a pagar es la sumatoria del interés compensatorio —o, en su defecto, el legal— y del interés moratorio.

Esta opinión considera que correspondiendo los intereses compensatorios al uso que se hace de un dinero o bien ajeno, aquéllos deberán seguir su curso, en tanto el deudor no pague lo adeudado al acreedor.

Conforme a las consideraciones que venimos analizando, el interés sobreviniente al incumplimiento de la obligación principal, ante la ausencia de un interés convencional moratorio, es el interés compensatorio pactado o, en su defecto, el interés legal.

Creemos, sin embargo, que la polémica generada en torno a este tema debe resolverse desde la perspectiva que desarrollamos a continuación.

La cuestión de fondo no está por el lado de la diversa finalidad que asiste a cada tipo de interés o por la posible incompatibilidad entre uno y otro. Debemos atenernos, únicamente, al tipo de devengo de las distintas clases de interés.

En este sentido, precisa recordarse que el interés compensatorio se devenga sólo cuando se haya pactado, a diferencia del interés moratorio, al que asiste un devengo convencional o, en su defecto, legal. Por su parte, el interés legal se devenga por mandato de la ley.

De lo dicho hasta el momento, pueden

observarse los siguientes supuestos:

- a) Cuando las partes hayan acordado únicamente el pago de un interés compensatorio, éste se devengará hasta la fecha del pago efectivo, salvo que, por incurrir el deudor en mora, sean de aplicación los artículos 1246 y 1324 del Código Civil, de modo que a partir de la fecha en que el deudor esté incurrido en mora se devengará el interés compensatorio pactado en calidad de moratorio, si éste es mayor al interés legal.

No obstante lo expresado, si el interés legal fuese superior al interés convencional compensatorio —conforme hemos venido anotando—, será dicho interés legal el que deberá devengarse como moratorio hasta la fecha del pago efectivo.

- b) *Si sólo se pactó interés moratorio.*
En caso que sólo se hubiera convenido el pago de intereses moratorios a partir de la fecha en que esté en mora el deudor, únicamente se devengarán los intereses convencionales moratorios hasta el día del pago.

- c) *Si no se pactó interés compensatorio ni moratorio.*
En el supuesto en que las partes no hubiesen acordado el pago de un interés compensatorio ni moratorio, producida la mora deberá devengarse el interés legal en calidad de interés moratorio, por ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 1246 y 1324 del Código Civil peruano.

- d) *Si se pactaron intereses compensatorios y moratorios.*

Cuando las partes pacten previa y diligentemente el devengo de un interés compensatorio, a fin de obtener una retribución o ganancia que compense el costo de oportunidad del capital prestado y, además, un interés moratorio, con la finalidad de que este último indemnice los daños que una posible mora en el pago pueda ocasionar, la ley premia esa diligencia permitiendo que, después de la constitución en mora del deudor, ambos tipos de interés se devenguen sobre el capital.

En consecuencia, en el caso en que exista un pacto expreso sobre el cobro de intereses compensatorios y moratorios, el acreedor, a partir de la fecha en que incurra en mora el deudor, recibirá un interés efectivo adicional al compensatorio, mediante el cual se sanciona al deudor incumplido y se indemniza al acreedor perjudicado.

En este sentido, una nota aclaratoria del Banco Central de Reserva del Perú (publicada en mayo de 1991 en el diario oficial “El Peruano” y en otros medios de comunicación locales) respecto a la determinación del interés moratorio, señala que éste se cobra sólo cuando se haya pactado, a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se perciben sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no esté vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Se precisó, además, que el interés moratorio se cobra únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectúe por cuotas, el cobro del interés moratorio procede sólo sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras éstas se mantengan en tal situación.

Estas consideraciones fueron complementadas por la Circular 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de septiembre de 2007.

Se ha dicho que la decisión del Banco Central de Reserva del Perú de mantener diferenciada la tasa de interés compensatorio de la tasa de interés moratorio, de manera que esta última pueda adicionarse a la primera cuando el deudor incurre en mora, obedece a que ha sido práctica comercial generalizada aplicar el cálculo de la mora por encima de los intereses compensatorios.

Dicho esto, teniendo en cuenta que el artículo 1246 del Código Civil resulta plenamente coherente y necesario, no entendemos por qué se desea eliminar el pago de intereses compensatorios (como tales), contrariando, además, la generalizada práctica jurídica al respecto. La “presentación” del Proyecto de Reforma no lo dice. Por lo demás, tal como lo hemos demostrado, creemos que el contenido del actual artículo 1246 obedece

a las necesidades del tráfico comercial y es concordante con las normas que el Código Civil tiene sobre el particular. No existe, pues, argumento que vaya en contra de lo que acabamos de explicar.

De otro lado, la adición del interés legal a los antiguos intereses compensatorios (que se devengarían a título de intereses moratorios), constituiría un premio al acreedor negligente (que no pactó de modo preciso los intereses) y un castigo para el deudor.

Código Civil de 1984
“Artículo 1249.- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1249.- <i>Capitalización de intereses</i> 1. Puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo disposición legal diferente. 2. A falta de pacto previo, puede acordarse la capitalización de intereses, siempre que medie no menos de seis meses de atraso en el pago de los intereses. 3. En los casos de los párrafos 1 y 2, el convenio debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”.

Debemos recordar que el régimen de intereses en el Perú prevé un tratamiento diferenciado para las operaciones de crédito que realizan las entidades del sistema financiero nacional y para aquellas operaciones celebradas entre particulares.

En efecto, las normas aplicables en materia de intereses difieren en función de la condición del agente que realiza la operación de crédito. Es por tal razón que el artículo 1249 del Código Civil exceptúa del principio que prohíbe la capitalización anticipada de intereses a las cuentas mercantiles, bancarias o similares.

De acuerdo con lo expresado, es lícito en las operaciones del sistema financiero, el convenio sobre capitalización anticipada de intereses, sobre todo cuando desde 1991 (y a diferencia de lo que ocurría al momento de entrada en vigencia del Código, en 1984), los intereses se expresan en tasas efectivas, las mismas que por definición implican la

capitalización permanente de los intereses generados.

De este modo, el pago de intereses (compensatorios o moratorios) en el sistema financiero se efectuaría de dos maneras. Si se hubiese pactado capitalización de intereses, estos últimos se adicionarían al capital para que al vencer el período de capitalización, aquél –incrementado por los intereses– pueda ser liquidado. En el supuesto de mora del deudor, el interés moratorio se computará sobre el capital reajustado, adicionándose a éste mientras la mora persista. De no haberse convenido anatocismo, los intereses pactados únicamente se computarán sobre el capital original, debiendo ser pagados en la periodicidad acordada. Sin embargo, ello –en estricto– no resultaría necesario en el medio peruano.

La prohibición de capitalizar intereses, contenida en el artículo 1249 del Código del Perú, está dirigida al plano contractual como limitación a la autonomía de la voluntad, a fin de impedir abusos por parte del acreedor dentro del campo de la contratación. De allí se establece que no se puede pactar, desde el momento en el que se contrae una obligación, la capitalización de los intereses, salvo que un agente del sistema financiero se encuentre involucrado. Esto, naturalmente, en caso la tasa de interés pactada entre los particulares fuese nominal, pues en caso fuere efectiva, la capitalización de los intereses estaría implícita.

Dicho esto, creemos que la reforma que se propone carece de toda utilidad práctica.

Código Civil de 1984
“Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
Artículo 1250.- Se deroga.

A través del proyecto de artículo 1250, se plantea derogar la norma en vigencia.

El precepto dispone que el convenio puede celebrarse sólo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie

no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

El pacto posterior sobre anatocismo debe versar únicamente sobre intereses exigibles, toda vez que nuestra legislación –en el artículo 1249 del Código Civil– prohíbe el anatocismo sobre intereses futuros, esto es, sobre aquéllos que no han vencido al tiempo en que se intenta su capitalización; ello, naturalmente, en caso de que la tasa estuviese pactada en términos nominales y no efectivos.

De este modo, resulta que los contratantes –al estipular dicho pacto– tendrán en consideración el vencimiento de los intereses, es decir, el tiempo en el que éstos devienen en exigibles.

También debemos precisar que la capitalización de intereses prevista por el artículo 1250 del Código Civil, únicamente podrá llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes, es decir, si ellas deciden celebrar un contrato (convenio) en tal sentido. De ningún modo se puede efectuar de manera unilateral.

Dicho esto, y teniendo en cuenta que los intereses hoy en día se expresan mayoritariamente en tasas efectivas y no nominales, la modificación que se propone carece de cualquier interés práctico.

CAPÍTULO CUARTO IMPUTACIÓN DEL PAGO

Código Civil de 1984
“Artículo 1259.- No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1259.- <i>Imputación legal</i> No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada, y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la que venza primero. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente”.

El artículo vigente dispone que de existir varias obligaciones de la misma naturaleza, con prestaciones homogéneas, el pago efectuado se imputará a la menos garantizada. Esta presunción tiene el propósito de proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor.

El Código añade que de existir dos o más deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor. Cabe señalar que resulta necesario hacer esta distinción, ya que podríamos encontrarnos ante una obligación de monto menor pero de intereses mayores y ante otra de monto mayor pero de intereses menores. Para efectuar la imputación precisaría verificar, mediante cálculos matemáticos, cuál de las dos obligaciones es la que genera mayores intereses. En suma, el tema de la onerosidad está directamente relacionado con la prestación cuyo discurrir genera más cargas para el deudor. De ahí la necesidad de otorgarle un tratamiento diferenciado.

Por otra parte, también se señala que de existir varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, el pago se imputará a la más antigua. Queda claro que ante la encrucijada de optar entre cuál de las obligaciones es la que se extingue primero, en la generalidad de los casos resulta plenamente razonable que sea aquella de mayor antigüedad. Por lo demás, no ha habido discusión en la doctrina nacional, en los casi 27 años de vigencia del Código Civil, en el sentido de que debe entenderse que la deuda más antigua es aquella que venció primero, es decir aquella que antes resultó exigible; y no la deuda que se contrajo primero, naturalmente, si ella no resulta exigible en primer lugar.

Así, pues, no entendemos el sentido de la propuesta realizada por el Proyecto de Reforma, ya que, como se ha visto, las distinciones realizadas por el artículo vigente resultan necesarias debido a gran variedad de supuestos que en la práctica se pueden presentar.

CAPÍTULO SEXTO DACIÓN EN PAGO

Código Civil de 1984
“Artículo 1265.- El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1265.- <i>Concepto</i> Si el acreedor consiente en que el deudor se libere ejecutando una prestación distinta de la debida, la obligación se extingue sólo cuando aquélla se cumple”.

Pese a la postura que tenemos respecto a la verdadera utilidad de la figura de la dación en pago, ya que creemos que se trata simplemente de una novación objetiva seguida de pago, somos de la opinión de que el contenido del actual artículo 1265 es idóneo y cumple con la función para la que esta figura ha sido concebida.

Una vez más, el Proyecto de Reforma quiere decir lo mismo que el artículo vigente, sólo que de manera distinta. De esta forma, salta la vista la innecesaria propuesta realizada, ya que el artículo 1265 no requiere modificación alguna.

Por lo demás, en el terreno teórico lo que se está haciendo es tomar partido por aquella posición que siempre sostuvimos¹⁹, en el sentido de que toda dación en pago implica novación, naturalmente salvo los supuestos comprendidos en el artículo 1279 del Código Civil, relativos a cambios accesorios, excepción que, por lo demás, no es hecha en la implícita dación en pago novatoria del artículo 1265 del proyecto.

Código Civil de 1984
“Artículo 1266.- Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
Artículo 1266.- Se deroga

¹⁹ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 604 y siguientes.

Debemos señalar que esta idea de reforma corresponde a los autores de estas páginas y ha sido planteada por nosotros desde 1998²⁰.

Creemos adecuada la derogación de este numeral porque su contenido carece de sentido y conduce a erróneas interpretaciones.

Capítulo séptimo Pago indebido

Código Civil de 1984
“Artículo 1271.- El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1271.- Buena fe El que de buena fe recibe un bien indebidamente hace suyos los frutos percibidos y responde de su pérdida o deterioro en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”.

Creemos que el artículo 1271 vigente del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo legal, según el cual “[e]l poseedor de buena fe hace suyos los frutos”.

Es claro que los intereses a que se refiere el precepto bajo análisis son los legales de naturaleza compensatoria, que se devengan cuando el objeto del pago indebido consiste en capitales.

Obsérvese que el Código Civil establece la diferencia –en el texto del artículo 1271– entre los intereses y los frutos, reconociendo la autonomía que de suyo corresponde a aquéllos.

En cuanto a los frutos, conviene precisar que el Código Civil otorga un tratamiento propio a quien de buena fe recibe el pago indebido, disponiendo que el *accipiens* sólo se encuentra obligado a restituir los frutos realmente percibidos.

El fundamento del precepto legal en lo relativo a los frutos, tiene como base la regla general de que éstos pertenecen al propietario,

productor y titular del derecho.

Resulta evidente que ante la desposesión que supone un pago indebido, mientras no se recupere el bien, el propietario del mismo –quien pagó indebidamente– no percibirá fruto alguno. Por ello, la ley civil peruana ha dispuesto no sólo la restitución del bien, sino también la de los frutos.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el artículo 1271 del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo legal.

En efecto, quien acepta un pago indebido de buena fe se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos durante el tiempo en que poseyó el bien, no obstante su buena fe.

Esto es así por la posesión ilegítima de quien aceptó dicho pago. Adviértase, sin embargo, que dicha posesión se sustenta únicamente en un pago indebido.

Conviene mencionar, además, que sobre la base de lo prescrito por el artículo 895 del Código Civil, cuando la norma bajo análisis hace referencia a los frutos, se entiende comprendidos en ellos a los productos, de suerte que, además de los frutos propiamente dichos, los provechos renovables y no renovables de un bien también son objeto de la restitución.

Por otra parte, cuando el bien objeto del pago indebido no consista en capitales o bienes productivos, el precepto, en cuanto a intereses y frutos se refiere, no resultaría aplicable, de modo que quien hubiese aceptado un pago indebido de buena fe sólo respondería por la pérdida o deterioro del bien, siempre que se hubiese enriquecido por estos hechos.

Conforme al artículo 1271 del Código Civil, quien acepta un pago indebido de buena fe responde de la pérdida o deterioro del bien “en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”, esto es, en tanto tal pérdida o deterioro pudiera haberle significado un incremento patrimonial.

Este beneficio podría configurarse, por ejemplo, cuando el bien objeto del pago indebido

²⁰ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Op. cit. p. 68; y, OSTERLING, Felipe y Mario, CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 619 y siguientes. En este mismo sentido se pronuncia Mario Castillo Freyre. Ver: CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 783.

se encontrase asegurado y quien aceptó dicho pago recibiera por concepto de su pérdida o deterioro una indemnización; o cuando quien recibe un pago indebido pudiese subrogarse contra tercero para exigirle, por la pérdida o deterioro del bien, el pago de una reparación.

La última cuestión, a modo de comentario final, es la relativa al ámbito de aplicación del artículo 1271 del Código nacional.

Es claro que si un verdadero acreedor, actuando de buena fe, recibe el pago indebido de un tercero y, a través de alguna de las conductas previstas por el artículo 1268, deteriora o deja extinguir su acción contra el verdadero deudor, el artículo 1271 del Código Civil, no le sería aplicable. En tal caso, quien pagó indebidamente sólo estaría en aptitud de accionar contra el verdadero deudor o sus garantes, y si la acción del acreedor contra ese verdadero deudor o sus garantes hubiera prescrito, éstos podrían oponer la excepción de prescripción correspondiente.

Situación distinta se configuraría si quien recibe de un tercero el pago indebido con buena fe, siendo titular de una acreencia, no incurre, a través de su conducta, en alguno de los supuestos previstos por el citado artículo 1268. En este caso, el artículo 1271 del Código Civil tendría plena aplicación.

Y la misma regla anotada en el párrafo anterior operaría en la hipótesis de quien recibe el pago indebido de buena fe, sin ser titular de derecho alguno por esa prestación contra tercero; es decir, careciendo de una acreencia que, por error, le fue pagada.

De esta forma, somos de la opinión que al tratarse de un supuesto en el cual se recibe un pago indebido, corresponde restituir todo aquello que se recibió en tal condición y, claro está, los frutos del bien, pues ellos deberían corresponder a su propietario, no a quien recibió de buena fe lo indebidamente pagado.

Sin embargo, obviamente, se trata de una opción legislativa.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1274.- *Prescripción de la pretensión*

La pretensión de restitución de lo indebidamente pagado prescribe a los dos años de realizada la entrega”.

El plazo de prescripción previsto por el artículo 1274, de cinco años, constituye un supuesto de excepción a los plazos generales de prescripción a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil, y él se ha instituido en homenaje a la seguridad jurídica y a los derechos de quien paga por error.

Una vez más, el Proyecto de Reforma no justifica esta propuesta. Es más, ésta tampoco resulta necesaria para que el tráfico comercial y las necesidades de los actores sociales se vean satisfechos. Por lo demás, la reducción del plazo perjudica notablemente los intereses de quien efectuó el pago por error. No han existido, en estos casi veintisiete años de vigencia del Código Civil, problemas prácticos ni teóricos con el plazo prescriptorio de cinco años, así como tampoco han habido propuestas doctrinarias de modificación de la norma. Si lo que se quiere es unificar el plazo con el de la anulación del acto jurídico por error, ello resulta una innecesaria precisión, al igual que modificar la palabra “acción” por “pretensión”.

**TÍTULO III
NOVACIÓN**

Código Civil de 1984

“Artículo 1280.- En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1280.- *Novación por cambio de acreedor*

1. En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor.
2. Si no media tal asentimiento, se reputa que hay cesión de derechos”.

Código Civil de 1984

“Artículo 1274.- La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago”.

Creemos que resulta totalmente innecesario añadir el segundo párrafo al actual artículo 1280 del Código Civil, ya que nada prohíbe que en vez de una novación opere una cesión

de derechos, si los requisitos establecidos por el 1206 se cumplen en el caso en particular. Pero, si la intención fue la de celebrar una novación y no se produce el asentimiento del deudor, no debería optarse –como se propone– por la conversión del acto jurídico (de novación a cesión de derechos), pues a lo mejor esa no fue la intención de las partes.

TÍTULO V CONDONACIÓN

Código Civil de 1984
“Artículo 1295.- De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1295.- <i>Efectos</i> 1. La condonación de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero. 2. La condonación es eficaz sólo desde que es aceptada por el deudor. Mientras tanto, el acreedor puede retractarse de ella, sin perjuicio del derecho de tercero”.

Respecto a lo establecido por el Proyecto de Reforma, debemos señalar que, en principio, por regla general el Derecho siempre salvaguarda el derecho de un tercero que se vea afectado por algún acto celebrado entre dos o más personas.

Por otro lado, resulta innecesario y hasta absurdo el contenido del segundo párrafo del proyecto, ya que es evidente que si el actual artículo 1295 habla de “prueba de haberse realizado la condonación”, se entiende que el deudor ya la ha aceptado, al ser la condonación un medio de extinción de obligaciones de carácter bilateral. ¿Alguien sostiene lo contrario?

La condonación es, pues, un acto bilateral, requiriéndose no sólo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. Queremos reiterar la importancia del asentimiento del deudor, ya que éste tiene derecho a cumplir su obligación. En caso contrario, dicho deudor

podría salir perjudicado no sólo moral sino económicamente, en particular cuando se trata de obligaciones de hacer. Esto es de clara evidencia y por ello la ley le otorga el derecho de recurrir al mecanismo del pago por consignación.

En ese sentido, no resulta conveniente la propuesta contenida en el Proyecto de Reforma.

Código Civil de 1984
“Artículo 1296.- La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
Artículo 1296.- Se deroga.

El Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones plantea derogar el artículo 1296, señalando que su texto, si se tratase de garantes solidarios, como sería el caso de los cofiadores (solidarios por mandato del artículo 1886), es manifiestamente incompatible con la solución general del artículo 1188 del Código. Por tanto, entendemos que el propósito de la derogación es que la materia quede regulada por la norma general.

De esta forma, tratándose de garantes mancomunados, la cuestión quedará definida por lo establecido en el artículo 1173, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1182.

En nuestra opinión, con esta propuesta se incurre en un error conceptual, justamente por considerar que el artículo 1296 es incompatible con la solución general del artículo 1188 del código, en materia de condonación de obligaciones de carácter solidario.

El error más grave consiste en equiparar las consecuencias de la condonación frente a los codeudores solidarios y la condonación en el caso de los cofiadores solidarios.

Esto, por cuanto conforme señalamos en

nuestro Tratado de las Obligaciones²¹, la figura de los codeudores solidarios no puede ser equivalente a la de los cofiadores solidarios. Ello, en la medida de que el codeudor es el titular de la parte pasiva de la relación obligatoria, mientras que el fiador es simplemente un garante.

La fianza solidaria no es, pues, lo mismo que la deuda que asumen varios deudores de manera solidaria.

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste extingue la obligación. Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías, ya que, como es conocido por todos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296 contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor sino con uno de sus garantes. De ser éste el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido, aunque con algunas limitaciones.

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional será más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Así, por ejemplo, si hubiese otros garantes además de aquél cuya garantía se hubiese condonado, dicha condonación no surtirá efectos respecto a los demás garantes y, en tal virtud, ellos seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes.

En ese sentido, no es que la solución del artículo 1296 resulte incompatible con la del artículo 1188, sino que el Proyecto de Reforma ha realizado una lectura equivocada

de las normas citadas.

Una lectura correcta del artículo 1296, que parta de la premisa de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, evita cualquier problema y con ello hace que la propuesta de derogación presentada por la comisión deba ser rechazada.

Así, la condonación a uno de los garantes no extingue la obligación principal ni la de los demás garantes.

En tal sentido, la solución del artículo 1296 es perfectamente posible. ¿Por qué? Muy simple, porque la fianza seguirá siendo fianza y seguirá existiendo, seguirá estando vigente, pero la fianza no va a estar vigente por el total del monto que se encontraba afianzado, sino que habrá que detraer la parte de aquel fiador a quien se le condonó la fianza por parte del acreedor común.

Además, y esto hay que resaltarlo, el extremo de la norma en el que se establece que la condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó, también debe interpretarse siguiendo la lógica que acabamos de señalar.

Resulta evidente, desde esta perspectiva, que si se le condona la garantía a uno de los garantes, dicha garantía seguirá en pie, pero por un monto reducido en cuanto al monto afianzado, porque habrá que detraer la parte de aquél a quien se le condonó la fianza.

A esto hay que agregar que lo que se regula con la norma contenida en el artículo 1296 no es la extinción de la obligación, porque de ninguna manera se ha producido un acto condonatorio entre el acreedor y el deudor o deudores. Lo que se regula es un acto condonatorio en relación a la garantía, y no hay ningún problema para que la ley civil otorgue un tratamiento diferenciado a la condonación de la garantía.

Como puede apreciarse, lo real es que el principio contenido en el artículo 1296 no es en absoluto incompatible con lo establecido en el artículo 1188.

²¹ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. "Tratado de las Obligaciones". Op. cit. Primera parte. Tomo III. pp. 250-252.

TÍTULO VII TRANSACCIÓN

Código Civil de 1984
<p>“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.</p> <p>Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.</p> <p>La transacción tiene valor de cosa juzgada”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1302. <i>Definición</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. 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.2. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.3. La transacción tiene valor de cosa juzgada y causa ejecutoria sin necesidad de homologación judicial”.

El Proyecto de Reforma plantea modificar la última parte del artículo 1302.

Es evidente que tal cual se encuentra regulado este tema en nuestro ordenamiento jurídico, la transacción extrajudicial, o sea la transacción celebrada sin existencia de un proceso judicial, no requiere homologación.

En cambio, sí amerita dedicar algunas líneas a los supuestos en los cuales, existiendo un proceso, las partes transan dentro o fuera de aquél, lo que nos permitirá establecer si ello significa o no la conclusión de dicho proceso.

Hoy en día, de acuerdo a las normas del Código Procesal Civil, existen determinados requisitos para poder transar. Tanto así que la ley procesal establece la necesidad de que la transacción sea homologada por el Juez.

Esto se halla regulado en el artículo 337 del

Código Procesal Civil, norma que señala que el Juez aprueba la transacción, siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres. Y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas.

Así las cosas, en los casos en que la transacción se realiza existiendo ya un proceso, hay un detalle importante que no podemos ni debemos pasar por alto, esto es, que la conclusión de un proceso tiene que ser un acto formal. De aquí que cuando la conclusión se realiza a través de una transacción, se requiera de la homologación de un Juez.

Nosotros, sobre la base de esta constatación, consideramos que sí es necesaria la homologación. No es que el Juez vaya a declarar inválida la transacción, simplemente, lo que el Juez puede hacer es verificar la no concurrencia de los requisitos establecidos por la propia ley para la eventual homologación de la transacción, y al comprobar que dichos requisitos no están presentes, pues no procederá a homologar la transacción.

La homologación exigida en la norma vigente no constituye, por ende, error alguno que deba ser enmendado.

Además, cabe recordar que no siempre una transacción pone fin a la totalidad del proceso.

Luego de la homologación judicial, podría ocurrir que sólo algunas pretensiones hayan sido resueltas con carácter de cosa juzgada y otras pretensiones, no solucionadas con la transacción, continúen su curso.

También podría suceder que la transacción únicamente resuelva los conflictos respecto de algunas de las partes involucradas en el proceso y no de todas. Alguno de los demandados o alguno de los demandantes podrá haber arreglado (transado) con la otra parte sus problemas o sus asuntos controvertidos, pero los otros no. El proceso, en estas circunstancias, continuaría con respecto a aquéllos que no hubiesen celebrado esa transacción, o que no estuvieren comprendidos en ella.

En este esquema es evidente que si se tratase de una transacción que no significara la conclusión del proceso,

tendría, necesariamente, que realizarse la homologación para que el Juez, luego de homologada la transacción, señale la manera cómo va a continuar dicho proceso y con respecto a quiénes va a continuar. Por lo demás, la validez de una transacción judicial estará condicionada al cumplimiento de los requisitos impuestos por ley.

Es así que, por estas razones, consideramos que la modificación planteada al artículo 1302 del Código Civil es inadecuada y, por consiguiente, no debería prosperar.

Código Civil de 1984
“Artículo 1308.- Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1308.- <i>Nulidad o anulabilidad de la obligación</i> Si la obligación sobre la cual versa la cuestión dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción será nula. Si fuera anulable y las partes lo manifestarán así expresamente, tiene validez la transacción”.

La primera parte del artículo 1308 es, en realidad, una norma que fluye de la lógica jurídica, de modo tal que sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto.

Distinto es el caso en que el acto primigenio no fuese nulo sino anulable. En este supuesto el Código brinda una solución distinta: si las partes conocían de la anulabilidad del acto y, a sabiendas, celebran una transacción sobre el mismo, dicha transacción sí revestirá validez, debido a que la ley supone que a través de la realización de este segundo acto se está produciendo una confirmación tácita del primero. En tal sentido, la transacción celebrada en estas circunstancias tendría un doble efecto: (i) por una parte, confirmar un acto jurídico; y, (ii) por otra, constituirá una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

Insistimos en que la solución dada por el Código Civil a los supuestos de transacciones que versen sobre actos nulos o anulables es

distinta, en razón de que mientras el acto nulo es un acto sin vida, con invalidez total y perpetua, el acto anulable, como hemos manifestado, es un acto de validez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como “en suspenso”, la misma que podrá o no tener lugar, dependiendo de si la parte que tiene derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

Nosotros estimamos irrelevante que las partes manifiesten en el acto transaccional, de manera expresa, su conocimiento en torno a la eventual anulabilidad de la obligación sobre la que se transige. El Código Civil acepta tanto las manifestaciones expresas como las manifestaciones tácitas de voluntad, razón por la cual no percibimos la necesidad de descartar a estas últimas en el caso bajo estudio.

Código Civil de 1984
“Artículo 1309.- Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1309.- <i>Anulabilidad de la obligación</i> Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida”.

Corresponde aclarar que no debemos confundir la transacción celebrada sobre actos nulos o anulables, con la transacción sobre la supuesta nulidad o anulabilidad de dichos actos, que es el caso previsto por el numeral 1309 del Código Civil peruano.

El artículo 1309 legisla los casos en que la materia central de la transacción sea zanjar las diferencias existentes entre las partes sobre si el acto originario era nulo, o sobre si el acto originario era anulable. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discute.

Creemos que resultaría válido esbozar –en teoría– una interpretación en el sentido de que, en el caso de los actos nulos de pleno

derecho, la transacción sobre dicha nulidad no sería válida, a pesar de lo expresado por nuestra norma positiva. La nulidad absoluta quiere decir que el acto adolece de un vicio estructural, el cual es, dado su naturaleza, insalvable, por lo que no cabría transigir sobre él. En cualquier caso, las partes podrían intentar celebrar otro acto nuevo que no adolezca de nulidad.

Sin embargo, a través de esta vía, hoy en día con la norma vigente se deja abierta la posibilidad de que las partes pongan término a asuntos conflictivos de manera eficiente y rápida, sin necesidad de recurrir a los Tribunales de Justicia o, de ser el caso, sin esperar que éstos zanjen la cuestión. Es evidente, por otra parte, que al tratarse de un asunto tan controvertido, la sentencia judicial podría resolver en un sentido u otro (por considerar la validez o la nulidad del acto), situación que sería reemplazada por el actuar de las propias partes, quienes “se estarían dictando su propia sentencia”.

Por lo demás, un acto sólo es nulo cuando los tribunales de justicia lo declaran como tal. Antes no lo es; y si no lo es, y sólo se discute su validez, entonces es sano que el tema pueda ser objeto de transacción por las partes. Impedirlo, como lo hace el proyecto, implicaría un grave error, un retroceso absurdo.

Por tales argumentos, creemos que el Proyecto de Reforma, al suprimir la posibilidad de que la cuestión litigiosa pueda versar sobre una nulidad, resulta desacertado.

TÍTULO IX INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Código Civil de 1984
“Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1322.- <i>Daño a la persona</i> El daño a la persona, cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de reparación”.

En el artículo 1322 del proyecto, se plantea

modificar esta norma y agregar el concepto del daño a la persona en sustitución del conocido daño moral.

Hoy en día no está regulado el daño a la persona en el Código Civil de manera expresa. Sin embargo, nadie pone en tela de juicio que el daño a la persona es susceptible de indemnización, invocando el daño moral.

Con esta premisa nos compete ahora aclarar que, pese a que el daño extrapatrimonial se suele usar como sinónimo de daño moral, lo cierto es que el significado o contenido de ambos términos, aunque pueden confluir en determinados puntos, no necesariamente es el mismo. Entre ellos, más bien, existe una relación de género-especie.

Este error tan generalizado ha empezado a llamar cada vez más la atención. En nuestro país, por ejemplo, el profesor Carlos Fernández Sessarego ha denunciado la confusión en múltiples trabajos. No obstante, debemos reconocer que aún es numerosa la doctrina que –legítimamente– sigue sin abandonar la línea tradicional, avocándose a construir múltiples definiciones del daño moral.

Por su parte, Espinoza Espinoza²² ha señalado que la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas, y el daño moral, definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos. Dentro de la categoría de daño moral, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.

Así, mientras el Código Civil utiliza (en inexecución de obligaciones) el concepto de daño moral, el Proyecto de Reforma emplea el de daño a la persona.

Podríamos deducir que el proyecto tendría por propósito armonizar el contenido del artículo 1322 con el del artículo 1985, que distingue claramente, en relación con la

²² ESPINOZA, Juan. “Derecho de las Personas”. Lima: Editorial Rodhas. 2006. p. 481.

responsabilidad extracontractual, el daño a la persona y el daño moral.

Sin embargo, conforme a la exposición de motivos del artículo 1322 vigente, la expresión daño moral se utiliza entendiéndola en su sentido amplio –de modo que comprende también lo que propiamente constituye el daño a la persona o daño subjetivo. Además, en el terreno de la práctica jurídica, vale decir, en el de la realidad, ello siempre se ha entendido así, por lo que no se justifica precisar los conceptos para evitar dudas (que en verdad son inexistentes) en cuanto a sus reales alcances.

Habida cuenta de que queda claro que una norma general como la del Libro de Derecho de Obligaciones no tiene por qué ser armonizada con una norma de responsabilidad civil que, en definitiva, es otra fuente específica de obligaciones, debemos señalar que, en definitiva, la Comisión no ha hecho otra cosa que ceder ante una tentación académica.

Código Civil de 1984

“Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.
Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

Artículo 1324.- Se deroga.

Como se sabe, las obligaciones de dar sumas de dinero constituyen un supuesto importante y especial, lo que justifica que la ley les otorgue un tratamiento normativo también especial.

Tal cual podemos advertir con la lectura de la norma, el tema de los daños y perjuicios

en materia de obligaciones de dar sumas de dinero, se encuentra íntimamente vinculado a la mora y a los intereses que ella genera como uno de sus efectos, tal como oportunamente fue analizado por nosotros²³.

Así, cuando nos encontramos frente a una obligación de dar una suma de dinero y el deudor incumple con pagar en la fecha de vencimiento, si el acreedor lo constituye en mora, esa constitución en mora provoca intereses moratorios. La ley establece que esos intereses moratorios vendrían a ser la indemnización que le correspondería al acreedor por el incumplimiento, lo que significa, en otras palabras, que en virtud de lo prescrito por nuestro Código Civil, en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero los daños y perjuicios se restringen a los intereses moratorios.

Por ello, el legislador de 1984, tras constatar que en la mayoría de los casos –aunque no en todos– el incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero no genera mayores daños y perjuicios que los que son cubiertos por los intereses moratorios, ha considerado conveniente restringir la indemnización a dichos intereses, salvo –naturalmente– pacto de indemnización por daño ulterior. Esta, por lo demás, es una cuestión práctica de mucha importancia, pues ayuda a simplificar el tratamiento y solución de tales problemas.

Dicho esto, y señaladas las bondades y la necesidad de la existencia del artículo 1324 que el Proyecto de Reforma pretende derogar, creemos que este numeral debe continuar vigente.

CAPÍTULO SEGUNDO MORA

Código Civil de 1984

“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
No es necesaria la intimación para que la mora exista:
1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

²³ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Cuarta parte. Tomo XI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. pp. 883 y siguientes.; y, OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 882 y siguientes.

2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1333.- *Interpelación. Casos de mora automática*

1. Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
2. No es necesaria la intimación para que la mora exista:
 - a) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
 - b) Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su solo vencimiento.
 - c) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
 - d) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

Uno de los temas más controvertidos del derecho de obligaciones es el relativo a la interpelación en la mora del deudor. Esto es, si se debe acoger el principio francés, consagrado por los artículos 1264 del Código peruano de 1852, 1254 del Código Civil de 1936 y 1333 del Código de 1984, de la mora *ex personae: dies non interpellat pro homine* (el tiempo no interpela por el hombre), que se arraigó en los artículos 509 del Código argentino, 1100 del Código español, 102 del Código suizo, 1219 del Código italiano y 805 del Código portugués, entre otros; o si debe prevalecer la mora *ex re: dies interpellat pro homine* (el tiempo interpela por el hombre), que acoge el Código alemán cuando establece que no es necesario el requerimiento si se ha señalado “un tiempo según el calendario”.

Uno de los coautores de este ensayo, Felipe Osterling Parodi, quien fuera autor de la ponencia sobre Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984, sugirió incorporar en el proyecto, y así lo aceptó la Comisión Reformadora, la mora *ex personae*, continuando la tradición jurídica peruana sobre la materia. Ello, sobre el principio de

que si vencida la obligación el acreedor no la exige, demuestra que el retardo no lo afecta, y que tácitamente está prorrogando el plazo.

Sin embargo, en los diálogos con los miembros de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984, dicho autor manifestó sus dudas sobre la bondad de incorporar el actual artículo 1333 que admite la mora *ex personae*, expresándoles que dejaba a su elección sustituirlo, en cambio, por la mora *ex re*, propia del Código alemán, que prescribe que es innecesaria la interpelación para constituir en mora en las obligaciones a plazo fijo.

El otro coautor de este ensayo, Mario Castillo Freyre, sostiene la conveniencia de preservar el precepto en actual vigencia.

El Proyecto de Reforma ha juzgado que la norma ya no indique que para que la mora exista no será necesaria la intimación, cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

El texto propuesto señala en su lugar que no será necesaria la intimación cuando se trate de obligaciones a plazo determinado. En esos casos la mora operará por el solo vencimiento de éste.

Esta modificación, que puede incluso pasar desapercibida en una lectura superficial, genera, en la práctica, profundas consecuencias.

Un cambio como el planteado tiene el efecto de unificar el régimen en materia moratoria del Código de Comercio y del Código Civil. Para las obligaciones a plazo regiría siempre la mora automática. Para las obligaciones que no son a plazo, regiría la regla general señalada en el inciso primero del proyecto.

Así las cosas, la mora por intimación, que hoy constituye regla general, en verdad sería la excepción, en la medida de que la mayoría de obligaciones tienen plazo de vencimiento.

Este tema, sin embargo, no se zanjaría con una modificación como la propuesta, en tanto la misma generaría serios problemas de concordancia en materia de mora automática y de lugar de pago.

Como es conocido por todos, el propio Código

Civil de 1984 señala que el pago se realiza en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario.

De tal manera que, de aceptarse la modificación del artículo 1333, podría suceder que se constituyera una obligación con plazo determinado para el pago y se aplicara la mora automática. En tanto en este caso no se hubiera establecido el lugar de pago, de acuerdo a la norma de aplicación supletoria del Código Civil, debería considerarse el domicilio del deudor. En ese sentido, si el deudor deja de pagar porque el acreedor no le va a cobrar, no podría señalarse que el deudor se encuentra en mora, por razones obvias.

A pesar de que se estableció una fecha para el pago, no podría regir la mora automática, por la sencilla razón de que el acreedor no habría ido a cobrar, es decir, no habría habido intimación y, mucho menos, se podría hablar de incumplimiento.

Si uno quisiera establecer una reforma como la pretendida, no sólo tendría que modificar este artículo, sino también tendría que modificar otras normas como las relativas al lugar de pago. En razón de las consideraciones efectuadas por uno de los coautores de este trabajo en oportunidad anterior²⁴, es que la “Comisión Reformadora” también propone ahora como regla que el pago se efectúe en el domicilio del acreedor.

Ambos coautores entendemos que no resulta indispensable la modificación que, en realidad, nada soluciona, pues el régimen de mora funciona actualmente de manera adecuada y no existen problemas para la aplicación de la mora automática, que rige cuando las partes consideran que así debe pactarse, o cuando por ley se considera lo mismo.

CAPÍTULO TERCERO CLÁUSULA PENAL

Código Civil de 1984

“Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al

pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1341.- *Concepto*

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere, salvo lo dispuesto en el artículo 1346”.

Los conceptos de cláusula penal e indemnización por daño ulterior son distintos.

Así, en cuanto al origen, usualmente la cláusula penal lo tiene en el contrato, esto es en un acto voluntario producto del acuerdo de las partes contratantes. En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios resulta impuesta por la ley, cada vez que se verifiquen en la realidad ciertos requisitos, y cuyo monto será determinado por el juez.

De otro lado, en lo que respecta al objeto, la cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, de hacer o de no hacer. En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios siempre se estimará en dinero.

Asimismo, en lo que atañe al régimen de la prueba de los daños y perjuicios, la cláusula penal no requiere que se pruebe su existencia ni cuantía. En cambio, en la indemnización ordinaria, los daños y perjuicios deben probarse para que ella proceda.

En lo relativo a la oportunidad, consideramos que la cláusula penal es la estimación anticipada de los perjuicios que se causarán con la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal. En cambio, en lo que hace a la indemnización ordinaria, primero se produce el daño, luego se demuestra y estima el perjuicio y, finalmente, procede su reparación en dinero.

²⁴ CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. pp. 414 y siguientes.

Finalmente, para diferenciar ambas figuras, cabe señalar que en cuanto al sujeto beneficiado, los daños y perjuicios se le reparan a quien ha sufrido la lesión patrimonial o extrapatrimonial, o sea que el beneficiario de ellos es siempre el acreedor. La cláusula penal, en cambio, puede pactarse a favor de un tercero.

Dicho esto, resulta adecuado que la norma bajo estudio distinga ambas instituciones, ya que ellas poseen ámbitos de aplicación diferentes. Así, resulta perfectamente posible y válido que la norma permita estipular una cláusula penal y, a la vez, una indemnización ulterior también en caso de incumplimiento.

De la misma manera, creemos que es justo para con el deudor que deberá pagar el íntegro de la penalidad, que ésta se compute como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

En ese orden de ideas, estamos de acuerdo con el texto en vigencia de la norma y no, como hace el Proyecto de Reforma, en eliminar la posibilidad (hoy sí regulada y permitida expresamente) de pactar la indemnización por daño ulterior. Esta postura, como veremos más adelante, se basa en el hecho de que el proyecto propone establecer en el artículo 1346 una disposición por la cual la penalidad pactada no sólo se pueda reducir, sino también aumentar. Pero de ello trataremos seguidamente.

Código Civil de 1984
“Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1346.- <i>Aumento o reducción de la pena.</i>
1. El juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, puede reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta. Es nulo todo pacto en contrario.
2. También podrá reducirla cuando la obligación principal hubiese sido cumplida parcial o irregularmente con asentimiento del acreedor”.

El Código Civil peruano de 1852, acogiendo la fórmula original del artículo 1152 del Código Napoleón, preveía que si se había estipulado el pago de cierta cantidad por daños e intereses para el caso de no cumplirse el contrato, debía observarse lo pactado. Luego, el artículo 1227 del Código Civil de 1936, basándose fundamentalmente en los artículos 340 y 343 del Código alemán de 1900, modificó el principio, permitiendo al Juez reducir equitativamente la pena cuando fuera manifiestamente excesiva. Y el Código Civil de 1984, adoptando una solución ecléctica, acoge similar precepto que el Código de 1936, pero agrega en su artículo 1341 que si además de la cláusula penal se ha estipulado la indemnización del daño ulterior, puede el acreedor solicitar que se eleve dicha penalidad a fin de que se aumente el monto indemnizatorio.

Todas estas soluciones parecen inadecuadas. La del Código de 1852, de inmutabilidad de la pena, porque ella puede prestarse a abusos para imponer indemnizaciones arbitrarias, tanto para el deudor, quien podría verse obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió. El rigor del precepto podría convertir a la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad. La del Código de 1936, porque parte del erróneo supuesto de que el deudor es la parte más débil de la relación obligacional, y porque la reducción de la pena determinaría que las partes ingresaran a un litigio destinado a probar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, que es justamente lo que quisieron evitar pactando la cláusula penal. Y esta última crítica también se aplica a los preceptos del Código Civil de 1984, que permiten aumentar o reducir la penalidad estipulada.

Son estas razones, sin duda, las que indujeron al maestro Manuel Augusto Olaechea a propiciar en la Reforma del Código Civil de 1852, que se acogiese la fórmula brasileña del antiguo Código de 1916, que estatuye que el Juez no está facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podrá exceder el de la obligación principal. Y fueron esas mismas razones las que también determinaron que se incorporara en el Proyecto de Código Civil de 1984 la fórmula brasileña modificada, esto es que el monto de la cláusula penal, inmutable, no podía ser

superior a la mitad del valor de la prestación incumplida, y que si ella se estipulaba para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no podía ser superior a la cuarta parte del valor de dicha prestación.

Sin embargo, las Comisiones Revisoras de los Proyectos de los que luego fueron el Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984, optaron por los textos que, en definitiva, quedaron plasmados en estos códigos²⁵.

Pese a estos comentarios, creemos que la propuesta realizada por el Proyecto de Reforma tampoco resulta adecuada, ya que incluso se intenta volver más riguroso el contenido de dicho numeral castigando con la nulidad todo pacto que prohíba la revisión judicial de la pena.

Pero no sólo eso, pues al haberse eliminado del texto que se propone como nuevo artículo 1341, el pacto por indemnización por daño ulterior, en el proyectado artículo 1346, inciso 1, se comete el error de permitir que el

acreedor siempre pueda solicitar el aumento de la penalidad pactada, cuando la considere diminuta, situación que –presumimos– será de frecuente concurrencia y complicará –aún más– el tema de la probanza de los daños y perjuicios, a pesar de haber pactado una cláusula penal. Suficiente problema se tiene con el deudor que pide la disminución de la penalidad, como para agravar el problema otorgando al acreedor la posibilidad de solicitar el aumento de la misma.

Como podrá observar el lector, casi la totalidad de las propuestas hechas por el Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones de julio de 2011, resultan innecesarias, no siendo indispensable modificar, salvo poquísimas excepciones, el contenido de los artículos que componen el Libro de Derecho de Obligaciones de nuestro Código Civil.

Por lo demás, buena parte del razonamiento y planteamientos de la Comisión se basan en ideas de los suscritos, por lo que –al menos– deberían haber tenido la gentileza de citarnos.

²⁵ En ocasión anterior, uno de los coautores de este ensayo, Mario Castillo Freyre (CASTILLO, Mario. "Tentaciones académicas". Op. cit. pp. 803 y 804) se mostró favorable a esta posibilidad pero en supuestos distintos. Así, señaló que: "Nos mostramos condescendientes a la revisión judicial de la cláusula penal únicamente en dos casos: cuando la obligación principal hubiese tenido un cumplimiento inexacto, el mismo que hubiera sido aceptado por el acreedor, o, cuando se trate de contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Esto último debido a que en estos contratos es una sola de las partes la que redacta previa y unilateralmente el contenido de todo (o casi todo) el contrato y, en tal sentido, se pueden establecer como cláusulas penales sumas realmente usurarias, contra las cuales el consumidor o usuario se hallaría indefenso".

COMENTARIOS A ALGUNAS DE LAS PROPUESTAS DE ENMIENDA DEL CÓDIGO CIVIL (LIBRO DE OBLIGACIONES)

Luciano Barchi Velaochaga*

El actual Libro de obligaciones de nuestro Código Civil ha sido objeto de numerosas críticas y comentarios. Indudablemente, es un Libro básico que está íntimamente relacionado con los demás y que presenta una gran importancia en la regulación civil.

El presente artículo tiene como objetivo comentar las modificaciones propuestas a dicho libro, señalar la relevancia de éstas y recalcar las omisiones incurridas. El autor aprovecha la doctrina y normativa comparada para preguntarse e intentar responder cuál sería la regulación más acorde a nuestra realidad.

* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

El presente ensayo es el análisis de algunos artículos del Libro de Obligaciones del Código Civil cuya modificación ha sido propuesta en el Proyecto de Enmiendas elaborado por el doctor Carlos Cárdenas Quirós.

Comienzo por señalar que estoy de acuerdo con la mayoría de las enmiendas propuestas; aunque, no creo que todas sean urgentes. Con algunas pocas de las enmiendas propuestas discrepo y creo que se han omitido incluir algunas enmiendas que sí son urgentes.

I. OBLIGACIONES DE DAR

A. Deber de información

Respecto al deber de información del deudor de una prestación de dar, el Proyecto de Enmiendas corrige una imprecisión existente en el texto del artículo 1133 del Código Civil que sólo impone al deudor el deber de información para el caso de una obligación con prestación de dar un conjunto de bienes ciertos. En el Proyecto de Enmiendas se precisa que ese deber también existe tratándose de la obligación con prestación de dar un único bien.

B. Elección de bienes ciertos

El artículo 1143 del Código Civil establece, que tratándose de relaciones obligatorias con prestación de dar bien incierto (obligaciones genéricas), la elección, por defecto, corresponde al deudor.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 1143 del Código Civil constituye una norma supletoria; es decir, que la elección corresponde al deudor cuando ni de la ley, ni del título de la obligación o de las circunstancias del caso, resultare que se designó al acreedor o a un tercero.

Como dice Bullard: “La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y

redactar todos los términos de un contrato”¹. Los contratos son normalmente “contratos incompletos”; es decir, normalmente las partes omiten, con ocasión de la conclusión del contrato, una explícita previsión de una regla necesaria para la actuación de la relación contractual.

Las lagunas pueden ser de dos tipos: deliberadas o no deliberadas. Las segundas se dan cuando las partes omiten regular un determinado aspecto secundario de su relación y, además, omiten prever algún mecanismo para determinarlo posteriormente, dejando así incompleto el contrato y haciendo que este aspecto venga disciplinado por las normas. Como indica Guerinoni, las lagunas no deliberadas pueden ser fruto²: (i) de un mero olvido de los contratantes; (ii) del conocimiento de las partes de la existencia de una norma supletoria o imperativa que, llenan la laguna y, por tanto, significa su implícita aceptación a la integración de esa norma; o, (iii) la elección estratégica de una de los contratantes, el cual conoce, a diferencia de la otra u otras partes, la norma dispositiva que resultará de aplicación, y prefiere, entonces, no tratar este aspecto para luego hacer valer la norma dispositiva, probablemente más favorable a él, respecto del que podría ser el resultado de una negociación.

Las lagunas deliberadas, son aquellas en que los contratantes, al momento de la conclusión del contrato, son perfectamente conscientes de que una parte del contenido debe ser posteriormente determinada con la finalidad de actuar la relación contractual y prevén en el contrato un mecanismo que permita completar las lagunas, tal como, alternativamente; (i) un sucesivo acuerdo; (ii) la determinación por una sola de las partes; o, (iii) la decisión de un tercero (artículos 1407 y 1408 del Código Civil)³.

La función de las normas supletorias es la de reducir los costos de transacción y para ello

¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra. 2003. p. 241. Al respecto Craswell señala: “La mayor parte del Derecho Contractual está formado por normas supletorias o por reglas que se aplican cuando las partes omiten considerar un asunto, en uno u otro sentido, en sus contratos” (CRASWELL, Richard. “Libertad de Contratación”. En: Law & Economics. El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Lima: UPC. 2002. p. 135).

² GUERINONI, Ezio. “Incompletezza e completamento del contratto”. Milano: Giuffrè. 2007. p. 3.

³ GUERINONI, Ezio. Op. cit. p. 4.

entonces, lo ideal es que el legislador brinde la solución a la que las partes normalmente arribarían de haberlo negociado. De no ser así, obligaría a las partes a “pactar en contrario” y como indica Bullard: “El “pacto en contrario” tiene que ser excepcional. Si el “pacto en contrario” fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria”⁴.

Esto significa que el Libro de las Obligaciones debería contener las soluciones que “...en la mayoría de los casos, sería adoptada por las partes de haberse puesto de acuerdo sobre el punto en cuestión. Así se logra que en la mayoría de los casos no sea necesario un acuerdo de las partes, y por esa vía reducimos los costos de transacción”⁵.

En tal sentido, en este tipo de normas que llenan lagunas no deliberadas, el legislador debe preguntarse cuál es la solución a la que se llegaría en la mayoría de casos. El Proyecto de Enmiendas propone que en las relaciones obligatorias con prestación de dar bien incierto (obligaciones genéricas) la elección, por defecto, corresponda al acreedor.

Cabe preguntarse, entonces, si en las relaciones obligatorias con prestación de dar bienes inciertos (obligaciones genéricas) normalmente se pacta que la elección corresponde al acreedor. En nuestra opinión, la elección normalmente es realizada por el deudor en el mismo momento de la ejecución de la prestación⁶. Esta es, por ejemplo, la solución que brinda el artículo 1178 del Código Civil italiano y el actual artículo 1143 del Código Civil.

1. La enmienda que falta en este tema

Al respecto, en nuestra opinión, más bien debería ser modificado el primer párrafo del artículo 1144 del Código Civil. En efecto, en este artículo se establece que a falta de plazo estipulado por las partes para la elección, corresponde al juez fijarlo. Teniendo en

consideración nuestra realidad judicial, no parece una solución muy práctica recurrir al juez para que fije el plazo para la elección. Parece más realista, por lo expresado anteriormente, que cuando las partes no hayan fijado el plazo para la elección, ésta se efectúe al momento de la ejecución de la prestación.

C. Las enmiendas que faltan

1. La concurrencia de acreedores sobre un mismo bien

El Código Civil regula la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien distinguiendo según se trate de un bien mueble o inmueble. Así, en el caso de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble resulta de aplicación el artículo 1136 y en el caso de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble el artículo 1135. Pero esta forma de legislar deja un vacío para los bienes muebles registrados.

En tal sentido debería modificarse el artículo 1135 y derogarse el artículo 1136. El artículo 1135 debería tener el siguiente tenor: “Si el bien fuera reclamado por diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor de buena fe que ha empezado a poseerlo, si ninguno ha empezado a poseerlo, al acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta”.

II. OBLIGACIONES DE HACER

El artículo 1156 del Código Civil se refiere a la llamada “teoría del riesgo” en las relaciones obligatorias con prestación de hacer.

Para la doctrina jurídica peruana la “teoría del riesgo”⁷ no supone un estudio unitario del riesgo en los contratos. De los muchos riesgos, que pueden afectar una relación obligatoria,

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: Op. cit. p. 242.

⁵ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños”. En: Ratio Juris, El Informativo. Año 1. Número 1. p. 27.

⁶ Ver al respecto Panuccio, Vincenzo. “Obbligazioni generiche e scelta del creditore”. Milano: Giuffrè. 1972. p. 3.

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984”. En: Para Leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1985. pp. 177 y siguientes.

sólo se refiere al riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación⁸.

El artículo 1316 del Código Civil se refiere a la única consecuencia que se genera de la imposibilidad sobreviniente de la prestación por causas no imputables a las partes en el caso de un contrato con prestación a cargo de una sola de las partes: la extinción de la relación obligatoria y la consecuente liberación del deudor. En tal caso, el acreedor asume el riesgo puesto que no recibirá la prestación.

Pero, ¿Cuáles son las consecuencias cuando estamos frente a relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas? Es decir, cuando existen prestaciones a cargo de ambas partes y una de ellas se torna imposible de manera sobreviniente.

El Código Civil se ocupa del tema en el Libro VI (Las Obligaciones) y en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones). En el Libro VII lo encontramos tanto en la Sección Primera (Contratos en General) como la Sección Segunda (Contratos Nominados), concretamente en el Título I relativo al contrato de compraventa.

En el Libro VI (Las Obligaciones) lo encontramos a propósito de las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto (artículo 1138 del Código Civil), de las relaciones obligatoria con prestación de hacer (artículos 1154, 1155 y 1156 del Código Civil) y en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer (artículo 1160 del Código Civil, que remite a los artículos 1154, primer párrafo, 1155 y 1156).

En el Libro VII lo encontramos tanto en la Sección Primera (Contratos en General) respecto a los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil). Al ocuparse del contrato de compraventa se refiere a la transferencia del riesgo en los artículos 1567, 1568, 1569 y 1570.

En nuestra opinión esto solo muestra una pésima técnica legislativa. Es totalmente innecesario que el Código regule la llamada “teoría del riesgo” tantas veces, hubiera

bastado hacerlo en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) en la Sección Primera (Contratos en General). Esta, por ejemplo, ha sido la opción del Código Civil portugués.

Acerca de las relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas debe determinarse las consecuencias: (i) Respecto a la prestación que se torna imposible; (ii) Respecto a la prestación que aún es posible; y, (iii) Respecto a los daños que causa la imposibilidad.

A. Consecuencias respecto a la prestación que se torna imposible (“riesgo de la prestación”)

Al tornarse imposible la prestación el acreedor ya no puede ver satisfecho su interés y, por tanto, el deudor queda liberado.

B. Consecuencias respecto a la prestación que aún es posible (“riesgo de la contraprestación”)

La prestación que aún es posible (la contraprestación) ¿debe ser ejecutada? Si la contraprestación debe ser ejecutada significaría que el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación es asumida por el acreedor de la prestación imposible, *periculum est creditoris*, puesto que el acreedor de la prestación imposible deberá ejecutar la prestación a su cargo a pesar que no recibirá la prestación a la que tenía derecho. Si la contraprestación no debe ser ejecutada significaría que el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación es asumida por el deudor de la prestación imposible, *periculum est debitoris*, puesto que el deudor de la prestación imposible no recibirá la prestación a la que tenía derecho.

Para determinar quién asume el riesgo de la imposibilidad de la prestación lo usual es atribuir el riesgo con un factor subjetivo: la culpa. Así:

- a) Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por causas imputables al deudor de dicha prestación. El deudor de la prestación imposible pierde el derecho a la contraprestación (*periculum est debitoris*).

⁸ Esto también es advertido por HARO SEIJAS, José Juan. “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”. En: THEMIS-Revista de Derecho 49. p. 184.

Al respecto el artículo 1432 del Código Civil señala⁹: “Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y **éste no puede exigir la contraprestación** y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. (...)”. [El énfasis es nuestro].

- b) Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por causas imputables al acreedor de dicha prestación.- El deudor de la prestación imposible mantiene el derecho a la contraprestación; es decir, el acreedor debe ejecutar la prestación a pesar que no recibirá la prestación que se tornó imposible, *periculum est creditoris*.

El segundo párrafo del artículo 1432 del Código Civil señala¹⁰: “(...) Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, **dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación**, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación”. [El énfasis es nuestro].

¿Qué criterio se utiliza cuando la prestación se torna imposible por causas no imputables a las partes?

El legislador atribuye las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente a quien se encuentra en mejor posición para evitar la imposibilidad. En tal sentido, por lo regular, es el deudor quien está en mejor posición para evitar la imposibilidad de la prestación. Así, por ejemplo, en el caso de la relación obligatoria con prestación de dar, el deudor está en posesión del bien y, está en mejor posición que el acreedor para evitar la destrucción. Por ello es al deudor de la prestación imposible al que se le asigna el riesgo y pierde el derecho a la contraprestación, *periculum est debitoris*.

El primer párrafo del artículo 1431 del Código Civil dispone¹¹:

“En los contratos de prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, **el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación** y debe restituir lo que ha recibido”. (El énfasis es nuestro).

Respecto a las relaciones obligatorias con prestación de hacer el artículo 1156 del Código Civil señala:

“Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes la obligación del deudor queda resuelta. **El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido**, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”. (El énfasis es nuestro).

El Proyecto de Enmiendas propone cambiar la parte resaltada por el siguiente texto:

“En este caso, el acreedor está obligado a pagar la contraprestación por la parte proporcional de la prestación ejecutada y el deudor a devolver el exceso que hubiere recibido”.

El texto original parte del supuesto que la imposibilidad de la prestación de hacer sobrevenga antes que la prestación sea ejecutada, mientras el texto propuesto supone que la imposibilidad sobrevenga luego que la prestación haya sido parcialmente ejecutada.

C. Consecuencias respecto a los daños que causa la imposibilidad

Al tornarse imposible de manera sobreviniente la prestación, se produce un supuesto de lesión de crédito, por tanto si la imposibilidad se genera por causas imputables al deudor, éste queda obligado al resarcimiento de los daños que dicha lesión cause al acreedor.

⁹ Texto similar al inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

¹⁰ Texto similar al inciso 3 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

¹¹ Texto similar al inciso 5 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1156 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

Al respecto el artículo 1432 del Código Civil señala¹²: “Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y **está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.** (...)” (El énfasis es nuestro).

III. OBLIGACIONES DE NO HACER

El Proyecto de Enmiendas propone modificar el artículo 1160 del Código Civil que es una norma de remisión. En efecto dicho artículo señala que son aplicables a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer una serie de disposiciones de las relaciones obligatorias con prestación de hacer.

El artículo 1160 remite al primer párrafo del artículo 1154 del Código Civil; es decir, excluye de aplicación para las relaciones obligatorias con prestación de no hacer. Esto tiene relación con el polémico tema de la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.

La doctrina tradicional considera que no es posible hablar de retardo, y por consiguiente de mora, en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer (ver Osterling Parodi por ejemplo). En la legislación comparada el artículo 1222 del Código Civil italiano y el 343 del boliviano, niegan expresamente su procedencia.

Cárdenas Quirós señala que “tratándose de aquellas obligaciones en las que la prestación de no hacer está dada por una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no hay duda acerca de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer se estará ante un caso de incumplimiento. Aquí, ciertamente, estará excluida la mora” y luego añade:

“Sin embargo, una situación distinta se suscita tratándose de las abstenciones que consisten en suspender o interrumpir una actividad, esto es empezar a no hacer algo.

En tales hipótesis la mora sí es factible en la medida, por supuesto, de que a pesar

del retraso en iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento”¹³.

Si se tiene en cuenta que la mora supone un retardo, debe tenerse en cuenta que habrá retardo siempre que la prestación no sea ejecutada oportunamente pero siempre que ésta sea susceptible de ejecutarse tardíamente. Si la prestación ya no es susceptible de ejecución tardía no habrá retardo sino incumplimiento. En tal sentido podemos distinguir:

- a) Relaciones obligatorias con prestación de no hacer no susceptibles de ejecución tardía. Son aquellas que al inejecutarse la prestación de no hacer (es decir, cuando se hace) ya no es posible la ejecución tardía. Ejemplo: no talar un árbol, no revelar un secreto, etc.
- b) Relaciones obligatorias con prestación de no hacer susceptibles de ejecución tardía. Son aquellas que al inejecutarse la prestación de no hacer (es decir, cuando se hace) aún es posible la ejecución tardía, “empezar a no hacer”. Ejemplo: el deudor, vencido el término, no suspende la actividad, pero al acreedor todavía tiene interés que se suspenda aunque lo sea tardíamente (pacto de no concurrencia).

Sin perjuicio de lo señalado, Cárdenas Quirós al referirse a la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer en la legislación nacional señala:

“El Código Civil de 1984 no contiene norma semejante a la del artículo 961 del Código brasileño o a la de los artículos 1222 del Código italiano y 343 del Código boliviano. Sin embargo, de algunos de sus preceptos puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad de que proceda la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”.

En efecto, el autor del Proyecto de Enmiendas

¹² Texto similar al inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

¹³ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”. En: THEMIS-Revista de Derecho 12. Segunda Época. 1988. p. 74.

si bien admite que hay supuestos en los cuales cabe la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, considera que de algunos de los preceptos del Código Civil puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad que proceda la mora en esa clase de prestaciones¹⁴.

El autor nacional se refiere al artículo 1160 del Código Civil que establece que son aplicables a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, entre otras las disposiciones del artículo 1154, primer párrafo.

“Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157”.

“Artículo 1154.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho a exigirle el pago de la indemnización que corresponda”.

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

El artículo 1160 excluye la aplicación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1154 y al respecto Osterling Parodi nos dice: “Conviene observar que no resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1154, referido a la constitución en mora del deudor, por cuanto ella es ajena a las obligaciones de no hacer”¹⁵.

En tal sentido, con la modificación propuesta por el Proyecto de Enmiendas se admitiría la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer en la legislación nacional.

IV. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

A. Definición de relación obligatoria con prestaciones alternativas

“Artículo 1161.- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas”.

La relación obligatoria con prestaciones alternativas es aquella que presenta dos o más prestaciones (cuando son más de dos se habla de “alternativa múltiple”) previstas alternativamente (disyuntivamente), es decir que en un momento posterior del nacimiento de la relación obligatoria, el vínculo recaerá sobre una (o algunas) de las prestaciones y sólo ésta (o éstas) deberá ser ejecutada. Hay al inicio una relativa indeterminación (determinabilidad).

De acuerdo al Código Civil (artículo 1161) cuando en la relación obligatoria han sido previstas o proyectadas diferentes prestaciones pero en forma disyuntiva (“obligación alternativa”) el deudor deberá cumplir solamente una de ellas.

No obstante, ello no significa que las partes no puedan acordar que de las diferentes prestaciones previstas o proyectadas en forma disyuntiva (“obligación alternativa”) el deudor deba cumplir más de una, siempre que la concentración (elección) que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada (ejemplo: elegir dos de cinco prestaciones). Esto es lo que pretende precisar el Proyecto de Enmiendas.

B. Elección

“Artículo 1162 (Primer párrafo).- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero (...)”.

El texto original del primer párrafo del artículo 1162 del Código Civil atribuye por defecto la facultad de elección al deudor. En el Proyecto de Enmiendas se atribuye al acreedor. Nos remitimos a lo dicho al analizar el Proyecto de Enmiendas respecto al artículo 1143 del Código Civil relativo a las obligaciones genéricas.

¹⁴ En nuestra opinión habría una contradicción al negar la posibilidad de la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer a pesar del artículo 1158 del Código Civil. En efecto, sólo es posible exigir la ejecución forzada de una prestación en la medida que sea susceptible de ejecución tardía.

“Artículo 1158.- El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada...
2. (...)”

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Octava edición. Lima: Grijley. 2007. p. 77.

C. El caso de duda

Conceptualmente es relativamente sencillo distinguir las relaciones obligatorias con prestaciones alternativas de las relaciones obligatorias con facultad de sustitución (obligaciones facultativas).

En la relación obligatoria con prestaciones alternativas existe inicialmente una relativa indeterminación del objeto. Éste se halla integrado por la concurrencia alternativa de varias prestaciones posibles. Inicialmente se sabe cuáles son en concreto tales prestaciones, pero como la obligación no se cumple a través de todas conjuntamente sino mediante una sola, de ahí que el propio objeto adolezca de una incertidumbre provisional.

En las relaciones obligatorias con facultad de sustitución inicialmente se sabe en concreto cuál es el objeto de la prestación, aunque el deudor tiene la facultad de sustituir dicha prestación por otra también previamente convenida.

No obstante, frente a un caso concreto puede suscitarse una duda respecto a si estamos frente a una relación obligatoria con prestaciones alternativas o frente a una relación obligatoria con facultad de sustitución (obligaciones facultativas). Por tal razón, los Códigos Civiles incluyen una norma para el caso de duda. Así, el artículo 1171 del Código Civil que dispone:

“Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa”.

Como puede apreciarse, nuestro Código Civil dispone que, en caso de duda, se la tiene por facultativa. Se sustenta tal solución señalando que en caso de duda (con una relación obligatoria con prestaciones alternativas) se debe favorecer al deudor, dejando entrever que las relaciones obligatorias con facultad de sustitución son menos gravosas para aquél (principio *favor debitoris*)¹⁶.

Pero la solución carece de lógica. En efecto, si existe duda entre una relación obligatoria con prestaciones alternativas y una con facultad de sustitución (obligaciones facultativas) es porque no se puede distinguir cuál es la prestación debida (prestación principal) y cuál es la prestación sustituta (prestación accesoria); en tal sentido, es absurdo considerar que en caso de duda se la debe tener por “facultativa”.

Sería más lógico pensar que en caso de duda las prestaciones se encuentran todas en el mismo plano y, por ende, se las debe tener como “alternativas”. Esta es la propuesta del Proyecto de Enmiendas, que es similar al artículo 651 del Código Civil argentino: “En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa”.

V. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

A. Inejecución de la prestación cuando se aplica la regla de la indivisibilidad¹⁷

De acuerdo con el artículo 1180 del Código Civil: “La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda”.

De acuerdo con Osterling Parodi¹⁸ el artículo citado se inspira en el artículo 1150 del Código Civil español, el cual establece lo siguiente: “La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación”.

¹⁶ Osterling Parodi comentando el artículo 1171: “El precepto dispone que en caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, ésta se tendrá por facultativa: in dubio pro solvente (La duda favorece al deudor)”. OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Op. cit. p. 89.

¹⁷ Cuando la organización de la pluralidad es parciaria y la prestación indivisible, la regla aplicable es el de la indivisibilidad. En este caso no se aplican las reglas de la organización parciaria pues, éstas sólo se aplican cuando la prestación es divisible; por tanto, se aplicarán las reglas de la indivisibilidad.

¹⁸ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”. Op. cit. p. 101.

Cristóbal Montes, comentando el artículo 1150 del Código Civil español, señala que éste es aplicable en caso incumplimiento por dolo o culpa del deudor¹⁹.

El artículo 1180 del Código Civil presupone un supuesto de pluralidad pasiva organizada de manera parciaria (mancomunada) con prestación indivisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la de la indivisibilidad. Esto supone que el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores el íntegro de la prestación (artículo 1176 del Código Civil).

¿Qué ocurre si se produce un incumplimiento por causas imputables a uno de los codeudores²⁰ que da lugar al remedio del resarcimiento de daños²¹?

En tal caso lo que debe determinarse es si la regla de la indivisibilidad continuará aplicándose teniendo en consideración ahora la “indemnización de daños y perjuicios” la cual se traducirá luego de su determinación en una obligación dineraria y, por tanto, divisible²².

Lo que el artículo 1180 del Código Civil dispone es que “cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización” y luego agrega “salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que corresponda”.

De acuerdo con Osterling Parodi esto significa que los deudores que, por culpa o dolo, no cumplieron, responden por el íntegro de la in-

demnización de daños y perjuicios; en cambio, los deudores no culpables (los que hubiesen estado dispuestos a cumplir) sólo responden por su parte del valor de la prestación original que era indivisible.

En la doctrina argentina, teniendo en cuenta el principio de la personalidad de la situación de culpa²³, quedan libres de satisfacer la indemnización. Ello resulta bastante obvio en la segunda parte del artículo 685 del Código Civil argentino que señala: “Sólo el autor de la violación del derecho debe soportar la indemnización que pueda exigir el acreedor, quedando libres de satisfacerla los otros codeudores”. Al respecto Cazeaux y Trigo Represas señalan: “Si bien esta pauta se refiere a las obligaciones de no hacer, cabe generalizarla con relación a toda clase de obligaciones indivisibles, pues existe identidad de razones que justifican su aplicación”²⁴.

Sin embargo, en nuestra legislación no queda claro lo que el artículo 1180 del Código Civil quiere decir cuando señala que los deudores parciarios no culpables “sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda”.

Osterling Parodi y Castillo Freyre al respecto señalan: “(...) consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables o no dolosos deberán por concepto indemnizatorio solamente su parte proporcional del valor de su participación en la prestación incumplida, pero referida, sin duda a la indemnización global de daños y perjuicios que tendría que

¹⁹ CRISTÓBAL MONTES, Ángel. “Las Obligaciones indivisibles”. Op. cit. p. 119.

²⁰ Con el término “lesión de crédito” se trata de determinar en qué medida los hechos se han ajustado o no a la prestación debida. se examinan las hipótesis objetivas de perturbación de la prestación debida y de objetiva insatisfacción del acreedor. Luego, cuando tales hechos son puestos en conexión con la valorización del comportamiento de los intervinientes se podrá deducir de ello la responsabilidad. Díez-Picazo distingue las siguientes formas básicas de lesión de crédito: (i) Situaciones de no prestación: donde el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación debida y, (ii) situaciones de prestación inexacta: donde el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, es decir, ha realizado una conducta, pero éste no coincide con la prestación debida. En las situaciones de no prestación se comprenden tres hipótesis: (i) la imposibilidad sobreviniente, (ii) el incumplimiento y (iii) el retardo (que puede llegar a ser mora) (DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Op. cit. pp. 567 y siguientes).

²¹ En el caso de mora se aplica el artículo 1194 del Código Civil. En este sentido OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las Obligaciones”. En: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen XVI. Primera Parte. Tomo III. Op. cit. p. 175. Debe quedar claro que cuando el Código Civil utiliza la expresión “se resuelve” no se refiere a la “resolución por incumplimiento”.

²² En este sentido José León Barandiarán al comentar el artículo 1207 del Código Civil peruano de 1936 (LEÓN BARANDIARÁN, José. “Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones”. Tomo II. Op. cit. p. 111).

²³ Al respecto ver CAZEAUX, Pedro y Félix TRIGO REPRESAS. “Compendio de derecho de las obligaciones”. Tomo I. Op. cit. p. 638. La culpa comprende: la culpa leve, la culpa grave y el dolo.

²⁴ *Ibidem*.

pagarse al acreedor precisamente por la inejecución de la obligación”²⁵.

Creemos que corresponde un análisis más preciso. Conforme al artículo 1321 del Código Civil, el resarcimiento por la lesión de crédito (imputable al deudor) comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Como señala Bianca, en el caso de incumplimiento, el daño emergente se especifica, entre otros, en la pérdida por el acreedor de la prestación a la cual tenía derecho y “tal daño es representado por el valor económico de la prestación”²⁶.

En tal sentido, la segunda parte del artículo 1180 del Código Civil se referiría sólo al caso del incumplimiento, excluyendo abiertamente el caso de la mora, puesto que sólo en la hipótesis de incumplimiento el daño emergente comprende el valor económico de la prestación. Por tanto, sólo los deudores culpables responden de la indemnización de daños y perjuicios por el íntegro (comprende el valor económico de la prestación por la parte que le corresponde en las relaciones internas, el lucro cesante y el daño moral de ser el caso) mientras que los deudores no culpables sólo contribuirían a la indemnización con la parte del valor económico de la prestación incumplida que le corresponde en las relaciones internas (no responden por el lucro cesante ni por el daño moral).

El Proyecto de Enmiendas, pretende resolver el problema interpretativo del artículo 1180 y propone lo siguiente: “La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar los daños irrogados al acreedor. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

Esta solución es similar a la del artículo 431 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) establece: “Si varios deben una prestación indivisible responden como deudores solidarios”.

En tal sentido, se propone, en el Proyecto de Enmiendas, que la regla de la indivisibilidad se

mantenga respecto a la indemnización de daños y perjuicios y el deudor no culpable que pague tendrá derecho de reembolso contra el o los deudores culpables. Esta es una solución similar a la que propone el mismo Proyecto de Enmiendas para la solidaridad²⁷, por tanto, parecería más razonable derogar el artículo 1180 del Código Civil y en el artículo 1181 incluir la remisión al artículo 1195 (conforme al texto propuesto en el Proyecto de Enmiendas).

B. Remisión

Cuando la regla que resulta de aplicación es la de la indivisibilidad, el crédito y la deuda también son íntegros (artículo 1176 del Código Civil); lo que las asimila a los casos en que la regla que resulta de aplicación es la de la solidaridad (artículos 1185 y 1186 del Código Civil), es por ello que el artículo 1181 del Código Civil remite a algunas normas de solidaridad que son aplicables a las indivisibles (estas se refieren básicamente a los efectos secundarios en las relaciones externas y a las relaciones internas).

En este sentido Bianca señala: “En el ámbito de las obligaciones plurisubjetivas una particular previsión normativa es reservada a las obligaciones indivisibles. La indivisibilidad es una calificación que se refiere al objeto de la obligación, pero ella adquiere una relevancia específica en presencia de una pluralidad de deudores o de acreedores en cuanto crea entre estos sujetos un vínculo de solidaridad. Las obligaciones indivisibles son por tanto tradicionalmente consideradas al lado de las obligaciones solidarias, de las cuales en realidad constituyen un subtipo”²⁸.

La identificación de la regla de la indivisibilidad con la de la solidaridad se encuentra recogida en el artículo 1.317 del Código Civil italiano, el cual señala: “Las obligaciones indivisibles se regulan por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto aplicables, salvo lo dispuesto por los siguientes artículos”.

La regla de la indivisibilidad es similar a la de la solidaridad en la medida que cada uno de

²⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las Obligaciones”. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen XVI. Primera Parte. Tomo III. Op. cit. p. 177.

²⁶ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 5 La responsabilità”. Milano: Giuffrè. 1994. p. 117. Según el autor italiano “el valor económico de la prestación se determina con referencia a su precio de mercado, o sea el precio medio pagado por aquel tipo de bien en el lugar del cumplimiento” (BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 5 La responsabilità”. Op. cit. p. 117).

²⁷ Ver lo dicho más adelante respecto a las similitudes entre la indivisibilidad y la solidaridad.

²⁸ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’obbligazione”. Op. cit. p. 692.

los sujetos implicados tendrá derecho a exigir todo (pluralidad activa) y el deber de cumplir todo (pluralidad pasiva), no obstante, Cristóbal Montes precisa “que el resultar obligado “por la totalidad” no es consecuencia de la pluralidad de sujetos existentes en la obligación, sino que dimana de la condición indivisible de lo debido”²⁹. Dicho de otra manera en la indivisibilidad el deudor debe todo, no por la forma como se organiza la pluralidad de deudores sino por la naturaleza de la prestación.

Para Trabucchi: “La función práctica de la solidaridad consiste en un reforzamiento del derecho del acreedor, en parte como garantía, en parte como favorecimiento de la exacción del crédito; la indivisibilidad, por el contrario, atiende a hacerse posible la realización unitaria de la prestación”³⁰.

El artículo 1181 del Código Civil señala:

“Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177”.

El primer párrafo se refiere a los casos en que la pluralidad se organiza de manera parciaria (mancomunada) y la prestación es divisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la indivisibilidad.

El segundo párrafo, en cambio, se refiere a los casos en que la pluralidad se organiza de manera solidaria y la prestación es indivisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la solidaridad además del artículo 1177 del Código Civil que corresponde a la indivisibilidad.

El Proyecto de Enmiendas modifica el segundo párrafo en los siguientes términos: “(...) Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, con excepción de lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, 1191, 1200, 1201 y 1202”.

Se propone incluir los artículos 1178 y 1179, además del 1177, que corresponden a la indivisibilidad. Además se excluyen las reglas de la solidaridad previstas en el 1187, 1189, 1190, 1191, 1200, 1201 y 1202 en el Código Civil.

V. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

A. El principio de no presunción de solidaridad

El Código Civil en su artículo 1183 sanciona la no presunción de solidaridad en el caso de pluralidad de sujetos. Esto significa que la solidaridad sólo tiene como fuente: (i) la voluntad “expresa” de las partes (solidaridad convencional); o (ii) la ley (solidaridad legal).

El Código Civil adopta así como lo hacen numerosos códigos, el principio señalado, basándose en el criterio del *favor debitoris*. Así, Osterling Parodi fundamenta la opción diciendo: “Ello se explica porque la solidaridad pasiva es muy severa y permite al acreedor cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los codeudores”³¹.

Nosotros creemos, en cambio, que en la práctica al existir una pluralidad pasiva las partes se inclinan por la solidaridad en la medida que la solidaridad pasiva otorga mayor garantía al acreedor en la percepción del crédito³².

Este fue el criterio seguido por el artículo 1294 del Código Civil italiano que señala: “I condebitori sono tenuti sin solido, se dalla legge o dal titolo no risulta diversamente”.

Siguiendo esta línea el Proyecto de Enmiendas propone el siguiente texto:

- “1. Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.
2. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.”

²⁹ CRISTÓBAL MONTES, Ángel. Op. cit. p. 34.

³⁰ TRABUCCHI, Alberto. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo II. Op. cit. p. 35.

³¹ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Op. cit. p. 352.

³² Ver lo dicho respecto a los “contratos incompletos”.

B. Pluralidad de vínculos. Modalidades distintas

En la solidaridad pasiva, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los codeudores según su libre elección; no obstante, esta elección podría ser limitada en relación a las diversas modalidades respecto a las cuales cualquier deudor se ha obligado.

Lo dicho se encuentra regulado expresamente en el artículo 1184 del Código Civil: “La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo”.

Como la obligación solidaria implica una pluralidad de vínculos, es posible que cada uno de los deudores (solidaridad pasiva) esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor o, igualmente el deudor común puede estar obligado con modalidades distintas ante los acreedores (solidaridad activa).

Así, por ejemplo, en el caso de la solidaridad pasiva, a favor de uno de los codeudores podría haberse previsto un “beneficio de orden”, en base al cual el acreedor tendría que reclamar preventivamente a uno de los deudores³³. Verbigracia: Primus y Secundus se obligan solidariamente frente a Brutus a entregar S/. 300.00 y se acuerda que Brutus primero deberá dirigirse contra Primus y sólo luego, contra Secundus. Al respecto téngase en cuenta que cada una de las relaciones obligatorias podría, por ejemplo, estar sujeta a plazos de vencimiento distintos.

De acuerdo con Puig Brutau puede hablarse de “solidaridad uniforme” cuando los acreedores y deudores estén vinculados por el propio modo y por unos mismos plazos o

condiciones, se habla de “solidaridad varia o diversa” en caso contrario³⁴. Albaladejo, en cambio, en el segundo caso prefiere hablar de “solidaridad no uniforme”³⁵.

Para Bianca³⁶ otra modalidad sería el “beneficio excusión” en base al cual el acreedor primero tendrá que actuar contra los bienes de uno de los codeudores (obligado principal) y sólo si el obligado principal no tiene bienes suficientes para satisfacer el crédito podrá dirigirse contra el otro (obligado subsidiario).

El Proyecto de Enmiendas propone el siguiente texto:

- “1. La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentra obligado con modalidades distintas ante los acreedores.
2. Tampoco queda excluida la solidaridad si la obligación no es válida respecto de uno de los deudores o acreedores.
3. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.”

Se incluye el segundo párrafo que no se encuentra en el texto del artículo 1184 del Código Civil, el cual sólo resultaría de aplicación siempre que en la pluralidad solidaria existan más de tres deudores o acreedores.

C. Principio de prevención

Aplicar el régimen de la organización solidaria significa que cualquiera de los acreedores (solidaridad activa) puede exigir la ejecución íntegra de la prestación del deudor, sin necesidad de prestar garantía como en las indivisibles, por cuanto son titulares del íntegro.

En tal sentido el artículo 1185 Código Civil establece: “El deudor puede efectuar el pago a

³³ Ver en este sentido BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 712.

³⁴ PUIG BRUTAU, José. “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo I. Segundo Volumen. Op. cit. pp. 183-184. En este mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil español, común y foral”. Tomo III. Op. cit. p. 138.

³⁵ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil”. Tomo II. Primer Volumen. Op. cit. p. 92.

³⁶ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 712.

cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”.

El Código Civil peruano de 1936 consagraba en el segundo párrafo del artículo 1212 el “principio de prevención” en virtud del cual el deudor debía efectuar el pago al acreedor que se lo demandaba.

“Artículo 1212.- El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno, a éste deberá efectuar el pago”.

El artículo 1296 del Código Civil italiano también consagra el principio de prevención cuando señala³⁷:

“El deudor tiene la elección de pagar a cualquiera de los acreedores, siempre que no haya sido requerido por uno de ellos con demanda judicial”.

Para que el deudor pierda la facultad de elección no es suficiente un requerimiento de pago extrajudicial, se requiere un requerimiento de pago judicial.

El Código Civil elimina el principio de prevención cuando establece en el artículo 1185 que “El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aún cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”. En tal sentido el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores solidarios dependiendo de su elección, incluso si hubiese sido demandado judicialmente por alguno de ellos.

El Proyecto de Enmiendas propone volver al principio de prevención estableciendo lo siguiente:

“1. El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no haya sido emplazado judicialmente por alguno. En tal caso, se libera sólo por el pago hecho al acreedor demandante.

2. El acreedor que cobra la deuda responde ante los demás acreedores por la parte que les corresponde en la obligación”.

D. Defensas oponibles

El artículo 1192 del Código Civil dispone: “A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores”.

Siguiendo a Monroy Gálvez “si el demandado, en ejercicio de su derecho de contradicción, quisiera defenderse del proceso iniciado en su contra, puede manifestar su derecho de defensa en tres modalidades distintas que, para efectos de su uso, no son excluyentes, queremos decir que el uso de una de ellas no descarta el de las otras³⁸”. Esas tres modalidades son:

- a) La “defensa de fondo”, la cual consiste “en el cuestionamiento directo que el demandado hace del derecho o de los hechos en los que el demandante sustenta su demanda. Dicho de otra manera, es la contradicción de la pretensión intentada en su contra³⁹”. Así por ejemplo, si el demandante pretende la ejecución de una prestación, el demandado ejercerá su derecho de defensa alegando el pago realizado.
- b) La “defensa previa”, “consiste en el cuestionamiento que el demandado hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante **debía** haber realizado un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante. Esta actividad previa está prevista regularmente en la norma jurídica, aunque en casos excepcionales puede ser convenida también por las partes⁴⁰”. Así, por ejemplo: el beneficio de inventario, el beneficio de excusión⁴¹.

³⁷ Igualmente el artículo 528 del Código Civil portugués y el 1.142 del Código Civil español.

³⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En: La formación del proceso civil peruano (Escrito Reunidos). Segunda edición aumentada. Lima: Palestra. 2004. pp. 359-360.

³⁹ *Ibíd.* p. 360.

⁴⁰ *Loc. cit.*

⁴¹ “Artículo 455 del Código Procesal Civil.- Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones”.

- c) La “defensa de forma”, esta es la “excepción”. “Cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa, un presupuesto procesal, o que no existe o existe, pero de manera defectuosa, una condición de la acción”⁴².

Al hablar de excepciones el artículo 1192 Código Civil lo hace, no en su sentido técnico o procesal, sino en un sentido más amplio que incluye la “defensa de fondo”.

Las excepciones (“medios de defensa de fondo”) pueden ser de dos clases:

- a) Excepciones subjetivas o personales.-son “aquellos casos en los cuales el derecho de rehusar la prestación aparece fundado en circunstancias personales de uno de los obligados o, si se prefiere, un derecho de rehusar la prestación que encuentra su fundamento en un hecho estrictamente personal”⁴³.

Se ubican en esta categoría⁴⁴:

- Aquéllas que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio constitutivo para uno solo de los deudores (ejemplo: incapacidad de ejercicio de uno de los deudores);
- Las derivadas de modalidades existentes para uno o alguno de ellos (ejemplo: existencia de un plazo en la obligación de uno de los deudores).

Las “excepciones personales” se distinguen, a su vez, en “excepciones inherentes a la persona” (ejemplo: incapacidad) y en “excepciones personales *strictu sensu* como aquella que se deriva de modalidades distintas para cada uno de los deudores. O, como las distingue

Hinestrosa: (i) “puramente personales” (ejemplo: la incapacidad) y (ii) “simplemente personales” (por ejemplo, la relación obligatoria con modalidades distintas).

- b) Excepciones objetivas, comunes o reales.- Son aquellos casos en los cuales el derecho de rehusar la prestación aparece fundado en circunstancias comunes a todos los obligados o, si se prefiere, un derecho de rehusar la prestación que encuentra su fundamento en un hecho común.

Se ubican en esta categoría⁴⁵:

- Aquéllas que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico constitutivo aplicable a todos los sujetos (ejemplo: la prestación es originariamente física o jurídicamente imposible);
- Las causas de extinción de la relación (ejemplo: el pago);
- Las modalidades que afectan la obligación con relación a todos los deudores solidarios (ejemplo: si el acto está sujeto a condición suspensiva).

Bianca, comentando el Código Civil italiano señala: “Las excepciones se distinguen en comunes y personales. Excepciones comunes son aquellas que tienen como objeto causas de invalidez, extinción e inexigibilidad que inciden sobre todas las relaciones obligatorias. Excepciones personales son en cambio aquellas que se refieren exclusivamente a la relación del deudor o del acreedor individual. Las causas de invalidez pueden constituir objeto de excepciones personales cuando, por ejemplo, se fundan en la incapacidad de ejercicio o en un vicio del consentimiento del codeudor individual. Excepciones personales son también aquellas que se fundan en las diversas modalidades de la prestación. Al codeudor individual, por ejemplo, podrían haberse

⁴² MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En: Op. cit. p. 368. Los presupuestos procesales son: (i) La competencia; (ii) La capacidad procesal; (iii) Los requisitos para la demanda. Las condiciones de la acción son: (i) El interés para obrar; (ii) La legitimidad para obrar.

⁴³ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 102. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 715.

⁴⁴ SALVAT, Raymundo. “Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General.” Tercera edición. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menendez. 1935. p. 369.

⁴⁵ SALVAT, Raymundo. Op. cit. p. 367.

acordado un plazo para el pago más largo o el beneficio de excusión⁴⁶.

A diferencia del Código Civil, el artículo 1.148 del Código Civil español distingue tres tipos de excepciones: (i) las que se derivan de la naturaleza de la obligación (nuestras excepciones comunes); (ii) las que le son personales al deudor en cuestión (las puramente o estrictamente personales); y, (iii) las que personalmente corresponden a los demás deudores (las simplemente personales). En este sentido, Caffarena Laporta señala: “En resumen, para nosotros en materia de excepciones oponibles hay que distinguir tres tipos: las reales, las personales y las puramente personales. Las primeras son “aquéllas que se deriven de la naturaleza de la obligación” en el lenguaje del Código, pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda. Las segundos pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho de cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa de la deuda. Las terceras derivan también de hechos concernientes a un solo deudor, tan sólo a éste pertenecen, y no pueden los codeudores utilizarlas frente al acreedor de ninguna manera⁴⁷.”

De acuerdo con el artículo 1192 Código Civil: “A cada uno de los (...) deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que les son personales y las comunes a todos los (...) deudores”.

Todos los codeudores pueden valerse de las excepciones comunes frente al acreedor común. Respecto a las excepciones personales rige la regla de acuerdo con la cuál en la solidaridad pasiva el deudor no puede valerse de las excepciones personales a los otros codeudores.

Bianca advierte que la regla que aplica a las excepciones personales en la solidaridad pasi-

va tiene tres excepciones importantes⁴⁸:

- a) Cuando la relación obligatoria ha sido contraída en interés exclusivo de uno de los deudores.
- b) Respecto a las causas extintivas de la relación obligatoria.
- c) Respecto a las causas de nulidad del título.

El Proyecto de Enmiendas propone:

“A cada uno de los acreedores solidarios puede oponérsele sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los acreedores. A su turno, cada uno de los deudores solidarios puede oponer sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los deudores”.

Como puede apreciarse se precisa la terminología utilizando el término “defensas” en lugar de “excepciones⁴⁹”.

E. Mora e incumplimiento

El artículo 1195 del Código Civil establece lo siguiente: “El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.

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

La solidaridad pasiva cumple una función de garantía. Díez-Picazo al respecto señala: “se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos⁵⁰”. Más adelante afirma: “(...) todos los deudores asumen la total

⁴⁶ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 715.

⁴⁷ CAFFARENA LAPORTA, Jorge. “La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas. 1980. p. 53.

⁴⁸ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 715.

⁴⁹ El artículo 514 del Código Civil portugués habla de “medios de defensa”.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen I. Segunda edición. Madrid: Tecnos. 1986. p. 432.

responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de una solidaridad de deudores se está aludiendo en rigor a una responsabilidad solidaria⁵¹.

Si tenemos en cuenta la función de garantía que tiene la solidaridad pasiva, es claro que el artículo 1195 resulta totalmente contradictorio, más aún si el mismo legislador, en la exposición de motivos, comentando el artículo 1186, reconoce: “El precepto responde, cabalmente, a la verdadera naturaleza jurídica de la solidaridad, vale decir, a la unidad de prestación, y demuestra que es ésta la garantía personal por excelencia⁵²”.

Nosotros consideramos que, teniendo en cuenta la función de garantía que cumple la solidaridad pasiva, resulta totalmente aplicable lo señalado por Albaladejo “(...) cada acreedor se encuentra garantizado por la responsabilidad total que alcanza a cada deudor por los actos de cualquiera de ellos (...)”⁵³; lo que significa que cualquier codeudor debe responder frente al acreedor de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento quedando a salvo que en las relaciones internas quien pague puede repetir frente al deudor culpable.

En este sentido el Proyecto de Enmiendas propone:

“El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de pagar solidariamente la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

Respecto a la mora del deudor, el artículo 1194 del Código Civil establece: “La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros”.

Osterling Parodi señala comentando el

artículo transcrito: “En cuanto al aspecto sustantivo, señala que la constitución en mora es personal y que, por tanto, no produce efecto respecto a los otros codeudores o coacreedores solidarios” y luego añade: “La culpa o el dolo, requisitos para que el codeudor o coacreedor solidario pueda ser constituido en mora, no se transfieren de ningún modo a los demás codeudores o coacreedores. Por ello el Código de 1984 prescribe en forma explícita que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios, no tiene efecto respecto a los otros⁵⁴”.

Respecto a la mora del deudor debe recordarse que se trata de un retardo imputable al deudor y, que de acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil, para que el deudor quede constituido en mora es necesario que el deudor sea interpelado por el acreedor (*mora ex persona*).

En tal sentido, cuando estamos frente a un caso de solidaridad pasiva, sólo quedará constituido en mora el deudor que, por culpa o dolo, retardara la ejecución de la prestación y siempre que hubiera sido interpelado. En tal sentido a los deudores culpables que no fueron interpelados y a los deudores no culpables no les alcanza la constitución en mora.

Si estuviéramos frente a un caso de *mora ex re*, entonces, todos los deudores culpables quedarán constituidos en mora de manera automática. Los deudores no culpables no quedan constituidos en mora.

En nuestra opinión, por los mismos argumentos señalados al comentar el Proyecto de Enmiendas respecto al artículo 1195, creemos que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios debe surtir efecto respecto de los demás; sin perjuicio del derecho de reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables (la modificación además se complementa adoptando la mora automática en el artículo 1333 del Código Civil).

Respecto a la mora del acreedor se requieren los siguientes presupuestos para que confi-

⁵¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. Primer Volumen. p. 432.

⁵² OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”. Op. cit. p. 353.

⁵³ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil”. Tomo II, Primer Volumen. Barcelona: Librería Bosch. 1980. p. 99.

⁵⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. Op. cit. pp. 114 y 115.

gure (ver artículo 1338 del Código Civil):

- a) Respecto del deudor: el ofrecimiento de pago de la prestación debida.
- b) Respecto del acreedor: la negativa, sin motivo legítimo, a prestar su colaboración.

Debemos advertir, sin embargo, que no es cualquier negativa la que constituye en mora al acreedor, sino que ésta debe ser injustificada o ilegítima.

Nuestro Código Civil, en el artículo 1338, utiliza la expresión “sin motivo legítimo”, lo que puede originar dudas sobre su significado.

Para un sector doctrinario, especialmente el argentino, la mora *creditoris* reconoce un ingrediente subjetivo; es decir, se requiere la culpa del acreedor para su constitución en mora⁵⁵. En tal sentido la expresión “sin motivo legítimo” o “injustificada” sería sinónima de culpa.

Otro sector, en cambio, considera que la mora del acreedor no presupone el factor subjetivo de atribución, así Díez-Picazo señala “la mora *credendi* no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la realización de la prestación.”⁵⁶

En este mismo sentido Visintini afirma: “En definitiva aquello que cuenta para los fines de la operatividad de los efectos de la mora es la individualización de los casos en los cuales sea debida la cooperación del acreedor: la omisión de esta, aún si inculpable, o provocada por las circunstancias a él no imputables, gatilla todos los efectos de la mora”⁵⁷.

Igualmente, Larenz dice “en sentido propio no es posible semejante culpa porque el acreedor, como tal, no está obligado, según el criterio legal, en principio, ni a la aceptación

ni a otra clase de cooperación”⁵⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico si los efectos de la mora del acreedor se inducen analógicamente con los de la mora *debitoris* debería admitirse la necesidad del factor de atribución subjetivo. Sin embargo, siguiendo a Larenz, consideramos que como no corresponde al acreedor un deber jurídico, no puede hablarse de culpa, por tanto, individualizados los casos en que se requiere la colaboración del acreedor, su omisión sin una causa justificada genera la situación de mora.

Siendo esto así, creemos que la respecto a la mora del acreedor, sólo el acreedor que recibe el ofrecimiento de pago y se niegue injustificadamente a recibir la prestación es el que debe quedar constituido en mora (mora *creditoris*).

El Proyecto de Enmiendas propone para el tema de la mora el siguiente tenor:

“La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible. El codeudor o coacreedor no culpable tiene derecho al reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

Por las razones antes expuestas, compartimos la solución respecto a la mora del deudor pero no respecto a la mora del acreedor.

E. Interrupción de la prescripción

El artículo 1196 del Código Civil señala: “Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los

⁵⁵ LÓPEZ CABANA, Roberto. “La demora en el derecho privado”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1989. p. 126. En el mismo sentido MOISSET DE ESPANES, Luis. En: Op. cit. p. 37.

⁵⁶ Díez-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 735. En el mismo sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Op. cit. p. 142.

⁵⁷ VISINTINI, Giovanna, CANNATA, Carlo Augusto y Marco PROSPERETTI. “L’adempimento delle obbligazioni”. En: Trattato di Diritto Privato. Diretto da Pietro Rescigno. Primer Volumen. Tomo I. Torino: UTET. 1988. p. 141.

⁵⁸ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 376. En el mismo sentido ver HEDEMANN, Justus Wilhelm. “Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones”. Tercer Volumen. Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. p. 188. ENNECCERUS, Ludwig. Op. cit. Primer Volumen. Tomo II. p. 294. VON TUHR, Andreas. “Tratado de las obligaciones”. Tomo I. Madrid: Editorial Reus. 1934. p. 64, nota (2).

demás deudores o acreedores”.

El proyecto de Enmiendas añade un párrafo “salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible”.

De acuerdo con el artículo 1933 del Código Civil: “La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho”.

Conforme con el primer párrafo del artículo 1184 del Código Civil:

“La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.”

En tal sentido, resulta lógico que si cada uno de los deudores solidarios está obligado como modalidades diferentes frente al acreedor (“solidaridad no uniforme”) y la obligación de uno aún no es exigible, si se interrumpe la prescripción respecto de los demás, ésta no podrá interrumpir una prescripción que no ha empezado a correr.

G. Suspensión de la prescripción

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1197 Código Civil:

“(…)

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación”.

El deudor que ejecuta el íntegro de la prestación goza del derecho de regreso frente a los demás deudores. El derecho de regreso es aquel que concede al deudor solidario (o

indivisible) que pagó la deuda la posibilidad de reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda.

En nuestro Código Civil el deudor solidario (o indivisible) que pagó tiene dos vías para ejercer su derecho de regreso: (i) La acción de regreso; o, (ii) La subrogación.

Solamente se podrá ejercitar la acción de regreso cuando no proceda la subrogación o cuando quien podría subrogarse no lo hace.

La acción de regreso presupone la extinción de la obligación y constituye un derecho *ex novo* que permite al titular reclamar a cada codeudor su parte de la deuda.

La subrogación es la otra vía en virtud de la cual el deudor solidario (o indivisible) que pagó la deuda tiene para reclamar la parte que le corresponde a cada uno de los codeudores en las relaciones internas. La subrogación implica que el acreedor que recibe el pago transfiere su crédito al deudor que paga, el cual ocupará la posición del acreedor originario. Al subrogarse pretenderá de sus codeudores la parte que les corresponde.

El artículo 1197 del Código Civil se refiere a la suspensión de la prescripción e indica que “la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás”. Esto supone que es posible que mientras el plazo de prescripción se mantiene suspendido para uno de los deudores, se produzca la prescripción respecto de los demás. Si esto fuera así ¿qué pasa si el deudor cuyo plazo de prescripción se encuentra suspendido paga? ¿Mantiene el derecho de regreso frente a sus codeudores liberados por prescripción?

El segundo párrafo del artículo 1197 precisamente responde estas preguntas. En este caso el deudor que paga el íntegro tiene el derecho de regreso pero una sola vía: la acción de regreso, por eso habla de “repetición”, aunque de manera incorrecta. En efecto, el término “repetición” supone restitución de quien recibió, cuando en realidad, en este caso, lo que corresponde es que le “reembolsen” lo que se pagó. En el segundo párrafo del artículo 1197, no procede la subrogación pues el deudor se sustituiría en una relación obligatoria prescrita.

Así, por ejemplo: D_1 , D_2 y D_3 se obligan solidariamente a pagar a A, la suma de $S/300$. Si D_1 y A se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, se suspende la prescripción respecto de ellos (inciso 2 del artículo 1994 del Código Civil⁵⁹) y sigue corriendo respecto de D_2 y D_3 . Si prescribiera respecto de éstos y luego D_1 le pagara a A, entonces D_1 tiene derecho de regreso por vía de la acción de regreso contra D_2 y D_3 .

El Proyecto de Enmiendas propone:

- “1. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.
2. Sin embargo, el deudor que pagó tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción contra el acreedor. A su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.”

Como puede observarse el texto le otorga la vía de subrogación, por lo que por las razones antes expuestas no estamos de acuerdo con la modificación propuesta en el Proyecto de Enmiendas, sin perjuicio de corregir el término “repetir”.

H. Renuncia a la prescripción

El artículo 1198 del Código Civil establece: “La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción. (...)”.

Al respecto hay que distinguir entre la renuncia anticipada al derecho de prescribir y la renuncia a la prescripción ya ganada. El derecho a prescribir es irrenunciable conforme al artículo 1990 del Código Civil.

“El derecho de prescribir es irrenunciable.

Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción.

Lo que sí es posible es la renuncia a la prescripción ya ganada conforme al artículo 1991 que señala: “Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada”.

En el caso de la solidaridad pasiva la renuncia a la prescripción ya ganada por uno de los deudores solidarios no surte efecto respecto de los demás y el deudor solidario que renuncia y paga pierde el derecho de regreso. El artículo del Código Civil utiliza la expresión “no puede repetir” mientras el Proyecto de Enmiendas dice, con mayor propiedad “no tiene derecho a reembolso”, veamos:

- “1. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho a reembolso contra los codeudores favorecidos con la prescripción declarada.
2. La renuncia a la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.”

I. Cobertura de la insolvencia

Conforme al artículo 1204 Código Civil:

“Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás”.

La obligación, como aspecto pasivo de la relación obligatoria, está compuesto por dos elementos: (i) el deber o la deuda; es decir, la necesidad de realizar una determinada conducta y; (ii) la responsabilidad, es decir, la sujeción de los bienes del deudor para soportar las consecuencias del incumplimiento.

Como señala Díez-Picazo “la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para

⁵⁹ Dicho sea de paso, en nuestra opinión, no se justifica que el inciso 2 del artículo 1994 del Código Civil sólo se refiera al caso en que los cónyuges adopten el régimen de sociedad de gananciales.

hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir”⁶⁰.

La “cobertura de la insolvencia” funciona sólo respecto de las relaciones internas puesto que en las relaciones con el acreedor la insolvencia de uno de los deudores solidarios no lo afecta, dado que siempre podrá dirigirse contra los demás codeudores solidarios (función de garantía de la solidaridad pasiva). La “cobertura de la insolvencia” en las obligaciones solidarias significa que en caso de insolvencia de alguno de los deudores solidarios, su parte (en las relaciones internas) se distribuye entre los demás.

Así, el primer párrafo del artículo 1204 Código Civil establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás (segundo párrafo del artículo 1204 Código Civil).

La cobertura de la insolvencia se mantiene mientras dura la insolvencia. Una vez que el insolvente deja de serlo, el deudor o deudores que realizaron la cobertura, tienen el derecho a reclamarle el reembolso la parte que ha sido cubierta.

El Proyecto de Enmiendas añade un tercer párrafo donde se hace esta última precisión: “El deudor solidario que soporta la insolvencia de otro, conserva el derecho a reclamarle posteriormente el reembolso de lo pagado, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

VII. CESIÓN DE DERECHOS

El cambio más radical que trajo el Código Civil peruano de 1984 en materia de obligaciones, y quizá el menos comprendido en el quehacer profesional, es el referente a la transferencia de las situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad.

El Código Civil de 1936 regulaba la cesión de créditos en el Libro quinto referido al derecho de obligaciones, específicamente en la sección quinta denominada “de los diversos contratos”.

Castañeda al respecto decía: “así como las cosas se venden, se cambian o se donan, los créditos y, en general, los derechos también se venden, se permutan o se donan. Los contratos de compra-venta, de permuta y donación tienen por objeto sólo cosas, no derechos”⁶¹.

Resulta claro que para el legislador de 1936, la cesión de créditos era un contrato cuya función económica consistía en la transferencia de la titularidad de un crédito, pudiendo realizarse a título oneroso o gratuito.

Esta última, es la postura que adoptan la mayoría de los Códigos latinoamericanos como el chileno (artículo 1901 y siguientes), el argentino (artículo 1434 y siguientes), el colombiano (artículo 1959 y siguientes), el ecuatoriano (artículo 1868 y siguientes) y el salvadoreño (artículo 1691 y siguientes).

De acuerdo con Castañeda: “no sólo se ceden créditos sino también derechos, razón por la que la denominación resulta insuficiente. Y la cesión de derechos se rige por las mismas disposiciones que regulan la cesión de créditos, por razón analógica”⁶².

El Código Civil de 1984, en cambio, ha regulado la “cesión” dentro del Capítulo Único del Título VII (transmisión de las obligaciones) de la Sección Primera del Libro VI. Lo hace, como un acto de disposición; es decir, como el modo de transferir la titularidad de cualquier situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad. En tal sentido utiliza la denominación “cesión de derechos”, siendo la cesión de créditos una especie de aquélla.

La titularidad de un crédito puede ser objeto de transferencia, como lo puede ser cualquier situación jurídica, salvo que las partes, la naturaleza de la obligación o la ley lo impidan.

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Primer Volumen. Op. cit. p. 389.

⁶¹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “La cesión de créditos”. Lima: Universidad de Lima, s/a.

⁶² *Ibid.* p. 6.

En otras palabras, el crédito, como la propiedad, puede ser objeto de transferencia.

En tal sentido, la transferencia de la titularidad de un crédito debe ser estudiada dentro del sistema general de transferencias, tomando en cuenta sus aspectos comunes y particulares.

Dentro de esta idea, debemos comprender que la transferencia de la titularidad del crédito constituye un efecto jurídico, el cual, de acuerdo con “la ley de la causalidad jurídica” responde a una causa. Es decir, que no puede producirse el efecto traslativo de la titularidad de ninguna situación jurídica subjetiva sin un hecho que constituya la realización del supuesto normativo, causa o antecedente legal necesario de tales consecuencias⁶³.

La doctrina y las diversas legislaciones se han referido a la transferencia de la titularidad de la situación jurídica creditoria, con la expresión “cesión de crédito”. Pero el término cesión tiene un significado anfibológico, pues no solamente se refiere al efecto sino, también, a la causa. En este sentido Panuccio ha dicho: “En la cesión el perfil del hecho y el perfil del efecto están íntimamente conectados y comúnmente se confunden. A veces por cesión se entiende la ideal transformación del mundo jurídico que consiste en la transferencia del crédito, es decir una diversa forma de darse el efecto jurídico. A veces se llama cesión al hecho real que ha determinado la transformación, por tanto no ya el efecto sino su antecedente jurídico⁶⁴”.

El artículo 1206 del Código Civil establece lo siguiente: “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”.

Del artículo transcrito se desprende que el legislador adopta, para la transferencia de la titularidad de situaciones subjetivas creditorias⁶⁵, la teoría de la doble causa, siendo la cesión el modo o acto de disposición.

De la Puente y Lavalle, ponente del articulado respectivo, señala en la exposición de motivos: “Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, bien sea contractual, como es el caso de la compraventa, la permuta, la donación, etc. de derechos, o bien extracontractual, como en el caso de la herencia o una disposición legal⁶⁶”.

Se acoge, por lo menos en principio, el sistema germánico de cesión de créditos que puede ser explicado de la siguiente manera: “La cesión convencional (*Abtretung*) es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*) o contrato real (*dinglicher Rechtsgeschäft*). Éste consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión (...), negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional (*obligatorisches Rechtsgeschäft*), que sería la causa última de la cesión, y que puede consistir tanto en un contrato (*pactum de cedendo*) de compraventa, permuta, donación (...)⁶⁷”.

Decimos que sólo en principio puesto que para el sistema germánico la cesión, como veremos, es un acto abstracto, lo que no sucede en nuestro sistema donde la cesión es un acto causado. En tal sentido, la bibliografía alemana sobre la materia debe ser utilizada, entre nosotros, con mucha cautela.

⁶³ ABELENDA, César Augusto. “Derecho Civil. Parte General”. Tomo II. Buenos Aires: Astrea. 1980. p. 173.

⁶⁴ PANUCCIO, Vincenzo. “La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento”. Milano: Dott. A. Giuffrè, Editore, 1955. p. 5. En el mismo sentido MENGONI (MENGONI, Luigi. Op. Cit. p. 2. nota (1). La legislación alemana utiliza el término *Abtretung* para referirse al hecho y el término *Übertragung* o *Forderungsübertragung* para los efectos.

⁶⁵ El artículo 1206 en realidad pretende comprender no sólo una cesión de créditos sino otras situaciones jurídicas distintas a la propiedad.

⁶⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel citado por OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las obligaciones”. En: Para Leer el Código Civil. Volumen XVI, Primera Parte. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994. p. 476. Nuestro Código no se limita a la transferencia de la titularidad del crédito sino comprende la transferencia de cualquier situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

⁶⁷ GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente. “Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)”. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XLV, fascículo I, Enero-Marzo, MCMXCII. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid. p. 103.

De esta manera el legislador se aparta de la opción del Código Civil de 1936 que consideró a la cesión como un contrato creador de obligaciones. La cesión de créditos era considerada, en el Código derogado, un contrato por el cual el “cedente” **se obligaba** a transferir al “cesionario” la titularidad (“propiedad”) de un derecho de crédito. Se pretendía así, dar un carácter autónomo a la cesión.

No obstante, así definida la cesión se confundía con cualquier otro contrato cuya función consistiera en transferir la titularidad de la propiedad, así la compraventa, la donación o la permuta. En efecto, se hablaba de “cesión-venta”, si la cesión se realizaba a cambio de un precio; “cesión-donación”, si era gratuita y “cesión-permuta”, si era por otro crédito.

Una variante de esta posición se encuentra en el *Code* de Napoleón, el Código Civil belga y en el Código Civil español. En éstos, la cesión de créditos no constituye un contrato autónomo, sino una variedad de la compraventa. En tal sentido Mengoni señala: “La cesión de créditos, desde el punto de vista de la *fattispecie*, no es una categoría autónoma, sino es una venta o permuta (cesión a título oneroso) o bien una donación (cesión a título gratuito)”⁶⁸.

De hecho, el Código Civil español regula la cesión de créditos (y de otros derechos) dentro del Título relativo a la compraventa (artículo 1.526 y siguientes).

Adoptar el sistema del título y del modo para la transferencia de la titularidad de un crédito como lo hace nuestro Código Civil, es un absurdo. En efecto, debe recordarse que

el sistema del título y del modo encuentra su justificación cuando se pretende que la transferencia de la titularidad de una situación jurídica, producida en virtud de un contrato, sea conocida *erga omnes*. En efecto, dado que mediante el contrato (título) no es posible dar publicidad a la transferencia es que se recurre al modo, que precisamente constituye el mecanismo de publicidad, así piénsese en la tradición o en el registro.

En nuestra opinión para la transferencia de la titularidad del crédito debería consagrarse el sistema de la causa única, de tal manera que, el efecto traslativo (la cesión como efecto) se produce de manera inmediata a la celebración de cualquier contrato con función traslativa. Esta es la solución que, por ejemplo, brinda el Código Civil italiano. En efecto, el Código Civil italiano de 1942 y el portugués de 1966, entienden que la cesión no reviste un carácter negocial sino que, más bien, constituye un efecto de los negocios con función económica traslativa.

De esta manera la cesión de créditos no sería una categoría autónoma. Si la transferencia del crédito es a cambio de un precio no es otra cosa que una compraventa⁶⁹. Si es gratuita se tratará de una donación.

En este orden de ideas Mengoni señala: “La cesión de créditos, desde el punto de vista de la *fattispecie*, no es una categoría autónoma, es una venta o permuta (cesión a título oneroso) o bien una donación (cesión a título gratuito)”⁷⁰.

Por lo tanto en nuestra opinión, en el tema de la cesión de créditos el cambio debería ser radical.

⁶⁸ MENGONI, Luigi. Op. cit. p. 22. nota (6). Comparte esta apreciación NAVARRO PEREZ, José Luis. “La cesión de créditos en el derecho civil español”. Granada: Editorial Comares. 1988. p. 28.

⁶⁹ Curiosamente el Código Civil de 1852 si admitía la venta de derechos. A propósito también sería conveniente modificar los artículos 1529, 1602, 1621 del Código Civil para que no se refieran únicamente a la transferencia de la propiedad sino que comprendan la transferencia de cualquier otro derecho.

⁷⁰ MENGONI, Luigi. Op. cit. p. 22. nota (6). Comparte esta apreciación NAVARRO PEREZ, José Luis. “La cesión de créditos en el derecho civil español”. Granada: Editorial Comares. 1988. p. 28.

APUNTES PARA UNA ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA Y SU CLASIFICACIÓN

Juan Espinoza Espinoza*

El Derecho de las obligaciones es una materia jurídica muy extensa y compleja. Se encarga de regular los elementos de la relación obligatoria y, además, sus momentos dinámicos: fisiológico y patológico. Es debido a esta complejidad que se suelen tipificar y clasificar los elementos y momentos de estas relaciones para intentar aclarar esta materia.

Es este el motivo por el cual el autor pretende responder, mediante ejemplos prácticos y la utilización de la doctrina comparada, interrogantes del derecho de las obligaciones. Es así que busca exponer, de manera clara, la clasificación de los elementos de las relaciones obligatorias y su tipología.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.

I. LOS SUJETOS

Los sujetos que conforman la relación jurídica obligatoria son el **acreedor** (titular de la situación jurídica de ventaja activa del **crédito**) y el **deudor** (titular de la situación jurídica de desventaja activa de **débito**)¹. La regla se configura en el sentido que los sujetos de la relación jurídica obligatoria siempre son determinados, sin embargo, hay casos excepcionales en los cuales son determinables (como, por ejemplo, en la promesa unilateral, regulada en el artículo 1956 del Código Civil), aunque se prefiere calificarlos de “formación progresiva del supuesto de hecho”². En el escenario de mutabilidad de las situaciones jurídicas (como en los títulos valores) se suele hablar del carácter “ambulante”³ de la relación⁴. En puridad, se trata de obligaciones con “sujeto variable”⁵.

Siempre en el caso de la promesa unilateral, los sujetos –frente al promitente– tienen un **legítimo interés**, es decir, “el interés a que la prestación no sea realizada o la elección no se efectúe en ventaja de una persona ajena a lo estipulado por el promitente”⁶. En efecto, si yo prometo pagar US\$ 1,000.00 al que encuentre a mi perro Fido (con determinadas características), los interesados en obtener la recompensa son titulares de este legítimo interés (contemplado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil). Queda claro que, quien encuentra a Fido, ya es titular de un crédito frente al promitente.

Frente al contrato por persona a nombrar (artículo 1473 del Código Civil), el contrato a

favor de tercero (artículo 1457 del Código Civil) y la cesión de la posición contractual (artículo 1435 del Código Civil) nos encontramos frente a una **posición de carácter alternativo** sea del acreedor o del deudor⁷.

A. El favor debitoris (una percepción crítica)

En lo que se refiere a la situación económica, personal y social de las partes, se sostiene que “la disciplina de la relación obligatoria está adecuada al principio de la paridad de los sujetos”⁸. Se agrega que “sería arbitrario, en la general construcción de la figura y en el examen de las relaciones obligatorias, hace coincidir siempre el débito con la posición social y económica subalterna y el crédito como una situación “hegemónica” en el ámbito de las relaciones sociales”⁹. Por ello, “la base positiva del favor para el obligado ha sido individualizada en normas que tienen una específica razón y que no permiten una generalización en el sentido indicado”¹⁰ (tal sería la presunción del plazo de cumplimiento a favor del deudor, ex artículo 179 del Código Civil, o el derecho del deudor a la elección de la obligación alternativa cuando no ha sido atribuido a otro, ex artículo 1162 del Código Civil). En esta línea de pensamiento, “el “favor” para el deudor, cuando se trata de construirlo en términos generales, parece sugerido por una imagen *dickensiana* de la sociedad, descuidando que los “deudores” de la normativa del Código son, por regla general, los operadores económicos, mientras son pocas las normas y escasos los remedios previstos por las situaciones de sujetos de

¹ Con razón, se afirma que “es claro que también en la obligación de no hacer el deudor confiere, “da” idealmente una cosa al acreedor, le hace tener aquella típica utilidad que resulta para él de la abstención; y por parte suya, sacrifica algo, renuncia a aquel eventual provecho que éste podría obtener de la libre disposición de la actividad propia”. BETTI, Emilio. “Il. Struttura dei rapporti d’obbligazione”. En: “Teoria generale delle obbligazioni.” Milano: Giuffrè. 1953. p. 78. En este mismo sentido, quien sostiene que “el *no hacer* debe considerarse un comportamiento activo, al igual que el *hacer*”. GIORGIANNI, Michele. “L’inadempimento. Corso di Diritto Civile”. Tercera edición revisada. Milano: Giuffrè. 1975. p.601.

² RESCIGNO, Pietro. “Obbligazioni (nozioni)”. En: Enciclopedia del Diritto. XXIX. Milano: Giuffrè. 1979. p. 165.

³ Como hace GIORGIANNI, Michele. Op. cit. p. 585. Esta expresión ha sido calificada como “bastante discutida”. BRECCIA, Umberto. “Le obbligazioni”. En: Trattato di Diritto Privato. A cura de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI. Milano: Giuffrè. 1991. p. 126.

⁴ RESCIGNO, Pietro. Op. cit. p. 164.

⁵ BETTI, Emilio. “III.2.- Vicende dell’obbligazione”. “IV.- Difesa preventiva e successiva dell’obbligazione”. En: Teoria generale delle obbligazioni. Milano: Giuffrè. 1955. p. 67.

⁶ RESCIGNO, Pietro. Op. cit. p.165.

⁷ Ibid. p.166.

⁸ Ibid. p. 173.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibid. p. 424.

modesta o precaria condición económica”¹¹. En este mismo sentido, se afirma que las categorías de deudor y de acreedor “son, en sí, posiciones socialmente neutras, son sólo roles diversos que se juegan en el mecanismo de las relaciones y de las actividades económicas”¹². También se afirma que “en línea de máxima la obligación es el modelo de la relación de derecho civil, que por esencia es paritario”¹³.

Este razonamiento resulta inaplicable dentro de las relaciones de consumo, en las cuales específicamente, se regula el principio pro consumidor. En efecto, el artículo V.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, del 01 de septiembre de 2010, establece que: “En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio **en caso de duda insalvable** en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor” [El énfasis es nuestro].

Lo curioso de este artículo es que es el primero que tiene que ser interpretado a favor del consumidor. En efecto: la interpretación pro consumidor no se debe aplicar sólo cuando hay “duda insalvable”, se aplica cuando existen diversas opciones interpretativas y, entre ellas, se prefiere (en atención a su particular situación de vulnerabilidad) la más favorable al consumidor.

II. EL OBJETO: LA PRESTACIÓN

Siempre de acuerdo al lenguaje normativo, “el objeto de la obligación es la prestación, la cual consiste en la conducta del deudor; incluso la abstención, así como la actividad de dar o de hacer, constituye un “tipo” de conducta”¹⁴. En

una feliz expresión, “es el programa material o jurídico que el deudor está obligado a realizar y al cual el acreedor tiene derecho”¹⁵.

En la prestación, se distingue un **momento subjetivo** “que se refiere al comportamiento de cooperación requerido al deudor” y un **momento objetivo** “que afecta a la utilidad que la prestación está llamada a aportar al acreedor: utilidad de carácter típico y que normalmente se vincula al señalado comportamiento de cooperación”¹⁶. En otras palabras, se distinguen dentro de la prestación, dos elementos: el subjetivo es la conducta de cooperación y el objetivo es la utilidad típica atribuida¹⁷.

Se sostiene que “el orden de intereses que tenga en vista una relación obligatoria, debe ser en general, un orden razonablemente social: exigencia que comprende los requisitos de la prestación, contemplada en el orden de intereses acordado, vale decir: *a) ser lícita* moral y jurídicamente; *b) posible* natural y jurídicamente y, finalmente, *c) determinada o determinable* (debe contemplar un comportamiento de cooperación bien circunscrito”¹⁸.

Se explica que la prestación es jurídicamente posible “cuando el hecho prometido *no está prohibido* por la ley”¹⁹. La prestación es ilícita cuando contraviene normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Por orden público se entiende “el conjunto de normas que, aunque no se encuentren en expresas disposiciones legales, constituyen los principios fundamentales de ordenamiento jurídico del Estado y son la expresión de los intereses generales e inderogables del mismo ordenamiento”²⁰. Las buenas costumbres son “la moral social, o sea el conjunto de reglas que, distintas de tiempo en tiempo y de lugar a lugar, constituyen la normal limitación que la vida asociada impone al libre desarrollo

¹¹ *Ibíd.* p. 176.

¹² ROPPO, Vincenzo. “Istituzioni di diritto privato”. Segunda edición. Bologna: Monduzzi Editore. 1996. p. 343.

¹³ BRECCIA, Umberto. *Op. cit.* p. 5.

¹⁴ RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.* p. 184.

¹⁵ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile 4. L’obbligazione”. Milano: Giuffrè. 1993. p. 68.

¹⁶ BETTI, Emilio. “Teoria generale delle obbligazioni II”. *Op. cit.* p. 39.

¹⁷ *Ibíd.* p. 76.

¹⁸ *Ibíd.* p. 46.

¹⁹ GIORGIANNI, Michele. *Op. cit.* p. 602.

²⁰ *Ibíd.*

de los instintos del individuo”²¹. Se advierte que no debe confundirse la ilicitud de la prestación con la ilicitud de la causa, por cuanto, “la primera se refiere exclusivamente a la evaluación del comportamiento que surge de la obligación, mientras la segunda atiende a otras evaluaciones, sin excluirse aquella del “fin” perseguido por el sujeto”²².

El Código Civil peruano, a diferencia del italiano, no establece legislativamente el **carácter patrimonial de la prestación**. Sin embargo, éste queda sobre entendido de la definición legislativa de la obligación (relación jurídica patrimonial) que se extrae de la interpretación sistemática de los artículos 1351 y 1402 del Código Civil. La segunda parte del artículo 1403 del Código Civil hace referencia a “la prestación en que consiste la obligación”: si la obligación es la relación jurídico-patrimonial y el contenido de ésta es la prestación, resulta forzoso el carácter patrimonial de la misma. Por ello, “la patrimonialidad es un carácter objetivo de la prestación”²³. En este orden de ideas, “la naturaleza patrimonial de una prestación es fácilmente identificable cuando las prestaciones de este tipo son habitualmente solicitadas y suministradas en una lógica de intercambio económico, porque en tal caso éstas tienen un *valor de mercado*: es el caso de la prestación del taxista. Pero puede calificarse patrimonial también la prestación que no tenga un valor en el mercado: el índice de la patrimonialidad puede ser constituido, por ejemplo, por el hecho que a cambio de aquella prestación haya sido prevista una *contraprestación* (directamente en moneda, o al menos monetizable); o que aquella prestación sea funcional a un preciso *interés patrimonial*, del acreedor, al cual puede atribuirse un valor económico”²⁴. El almorzar y conversar con una persona carece de contenido patrimonial; pero si por estos comportamientos se paga una cantidad de dinero (contraprestación), se convierten en

una prestación (con el contenido económico determinado por el “precio de la compañía”).

El artículo 1174 del Código Civil italiano establece que la prestación “debe responder a un interés, incluso no patrimonial del acreedor”. Se advierte que, según la teoría tradicional, la ausencia de interés “convierte en inexistente el vínculo e importa su liberación automática”²⁵. Sin embargo, una atenta doctrina observa que “el interés del acreedor en cuanto tal no es un elemento decisivo para la permanencia o no del vínculo obligatorio”²⁶.

El transporte por cortesía (el típico caso del “aventón”) es un banco de prueba que un comportamiento puede ser calificado como prestación o no. Así, “el “interés” ocasional de la persona que hace *auto stop* a ser transportado a un destino, cualquiera que sea el acuerdo amical con el conductor, no presenta, a falta de otras circunstancias relevantes de hecho, los extremos de un derecho de crédito. El transporte es normalmente calificado como de “cortesía”, puesto que el interés del viajero no ha sido elevado (ni si quiera implícitamente) al rango de un valor que se someta al control del derecho”²⁷. Por estas consideraciones, vale decir, al estar frente a un acuerdo desprovisto de trascendencia jurídica alguna (ya que la “común intención” del chofer y del pasajero no era vincularse contractualmente, ni la ley califica este supuesto como generador de efectos jurídicos), en caso de un accidente, las reglas a aplicarse serían las de responsabilidad extracontractual. Como acertadamente ha sido puesto en evidencia, no se trata de un problema de patrimonialidad de la prestación, sino de “juridicidad de la obligación”²⁸.

Así, “debe afirmarse la posibilidad que las mismas partes asuman una obligación con expreso e inequívoco entendimiento que la relación que deriva deberá mantenerse en el ámbito social y no jurídico. Se habla al respecto

²¹ Ibidem.

²² Ibid. p.603.

²³ Ibid. p.585.

²⁴ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 334.

²⁵ ALPA, Guido. “Manuale di Diritto Privato”. Sexta edición. Padova: CEDAM. 2009. p. 422.

²⁶ Ibidem.

²⁷ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 38.

²⁸ GIORGIANNI, Michele. Op. cit. p. 589.

de *pacto entre caballeros* o *gentlemen's agreement*, situación caracterizada por un contenido patrimonial de la prestación, así como de un interés económico del acreedor; pero de la voluntad declarada de no *juridizar* la relación, porque las partes se someten a sanciones extrajurídicas (descrédito comercial, cese de las relaciones de negocios)²⁹.

En lo que a **títulos valores** se refiere, “justo en vista de que están destinados a circular, el uso del tráfico y la ley admiten que, al traspaso de la posesión legítima (propiedad) del documento (título) se vincule un ingreso en la legitimación del crédito, que según una metáfora (corriente antes que se elaborase la noción del título legal) se “incorpora” a aquel³⁰. Por ello, se configura “una obligación que nace de la declaración cartular (representada en el documento) como una relación obligatoria separada de su base causal, de manera tal de hacer inoponibles las excepciones ex causa a quien ingrese en la legitimación en virtud de una legítima posesión³¹. Se agrega que, “justo para hacer que el crédito sea idóneo para una rápida circulación y a una pronta realización, el documento que lo contiene (título de crédito) se eleva a la categoría de título legal, que no sólo prueba el hecho constitutivo –la declaración cartular suscrita con la emisión, la aceptación o la transmisión del título– sino prueba además la eficiencia actual de la relación obligatoria, de la cual el título es instrumento³².”

La prestación “puede tener los *contenidos más variados y heterogéneos*, porque éstos no están pre-establecidos de manera rígida por la ley, sino que pueden ser libremente determinados por los sujetos, más allá de los esquemas legales: a diferencia de los derechos reales, los derechos de crédito no obedecen al criterio del número cerrado, sino a aquel de la *atipicidad*”³³. Sobre la base de los posibles contenidos de la prestación, las

obligaciones se pueden clasificar en:

a) Obligaciones con prestaciones de dar, “son aquellas en las cuales la prestación consiste en el *entregar una cosa*; al interior de esta categoría, tiene particular importancia la sub-categoría de aquellas en las cuales la cosa a entregar es una suma de dinero (obligaciones pecuniarias)³⁴. La primera parte del artículo 1134 del Código Civil, siguiendo el modelo del artículo 1177 del Código Civil italiano, establece que “la obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega”. Debe tenerse en cuenta que la **custodia**, “lejos de constituir una (posible) prestación, no es más que un momento *instrumental* de otra prestación primaria (de *entregar-restituir*). Por ello, cuando se entiende que la custodia constituya un *deber integrado instrumental* (a *protección* de la cosa) *ex fide bona* no se hace más que reconocer el carácter meramente instrumental de la custodia, su razón de ser en función de otro deber primario³⁵.”

b) Obligaciones con prestaciones de hacer, “son aquellas en las cuales la prestación consiste en un *comportamiento activo del deudor, diverso de la entrega de una cosa*; el comportamiento puede referirse a una cosa (restaurar un cuadro, construir un edificio, tener en custodia un automóvil, etc.); pero también puede prescindir de cualquier referencia a una cosa (curar a un enfermo, defender a un acusado, rodar un *film*, jugar *football*, administrar una sociedad, trabajar como dependiente en una empresa, etc.). Es prestación de hacer aquella que consiste en el transferir la propiedad de una cosa; aquí el comportamiento debido no es (como en las obligaciones de dar) el hecho material de poner la cosa en las manos del acreedor, sino es el comportamiento

²⁹ GAZZONI, Francesco. “Manuale di Diritto Privato. X”. Edición actualizada con referencias de doctrina y de jurisprudencia. Napoli: ESI. 2003. p. 554.

³⁰ BETTI, Emilio. “Teoria generale delle obbligazioni”. III.2. IV. Op. cit. p. 77.

³¹ *Ibid.* p. 78.

³² *Ibidem.*

³³ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 332.

³⁴ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. pp. 332-333.

³⁵ DI MAJO, Adolfo. “Adempimento in generale. Libro quarto: Obbligazioni artt. 1177-1200”. En: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. A cura de Francesco GALGANO. Bologna-Roma: Zanichelli-II Foro. 1994. pp. 3-4.

del acto jurídico necesario para transferir legalmente la propiedad de la cosa del deudor al acreedor³⁶.

- c) **Obligaciones con prestaciones de no hacer o negativas**, “son aquellas en las cuales la prestación consiste en un *comportamiento de abstención* del deudor, obligado a no cumplir determinados actos o no desarrollar determinada actividad (no vender cierta cosa, no competir con el acreedor, no trabajar para cierta empresa, etc.)³⁷.”

La ejecución de la prestación puede ser periódica, cuando debe realizarse en intervalos de tiempo regulares (como es el caso del pago mensual del arrendamiento de un bien) o **continuada**, cuando no hayan apreciables interrupciones del cumplimiento de la obligación (como el suministro de la energía eléctrica)³⁸. En este caso, “las prestaciones ya ejecutadas no están sujetas a restitución, puesto que, en el momento en que fueron cumplidas, tuvieron una justificación autónoma que no viene a menos como consecuencia de la extinción de la relación³⁹. Distinto es el caso en el cual las partes acuerden **fraccionar una sola prestación**, que sea susceptible de una sola ejecución y que no se prolongue en el tiempo, en una pluralidad de pagos o entregas a cumplirse en un período de tiempo y con vencimientos recurrentes y cronológicamente establecidos (como es el caso de la compra de un bien a plazos). Estos pagos “no tienen una justificación autónoma, sino sólo son relevantes en el marco de la prestación unitaria considerada (el precio total de la adquisición o de la cantidad total de la mercadería pactada)”⁴⁰. Así, “si se verifica un evento que provoca la disolución de la relación obligatoria, las prestaciones efectuadas deben ser restituidas, porque no es posible el cumplimiento integral y los “pagos” parciales entonces carecen de un

eficaz fundamento jurídico⁴¹. Tenemos el artículo 1563 del Código Civil que regula lo siguiente:

“La resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido; teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

Alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal”.

Se propone la siguiente clasificación de “cooperación debida”⁴²:

- a) Aquellas obligaciones que tienen como término de referencia un comportamiento de cooperación que se valoriza bajo un parámetro de diligencia y de habilidad técnica⁴³. Como es el caso de la locación de servicios (artículo 1764 del Código Civil).
- b) Las obligaciones en las cuales el deudor debe cumplir un resultado, un “opus”, el resultado útil de un operar⁴⁴. Como el supuesto del contrato de obra (artículo 1771 del Código Civil).
- c) Las obligaciones en las cuales, si bien siempre hay un interés del acreedor, la cooperación debida del obligado es más virtual que actual. En este escenario el obligado asume la garantía contra ciertos riesgos⁴⁵. Como es el caso del contrato de seguro.

Para las obligaciones de resultado se dicta “la

³⁶ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 333.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 163.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibid. p. 164.

⁴² BETTI, Emilio. “I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione”. En: Teoria generale delle obbligazioni. Milano: Giuffrè. 1953. p. 127.

⁴³ Ibid. pp. 127-128.

⁴⁴ Ibid. p. 128.

⁴⁵ Ibid. p. 129.

severa regla de la responsabilidad objetiva por incumplimiento⁴⁶. No obstante se critica la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, se admite que “en verdad, varía, la proporción de los dos elementos, de tal manera que hay relaciones en las cuales el “comportamiento” prevalece respecto al “resultado” o viceversa, según una amplísima gama de valores, sin que se altere la fisonomía de la relación obligatoria, en la cual, el elemento característico es dado siempre por la presencia de un *comportamiento* del deudor, a través del cual se satisface el interés del acreedor⁴⁷.”

III. EL MOMENTO DINÁMICO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

Se suele hablar de **adquisición derivada** (cuando existe una relación jurídica patrimonial precedente) y **adquisición originaria del crédito** (cuando no existe tal relación precedente)⁴⁸. Será derivada la adquisición del crédito por efecto de una cesión del exartículo 1206 del Código Civil y originaria la adquisición del crédito del tercero, en un contrato a favor de éste exartículo 1457, Código Civil). Dentro de la adquisición derivada, a su vez, se distingue la **adquisición derivada por transferencia** (el derecho adquirido tendrá el contenido y extensión del derecho primitivo) de la **adquisición derivada constitutiva** (el derecho se adquiere por separación de una parte del derecho original). La cesión de posición contractual del exartículo 1435 del Código Civil sería una adquisición derivada por transferencia, mientras será constitutiva la adquisición de un crédito por un subarrendamiento (artículo 1692 del Código Civil).

Respecto de los sujetos de la relación jurídica, se individualizan, en el desenvolvimiento de la obligación, los siguientes supuestos⁴⁹:

a) Una sucesión o accesión, según que al sujeto pre-existente, ingrese o se agregue un nuevo sujeto.

b) Un sub-ingreso del lado activo o pasivo, en la posición de sujeto de la relación (inmutable respecto del resto) o en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación.

c) Una conversión de la relación con cambio del sujeto (novación).

d) Un supuesto extintivo (resolución, receso –entendido como apartamiento unilateral–, exclusión).

A. El cumplimiento

El cumplimiento es el modo típico de extinción de la obligación⁵⁰. Consiste “en la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor y produce la extinción de la obligación en virtud de la satisfacción del interés del acreedor y de la liberación del deudor del vínculo⁵¹”. Sin embargo, “puede verificarse la satisfacción del interés con eficacia extintiva de la relación también ante la falta de comportamiento del deudor, como sucede con el cumplimiento por parte de un tercero y con la ejecución forzada en forma específica. Y puede suceder lo contrario, que la realización de la prestación lleve a la liberación de deudor y extinga la obligación sin que el interés del acreedor esté satisfecho⁵²”. Este último es el caso del pago al acreedor aparente (artículo 1225 del Código Civil).

El cumplimiento del deudor “tiene naturaleza meramente ejecutiva de una obligación pre-existente a su cargo. La justificación del desplazamiento patrimonial que se verifica con el cumplimiento debe remontarse a la razón por la cual el vínculo se constituyó y fue aprobado por el ordenamiento, el contrato del cual nació la obligación o el hecho ilícito del que derivó la obligación de reparar el daño o el pago indebido que provocó la obligación de restituir (y a su vez las excepciones a la no repetición de lo pagado, como la obligación natural), se resuelven en la configuración de causas de

⁴⁶ RESCIGNO, Pietro. Op. cit. p. 191.

⁴⁷ GIORGIANNI, Michele. Op. cit. p. 598.

⁴⁸ RESCIGNO, Pietro. Op. cit. p. 198.

⁴⁹ BETTI, Emilio. “Teoria generale delle obbligazioni”. III.2.- IV. Op. cit. pp. 5-6.

⁵⁰ RESCIGNO, Pietro. Op. cit. p. 202.

⁵¹ *Ibíd.* p. 182.

⁵² *Ibíd.*dem.

justificada atribución patrimonial)⁵³. Debido a esta naturaleza ejecutiva, el cumplimiento “es extraño al campo de la autonomía negocial, y por ello se comprende que las reglas relativas a los requisitos subjetivos y al objeto del cumplimiento sean diversas al régimen de los negocios”⁵⁴. Por ello, “para la validez del cumplimiento del obligado no se requiere la capacidad de ejercicio, ni siquiera una específica voluntad dirigida a la extinción de la obligación. La voluntad del deudor es relevante cuando éste tenga varias deudas de la misma especie frente a la misma persona; el deudor debe declarar que crédito debe imputarse el pago y sólo a falta de declaración vienen en auxilio los criterios establecidos por la ley”⁵⁵. Dichos criterios se encuentran precisados en el artículo 1259 del Código Civil. Estas consideraciones no son de aplicación en el caso del **cumplimiento realizado por un tercero**, debido a que “es un negocio unilateral del cual el autor es el tercero y el destinatario el acreedor”⁵⁶ (artículo 1222 del Código Civil).

El cumplimiento de la obligación **puede ser realizado por un tercero dependiente** (artículo 1325 del Código Civil) **o no dependiente del deudor** (artículo 1222 del Código Civil). Téngase en cuenta que el concepto civilista de dependencia no coincide con el laboral, es decir, no hay necesariamente una relación de subordinación, basta actuar bajo las instrucciones y por cuenta del deudor.

En ciertos casos, el pago se hace a una persona distinta del acreedor, por ejemplo, si el acreedor es declarado incapaz, es conveniente pagar a su representante⁵⁷, el pago de ordinaria administración hecho al dependiente, que resulta ser un representante de hecho (dentro de la representación tolerada ex artículo 165, Código Civil).

El artículo 1227 del Código Civil establece que:

“El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada”.

Respecto del modelo de la “utilidad del pago”, se sostiene que éste es un problema de “conservación”, o sea “un problema de conversión, con eventual *reducción* del supuesto de hecho y la correspondiente *degradación* o *disminución* de los efectos jurídicos”⁵⁸.

Los **principios que rigen el pago** son:

a) **Principio de identidad**, por el cual el objeto del pago “debe coincidir exactamente con el que correspondía que se “prestara” según la fuente constitutiva de la obligación”⁵⁹.

b) **Principio de integridad**, por el cual “el pago debe ser *completo*, es decir, el objeto del pago tiene que ser *cuantitativamente* igual al objeto del crédito”⁶⁰.

B. Los modos de extinción diversos del cumplimiento

1. La imposibilidad de la prestación

“Impossibilium nulla est obligatio”
(D, 50, 17, 185).

La imposibilidad puede clasificarse en **imposibilidad física** e **imposibilidad jurídica**. La primera se configura “cuando el comportamiento debido no puede –teniendo en cuenta los conocimientos y los medios técnicos existentes en el momento que surge la obligación– ser cumplido por el deudor. Así la obligación de entregar cosas inexistentes o curar las enfermedades mediante la

⁵³ Ibidem. En contra, BETTI, Emilio. “Teoria generale delle obbligazioni, III”. Op. cit. pp. 113-114. quien, no obstante entiende que se trata de un “acto debido”, no es inconciliable con el concepto de “negocio jurídico”, poniendo de relieve “el carácter de transferencia onerosa”.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibid. p. 203.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 348.

⁵⁸ BETTI, Emilio. Op. cit. p. 127.

⁵⁹ WAYAR, Ernesto C. “Derecho Civil. Obligaciones. I”. Buenos Aires: Depalma. 1990. p. 361.

⁶⁰ Ibid. p. 376.

brujería⁶¹. La imposibilidad jurídica se da “cuando la actividad prometida no puede, según el ordenamiento jurídico, obtener el resultado propuesto por las partes⁶², como sería el caso de vender cosas fuera del comercio.

Se distingue, también, dentro de la imposibilidad de la prestación, la **imposibilidad objetiva**, “intrínseca a la naturaleza expresa de la prestación, tal de constituir un impedimento para la generalidad de las personas”, de la **imposibilidad subjetiva**, “la cual depende de las condiciones particulares del obligado, de un impedimento que surge en su persona o en la esfera interna de su economía individual⁶³. También se les denomina como imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa⁶⁴. Se observa que “la imposibilidad jurídicamente relevante frente al acreedor es sólo la objetiva; pero esta es esencialmente relativa al tipo de relación obligatoria del que se trata. No se debe creer que los diversos tipos de relaciones obligatorias gobiernen uniformemente la conducta debida del acreedor: tales relaciones requieren una intensidad de esfuerzo, compromiso, que varía según el tipo al cual pertenecen⁶⁵.”

La imposibilidad puede ser **originaria** (cuando surge con la obligación) o **sobrevenida** (cuando viene en un segundo momento)⁶⁶. La primera afecta la validez del negocio jurídico, la segunda genera la extinción de la obligación.

El artículo 1316 del Código Civil establece que la obligación se extingue y el artículo 1317 del mismo que no hay lugar a indemnización (salvo pacto contrario) en caso que el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, sean “por causas no imputables al deudor”. El artículo 1218 del Código Civil italiano prescribe que: “El deudor que no cumple exactamente la prestación

debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a su persona”.

Sobre esta disposición se observa que está inspirada en un *favor creditoris*, el cual “se manifiesta en hacer asumir al deudor la carga de una doble prueba liberatoria: la prueba que el incumplimiento es debido a *imposibilidad* de la prestación (ya que, si la prestación fuese aún posible la responsabilidad del deudor no podría, en línea de principio, considerarse excluida); y la ulterior prueba que la imposibilidad, que ha dado lugar al incumplimiento, es debida a *causa no imputable a su persona*”⁶⁷. La primera parte del artículo 1256 del Código Civil italiano, regula que: “La obligación se extingue cuando, por una causa no imputable al deudor, la prestación deviene en imposible”.

2. El riesgo contractual

Se enuncia de la siguiente manera: “siendo imposible, por causa no imputable a ninguno de los contrayentes, la actuación del orden de intereses previsto por el contrato, se impone establecer cuál de las partes deba asumir el daño ocasionado, y la consiguiente pérdida del “*commodum obligationis*” del cual era titular⁶⁸. El problema del riesgo contractual “surge sólo en consecuencia de la liberación del deudor por la sobrevenida imposibilidad de la prestación, sin confundirse con el problema que la sobrevenida imposibilidad propone⁶⁹. Se individualizan tres escenarios⁷⁰:

a) Dado un contrato con prestaciones recíprocas, convertida en imposible una prestación por causa no imputable al obligado, con la consiguiente liberación de éste (de acuerdo al artículo 1316 del Código Civil), tiene que verse si la contraparte esté

⁶¹ GIORGIANNI, Michele. Op. cit. p. 601.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ BETTI, Emilio. “Teoria generale delle obbligazioni. I.” Op. cit. p. 48.

⁶⁴ GIORGIANNI, Michele. Op. cit. p. 602.

⁶⁵ BETTI, Emilio. Op. cit. p. 112.

⁶⁶ GIORGIANNI, Michele. Op. cit. p. 602.

⁶⁷ DELFINI, Francesco. “Dell'impossibilità sopravvenuta. Art. 1463-1466. Il Codice Civile. Commentario”. Fundado por Piero SCHLESINGER y dirigido por Francesco Donato BUSNELLI. Milano: Giuffrè. 2003. pp. 6-7.

⁶⁸ BETTI, Emilio. Op. cit. p. 154.

⁶⁹ *Ibid.* p. 163.

⁷⁰ *Ibid.* p. 154.

igualmente obligada a la prestación o esté liberada de la misma. Ello significa, en otros términos, establecer quién pierde el “*commodum obligationis*”⁷¹.

b) Dado un contrato con obligación unilateral, convertida en imposible la prestación por causa no imputable al deudor, con la consiguiente liberación de éste, tiene que verse quién soporta el daño de la falta de actuación del orden de intereses previsto. Así, por ejemplo, dado un contrato de mandato y convertido en imposible el desarrollo de la actividad que el mandatario estaba obligado frente al mandante, se debe decidir si éste se encuentra igualmente obligado a resarcir los gastos y los daños eventualmente sufridos por el mandatario al iniciar el desarrollo de aquella actividad que después devino imposible o infructuosa⁷².

c) Dado un contrato con obligaciones plurilaterales, como podría ser el caso del artículo 223 del Código Civil, convertida en imposible la prestación de una de las partes, tiene que verse si las otras partes están igualmente liberadas o si permanecen igualmente obligadas y, en las relaciones asociativas, se debe decidir si las pérdidas se asumen en una cuenta común⁷³.

Existen casos en los que aparentemente nos encontramos frente a un riesgo contractual; pero –según la doctrina que vengo siguiendo– “se trata de un caso fortuito que se verifica en la esfera interna del deudor y no produce su liberación, porque es irrelevante frente al acreedor”⁷⁴. Entre éstos, se encuentra la **asunción del riesgo**, en materia de comodato.

En efecto, el artículo 1743 del Código Civil establece que: “Si el bien fue tasado al tiempo de celebrarse el contrato, su pérdida o deterioro es de cuenta del comodatario, aún cuando hubiera ocurrido por causa que no le sea imputable”.

Se sostiene (a propósito del artículo 1806 del Código Civil italiano) que esta norma “encuentra a su progenitor en un célebre texto de las fuentes romanas: D. 13, 6, 5, 3; el cual considera la hipótesis que la cosa dada en comodato haya sido valorizada, no solo, sino que el comodatario “*aestimationem se praestatorum recepit*”, es decir, ha garantizado la restitución del equivalente. ¿Qué cosa significa este “*receptum*” en el sentido de “*aestimationem praestare*”? Significa que el *accipiens* ha asumido el riesgo de la pérdida: significa que el comodatario ha asegurado al comodante, en el momento en el cual recibía la cosa, que cuando, por cualquier razón, no pudiese restituirla *in natura*, éste asumía el pago de la valorización”⁷⁵. En otras palabras, en atención a este antecedente, si la pérdida o el deterioro del bien dado en comodato se producía, incluso, aún cuando hubiera ocurrido por causa no imputable, no era (sólo) por la tasación previa, sino porque esta era acompañada de la asunción de responsabilidad por parte del comodatario. El modelo que han asimilado los Códigos civiles italiano y peruano (intuyo que por olvido o descuido) ha prescindido del *receptum*. Si las partes quieren escapar de esta previsión legal, deberán especificar en el acto constitutivo del comodato que la tasación no implica la asunción del riesgo por parte del comodatario⁷⁶. Ello, porque la previsión contenida en el artículo 1743 del Código Civil es de carácter supletorio (no sanciona con nulidad un pacto en contrario).

Se afirma que **la excesiva onerosidad de la prestación** no resuelve el contrato, sino extingue la obligación. Entonces, lo regulado en el artículo 1467 del Código Civil italiano y en el artículo 1440 de nuestro Código Civil (en el sentido de la resolución del contrato) sería un “errado esquema dogmático”⁷⁷. **¿Cuál es la diferencia con la imposibilidad sobreviniente?** Esta (si es por causa no imputable al deudor) extingue la obligación, mientras que la excesiva onerosidad no libera al deudor, sino que le genera el derecho a

⁷¹ Ibid. pp. 154-155.

⁷² Ibid. p. 155.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibid. p. 166.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibid. p. 167.

⁷⁷ Ibid. p. 182.

solicitar una revisión del contrato (a través de la denominada acción *quanti minoris*) o a pedir su resolución. En otras palabras, “en la imposibilidad sobrevenida sucede que el orden de intereses diseñado en la cooperación del otro, así como era previsto en el contrato, no puede realizarse por circunstancias sobrevinientes de las cuales una parte no pueda reclamar a la otra. Entonces, dado que el deudor queda liberado de la obligación de la prestación devenida en imposible, se pregunta cuál de las dos partes, o si eventualmente ambas y en qué medida, deban soportar la pérdida del *“commodum obligationis”*. En la excesiva onerosidad sucede, en cambio, que la actuación del previsto orden de intereses permanece abstractamente posible, pero la cooperación solicitada a una de las partes, que puede ser sólo la deudora (así en el contrato que genera obligaciones sólo para una), se presenta en proceso de tiempo excesivamente onerosa. Decimos “en proceso de tiempo”, porque se supone siempre una distancia cronológica, un lapso de tiempo, decurso entre el momento de la conclusión de contrato y el momento de la ejecución de la prestación. Esta se presenta más tarde excesivamente onerosa: excesivamente, respecto a aquella que al momento del contrato era la razonable valoración comparativa del *costo* previsible y del *rendimiento* previsible (para la contraparte) de la prestación. Término de comparación, por lo tanto, es la entidad económica, el peso que ésta representa para el patrimonio del deudor frente a la ventaja a aportarse al acreedor. Entonces el deudor de la prestación, devenida en excesivamente onerosa, no se libera; sin embargo, se perfila un peligro: el peligro de la ruina que lo afecta, por el excesivo costo de la prestación, a su economía y que un derecho inspirado a la exigencias de la sociabilidad no puede ignorar”⁷⁸.

Otro sector de la doctrina entiende que la diferencia entre imposibilidad y excesiva onerosidad “es *cuantitativa*, en vez de *cualitativa*, en el sentido que la imposibilidad sobrevenida se reconstruye como hipótesis de excesiva onerosidad intolerable en la

medida, tanto que desnaturaliza la prestación y la convierte en otra”⁷⁹. El artículo 1440 del Código Civil regula que:

“En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

No se olvide que la revisión del contrato se produce por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, “en el sentido que no podían tenerse en cuenta en el momento en el cual el contrato ha sido concluido por un contrayente de ordinaria diligencia que, teniendo en cuenta la calidad de las partes, el contenido de las obligaciones del contrato, se perfilen riesgos mayores”⁸⁰. Frente al principio de autorresponsabilidad, “la situación se presenta diversa, en tanto el alea que excede el límite normal, típico del contrato sea tal de presentar el sacrificio económico del deudor desproporcionado respecto al correspondiente beneficio a favor del acreedor”⁸¹. En este sentido, “si de cooperación se trata, no es honesto, no es humano (porque es antisocial) pretender del deudor el sacrificio patrimonial por ser fiel al contrato”⁸².

IV. LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

Las obligaciones con prestaciones alternativas se configuran cuando en una relación jurídica patrimonial existen varias prestaciones y el deudor se libera cuando cumple íntegramente una de ellas. La elección (salvo pacto en contrario) le corresponde al deudor.

⁷⁸ *Ibíd.* p.190.

⁷⁹ DELFINI, Francesco. *Op. Cit.* p.11. siguiendo a TRIMARCHI, Pietro. “Sul significato económico dei criteri di responsabilità”. RTDPC. 1970. p. 531.

⁸⁰ BETTI, Emilio. *Op. cit.* p. 192.

⁸¹ *Ibíd.* p.193.

⁸² *Ibíd.* p. 194.

Se suelen distinguir las obligaciones complejas, colectivas o múltiples de las obligaciones simples. Ello depende de la pluralidad o unicidad de las prestaciones dentro de la obligación. Dentro de la primera categoría se ubican las obligaciones alternativas, cuya nota característica “reside en el hecho que, como objeto de tal obligación, figuran varias prestaciones (dos o más de dos) (o, si se quiere, una única prestación con pluralidad de objetos) tratándose de una obligación con objeto plural y se puede encontrar en tal aspecto la justificación de la expresión “obligaciones objetivamente colectivas”⁸³. En suma, nos encontramos frente a una obligación con prestaciones plurales. Las obligaciones con prestaciones alternativas “tienen por objeto dos prestaciones puestas en el mismo plano: en estas el deudor se libera cumpliendo una de las dos”⁸⁴.

La obligación alternativa se diferencia de la obligación genérica en el hecho que en esta última la prestación recae en un bien o una cosa perteneciente a un *genus* más o menos limitado, mientras que en el caso de la obligación alternativa, se trata de bienes o de cosas apreciables en su individualidad y especificidad “heterogéneos entre sí desde el punto de vista ontológico y cuya satisfacciones considerada homogénea sólo por la voluntad de las partes”⁸⁵. Ejemplo de obligación alternativa sería comprometerme a entregar mi libro “El Código da Vinci” de Dan Brown o mi bicicleta y de obligación genérica, comprometerme a entregar 3 botellas de vino blanco. No se olvide que la obligación alternativa es un tipo de obligación compleja, mientras que la genérica es simple. Al pasaje de la pluralidad de prestaciones a una sola se le denomina “concentración”⁸⁶. La elección tiene la naturaleza de un acto ejecutivo, no negocial, que está pre-ordenado instrumentalmente por la voluntad de las partes a efectos del cumplimiento de la obligación y tiene carácter recepticio⁸⁷ (artículo 1163 del Código Civil).

La obligación facultativa es un tipo de obligación compleja en la cual hay una prestación principal y una prestación accesoria. El deudor (si se le ha conferido ese derecho), puede optar por el cumplimiento de una de las prestaciones y con ello librarse del débito.

Las obligaciones facultativas “tienen por objeto una sola prestación: pero el deudor tiene la facultad de liberarse cumpliendo una prestación diversa, que sustituye a la original”⁸⁸.

La obligación alternativa se diferencia de la obligación facultativa en que, mientras en la primera hay “varias prestaciones *in obligatione* y una *in solutione*, en el caso de las obligaciones facultativas (que también se llaman con “facultad alternativa”) la prestación debida es única; pero al deudor (en el caso que la facultad le sea atribuida) se le da la posibilidad de librarse de la obligación de cumplir la prestación debida a través de otra prestación que no es *in obligatione*”⁸⁹. En la obligación alternativa las prestaciones se encuentran en igualdad de condiciones; en la facultativa, existe una relación de accesoriedad. Si una de las prestaciones de la obligación alternativa deviene en nula o en imposible de cumplir (por causas no imputables a las partes), se convierte en una obligación simple (artículo 1167 del Código Civil). Si la prestación principal de la obligación facultativa deviene en nula o en imposible de cumplir (por causas no imputables a las partes), la obligación se extingue (artículo 1169 del Código Civil). Si esto sucede con la prestación accesoria, la obligación se convierte en simple (artículo 1170 del Código Civil).

Diverso es el supuesto de la **obligación condicional**, vale decir, “el caso en el cual una prestación se subordina a otra (por ejemplo: el pago de una suma a la entrega de una cosa)”⁹⁰ y el de las **obligaciones acumuladas**, en las cuales “todas las prestaciones son puestas

⁸³ DI MAJO, Adolfo y Bruno INZITARI. “Obbligazioni alternative”. En: Enciclopedia del Diritto. XXIX. Milano: Giuffrè. 1979. p. 214.

⁸⁴ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 340.

⁸⁵ DI MAJO, Adolfo y Bruno INZITARI. Op. cit. p. 215.

⁸⁶ *Ibid.* p. 218.

⁸⁷ *Ibid.* p. 220.

⁸⁸ ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 341.

⁸⁹ DI MAJO, Adolfo y Bruno INZITARI. Op. cit. p. 217.

⁹⁰ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 214.

indistintamente al deudor. La obligación está determinada desde su origen y no está destinada a convertirse en simple. El deudor se libera con la ejecución de todas las prestaciones”⁹¹.

El supuesto base de la relación obligatoria se reduce al esquema deudor-acreedor, cuando en verdad, lo que se configura con mayor frecuencia en la experiencia jurídica es la **simultaneidad de posiciones activas y pasivas de los mismos sujetos** en una relación de este tipo: me estoy refiriendo a los contratos con obligaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código Civil). En este caso, uno se encuentre “de frente al resultado de la intersección (funcional) de dos relaciones que tienen, por decir así, una dirección inversa, en cuanto el sujeto acreedor en una es deudor en la otra y viceversa”⁹².

V. LAS OBLIGACIONES SUBJETIVAMENTE COMPLEJAS

Las obligaciones se pueden clasificar en subjetivamente simples y subjetivamente complejas. Se advierte que, “cuando una relación obligatoria, en vez de vincularse un solo deudor y un solo acreedor, esté caracterizada por la presencia de una pluralidad de deudores y/o acreedores, se tiene una obligación subjetivamente compleja”⁹³. Los elementos constitutivos son⁹⁴:

a) **Una pluralidad de sujetos**, dentro de este escenario, se pueden individualizar dos modelos: el primero, en el cual los co-deudores y/o los co-acreedores generan posiciones jurídicas que son “fines a sí mismas” y el segundo, en el cual dentro de las posiciones de co-débito y/o de co-crédito “domina el principio de organización”⁹⁵. En otras palabras, en el primer modelo los sujetos tienen comparten las mismas ventajas y desventajas, mientras

que en el segundo, los sujetos tienen un régimen diferenciado.

b) La “*eadem res debita*”, vale decir, que a la pluralidad de sujetos le corresponde una sola prestación. Se encuentra dentro de este supuesto “la aparente pluralidad de prestaciones fusionada en una sola”⁹⁶, como es el caso de la obligación de un conjunto musical (trío, cuarteto) o de una compañía de actores en una función.

c) La “*eadem causa obligandi*”, la obligación que une a los sujetos debe proceder de la misma fuente, del mismo hecho generador, como puede ser un contrato o un hecho ilícito⁹⁷. En materia de responsabilidad extra-contractual debe tenerse en cuenta el artículo 1983 del Código Civil

Un principio que rige a las obligaciones subjetivamente complejas es el de **paridad de tratamiento**, sea de acreedores o deudores, en el plano del derecho sustancial, correspondiendo en el plano del derecho procesal el litisconsorcio necesario⁹⁸.

A. La tipología

1. Las obligaciones con prestaciones divisibles e indivisibles

La obligación con prestación divisible está definida en el artículo 1172 del Código Civil: “Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda”.

La obligación con prestación divisible es aquella que se puede cumplir *pro parte*.

⁹¹ Ibídem.

⁹² BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y Ugo NATOLI. “Diritto Civile 3. Obbligazioni e contratti”. Torino: UTET. 1989. p. 29.

⁹³ BUSNELLI, Francesco Donato. voz “Obbligazioni soggettivamente complesse”. En: Enciclopedia del Diritto. XXIX. Milano: Giuffrè. 1979. p. 329.

⁹⁴ Ibídem. p. 330. En el mismo sentido, aunque con reserva, DI MAJO, Adolfo. “Obbligazioni solidali (e indivisibili)”. En: Enciclopedia del Diritto. Op. cit. p. 298.

⁹⁵ Ibídem. p. 331.

⁹⁶ Ibídem. p. 332.

⁹⁷ Ibídem. p. 333.

⁹⁸ Ibídem. p. 342.

La prestación indivisible “es una prestación (única e) indivisa, aunque sea susceptible de ser cumplida en partes”⁹⁹. **La indivisibilidad puede ser objetiva** (por la naturaleza de la prestación, como entregar un animal vivo) **o subjetiva**¹⁰⁰ (por decisión de las partes, entregar un día determinado 100 unidades de una mercancía). El artículo 1175 del Código Civil define a las obligaciones indivisibles en estos términos: “La obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse”.

La indivisibilidad se presenta tanto en las obligaciones simples como en las subjetivamente complejas ya que es un “determinado modo de ser de la prestación”¹⁰¹. A propósito del artículo 1181 del Código Civil (que remite a varios artículos que regulan la responsabilidad solidaria), se puede advertir que “entre las varias funciones que puede servir el mecanismo de la solidaridad, están también el de proteger, en la fase ejecutiva, la unidad de la prestación indivisible”¹⁰².

2. Las obligaciones con prestaciones mancomunadas y solidarias

El artículo 691 del Código Civil argentino define a las obligaciones simplemente mancomunadas de la siguiente manera: “En las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito o la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados. Las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros”.

Por ello se sostiene que “la obligación simplemente mancomunada implica, en virtud del título o de la ley, un fraccionamiento

del vínculo, de acuerdo con la pluralidad de sujetos que la integran”¹⁰³. La diferencia de una obligación mancomunada con una divisible estriba en que la primera incide respecto a la pluralidad de sujetos (acreedores o deudores), mientras que la divisible sobre la prestación.

La solidaridad está definida en el artículo 1292 del Código Civil italiano de la siguiente manera: “La obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados por la misma prestación, de manera que cada uno puede ser compelido al cumplimiento por la totalidad y el cumplimiento por parte de uno libera a los otros, o cuando entre varios acreedores, cada uno tiene el derecho de solicitar el cumplimiento de la totalidad de la obligación y el cumplimiento logrado por uno de ellos libera al deudor de todos los acreedores”.

De la lectura de este precepto se puede deducir fácilmente que existe **solidaridad activa** (de acreedores) y **solidaridad pasiva** (de deudores). El vínculo de solidaridad “puede referirse, sea a la hipótesis en la cual existan los extremos de una obligación subjetivamente compleja, sea en el caso en el cual dos o más obligaciones diferentes esté vinculadas por un nexo de accesoriedad”¹⁰⁴ (como el caso de la fianza solidaria). En efecto, “el deudor “garantizado” que cumplió, no tiene ningún “regreso” frente a su garante. A su vez, el fiador, una vez que haya cumplido con su autónoma obligación, tiene el derecho de dirigirse a deudor garantizado, en cuanto entra en la posición que el acreedor tiene frente al deudor originario y ejercita el mismo derecho”¹⁰⁵.

Nota característica de la solidaridades que existen relaciones internas y externas. En el caso de la solidaridad pasiva, por ejemplo, todos los deudores (así como cada uno de ellos) responden por la totalidad de la prestación (artículo 1186 del Código Civil)

⁹⁹ Ibid. 339.

¹⁰⁰ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 171.

¹⁰¹ BUSNELLI, Francesco Donato. Op. cit. p. 340.

¹⁰² Ibid. p. 341.

¹⁰³ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y Roberto LÓPEZ CABANA. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995. p. 507.

¹⁰⁴ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 180.

¹⁰⁵ Ibid. p. 182.

(**relación externa**), mientras que, entre ellos mismos se presume *iuris tantum* que cada uno es titular de una parte igual integrante de la deuda (artículo 1983, Código Civil) (**relación interna**). Se sostiene que, en las relaciones internas, el principio fundamental es el que “la obligación “se divide” entre los diversos deudores y los diversos acreedores”¹⁰⁶. Otro principio es el de “igualdad “de las partes” en base a la cual se realiza la “división”, salvo que no resulte cosa diversa”¹⁰⁷. Esta expresión (“división”) debe ser entendida como necesaria “refracción” de la obligación en las relaciones entre los diversos deudores o acreedores y ello no en el sentido natural, sino en el significado de un particular comportamiento de la obligación solidaria *post factum* (es decir, después del pago) en las relaciones internas entre los deudores (o los acreedores)”¹⁰⁸. En este sentido, “el reparto es proporcional: corresponde a la medida de la participación de cada uno al débito o al crédito que es de todos. La “división” tiene como finalidad la obtención, en las “relaciones internas” al grupo de los cotitulares, de un resultado que corresponde a la posición que cada deudor y cada acreedor asume con respecto a la común titularidad de la relación”¹⁰⁹. Por ello se prefiere hablar de los principios de “proporcionalidad” y de “paridad de tratamiento”¹¹⁰.

La diferencia entre indivisibilidad y solidaridad, es que la primera recae en el aspecto objetivo de la obligación (es un modo de ser de la prestación) y la segunda en el subjetivo (vale decir, los sujetos intervinientes). La solidaridad entraña, forzosamente, una pluralidad de sujetos, mientras que la indivisibilidad (puesto que es de la prestación) se puede presentar también en las obligaciones subjetivamente simples. Si queremos ser más complicados, se puede decir que “el principio de solidaridad es la forma más comprensiva de mediación entre intereses de los deudores (entre ellos), así como entre estos y el “común” interés

del acreedor o viceversa, con particular referencia a la trama de relaciones que corren entre todos. El principio de la indivisibilidad es, en cambio, la forma de mediación de un más circunscrito (y diverso) conflicto, el que se localiza “en el valor de uso” de cosas o de hechos, cuya satisfacción (al común acreedor o acreedores) debe ser garantizada en tanto “a ser deudores” de aquella cosa o aquel hecho, sean varios sujetos. Es esta la exigencia que el principio de obligación de cada deudor “por la totalidad” quiere garantizar”¹¹¹. Si observamos, esta distinción está hecha en función de las obligaciones indivisibles con pluralidad de deudores.

Entre solidaridad e indivisibilidad “no hay una relación de tendencial autonomía, sino de posible complementariedad”¹¹². Sin embargo, se advierte que puede haber obligaciones indivisibles, con pluralidad de sujetos, no solidarias¹¹³.

De la lectura del artículo 1204 del Código Civil las obligaciones solidarias pueden ser “con interés común” y “con interés unisubjetivo”. Ello, marca la siguiente diversidad de tratamiento en caso que uno de los codeudores sea insolvente:

“Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás”.

El supuesto de interés unisubjetivo puede ser el de un deudor con dos fiadores solidarios. El de interés común, un grupo de obligados solidariamente por responsabilidad extracontractual ex artículo 1983 del Código Civil.

¿Qué pasa si uno de los deudores solidarios ha pagado y otro deviene en insolvente?,

¹⁰⁶ DI MAJO, Adolfo. Op. cit. p. 317.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Con ello se entiende claramente que se trata de un principio de *presunción* de igualdad.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 319.

¹⁰⁹ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 188.

¹¹⁰ *Ibid.* p. 189.

¹¹¹ DI MAJO, Adolfo. Op. cit. p. 304.

¹¹² BUSNELLI, Francesco Donato. Op. cit. p. 341.

¹¹³ *Ibidem*.

El artículo 1299 del Código Civil italiano establece lo siguiente:

“El deudor solidario que ha pagado la deuda puede repetir de sus codeudores sólo la parte que les corresponde.

Si uno de estos es insolvente, la pérdida se reparte entre los otros codeudores, incluido quien hizo el pago.

La misma norma se aplica cuando sea insolvente el codeudor en cuyo exclusivo interés se asumió la obligación”

En efecto, se sostiene que “si el deudor que ha pagado sufre el riesgo de la insolvencia (de otro), se tendría de nuevo un desequilibrio: la insolvencia de uno no dañaría a todos, sino sólo a quien ha cumplido con la prestación debida”¹¹⁴.

En el Código Civil peruano, el **derecho a repetir del deudor solidario** que ha pagado la deuda sólo está regulado en materia extracontractual. En efecto, el artículo 1983 de nuestro Código Civil, norma que: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, **aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros**, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales” [El énfasis es nuestro].

En el Título correspondiente a las obligaciones solidarias, carecemos de una disposición como la contenida en el primer párrafo del artículo 1299 del Código Civil italiano. Sin embargo, contamos con el artículo 1260.1 del Código Civil que establece que hay **subrogación legal de pleno derecho**, “de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros”. Al parecer –bajo estas coordenadas legislativas–, el deudor solidario extracontractual tiene el derecho de repetición, mientras el deudor solidario de una deuda (no extracontractual) se subroga en los derechos del acreedor.

A propósito de lo regulado en el artículo 1183 del Código Civil (que establece una presunción de solidaridad pasiva)¹¹⁵, se puede afirmar que “la necesidad de una fuente puntual (contrato o norma de ley) se explica a la luz (del criterio) del *favor debitoris*”¹¹⁶. Nótese que el principio contenido en el artículo 1294 del Código Civil italiano es exactamente opuesto, vale decir, se presume la solidaridad.

La interrupción de la prescripción de uno de los deudores solidarios afecta a los demás (artículo 1196 del Código Civil), mas no así la suspensión (artículo 1197, Código Civil). La segunda parte de este numeral, además, establece que: “Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aún cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación”.

Como acertadamente se ha observado, “las causas de suspensión de la prescripción son de carácter personal (...) y afectan exclusivamente a los sujetos para los cuales la suspensión ha sido prevista”¹¹⁷, en cambio, “la interrupción se refiere a todos, porque afecta a la relación en su conjunto”¹¹⁸. Las causales de suspensión están reguladas en el artículo 1994 del Código Civil y las de interrupción en el artículo 1996, Código Civil. Recuértese que con la suspensión, desaparecida la causa, “la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente” (artículo 1995 del Código Civil); mientras que, con la interrupción, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en la que se configura el supuesto o “desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada” (artículo 1998 del Código Civil).

VI. LAS OBLIGACIONES GENÉRICAS

Las obligaciones que consisten en la entrega de cosas determinadas sólo en su género (o sea, no especificadas es su singular identidad, sino designadas en base a la pertenencia a

¹¹⁴ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 189.

¹¹⁵ DI MAJO, Adolfo. Op. cit. p. 322.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 308

¹¹⁷ BIANCA, Massimo. Op. cit. p. 734..

¹¹⁸ BRECCIA, Umberto. Op. cit. p. 192.

determinada categoría de bienes: grano, tela, gasolina, madera) son sometidas, por opinión difundida, a algunas reglas especiales, “entre las cuales es oportuno distinguir, puesto que no todas encuentran mención expresa; sino se deducen de la tradición, sobre la cual se presume, aunque no siempre con un juicio críticamente advertido, que el sistema se funda”¹¹⁹.

El artículo 1142 de nuestro Código Civil establece que “los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por especie y cantidad”. El artículo 1143 del mismo precisa que:

“En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

La *ratio* de la presunción contenida en el primer párrafo responde al principio del *favor debitoris*. La fórmula del segundo párrafo raya en un trabalenguas: bastaba con un tenor que indicase “genéricamente” que los bienes escogidos deben ser de calidad media. El artículo 1146 del Código Civil regula el principio *genus nunquam perit*, así:

“Antes de la individualización del bien, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.

Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor”.

Por este principio el deudor de cosas genéricas “nunca se libera de la responsabilidad en caso de pérdida no imputable a éste (del bien materia) de la prestación prometida, puesto que el “género”, por definición, no se extingue y siempre es posible procurarse en el mercado los bienes a entregarse”¹²⁰, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1146 Código Civil. Sin embargo, se advierte de de asimilación acrítica que se hace de este principio¹²¹. Por ello, se debe individualizar “un principio que no haga al deudor de cosas genéricas responsable hasta el límite de extinción y/o desaparición de las cosas prometidas sino hasta aquello que razonablemente puede entenderse que éste se encuentre comprometido a satisfacer el interés del acreedor. Tal límite puede tranquilamente obtenerse de la interpretación del contrato según la buena fe o del mismo principio de la buena fe (pero visto) *in executivis* y/o del tipo de esfuerzo o de compromiso, que ha de entenderse, del deudor en consideración del rol económico o social que lo reviste”¹²².

La doctrina de la **concentración** es de origen alemán, consiste, en que el débito de las cosas genéricas se convierte en débito de cosas específicas y el riesgo de pérdida de éstas pasa al acreedor¹²³. El artículo 1147 del Código Civil establece que “practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos”.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 216.

¹²⁰ *Ibid.* p. 218.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² DI MAJO, Adolfo. “Adempimento in generale”. Op. cit. p. 31.

¹²³ *Ibid.* pp. 24-25, quien cita el artículo 275 del BGB.



PREPÁRATE
PARA LA
HISTERIA



ENFOQUE  DERECHO
.COM

LA “MORA DEL DEUDOR” Y EL PROYECTO DE REFORMAS AL LIBRO DE OBLIGACIONES

Eduardo Barboza Beraún*
Jaime Miranda Gómez**

La Comisión de Reforma del Código Civil propone un cambio esencial en el libro de Obligaciones. Este es el relacionado a la mora del deudor y cómo ésta es abarcada por nuestro ordenamiento.

Los autores nos sitúan en el campo del artículo 1333, en el que se propone cambiar el inciso segundo. Asimismo, comentan la posibilidad de una contradicción entre dicho artículo con el Código de Comercio aún vigente. Finalmente, concluyen que éste proyecto de reforma está incompleto, y que es necesario abarcar un tema al cual ellos denominan “pendiente”.

* Abogado. Profesor de Derecho de Contratos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio del Estudio Echeopar Abogados.

** Abogado. Asociado del Estudio Echeopar Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1333 del Código Civil Peruano de 1984 regula los mecanismos de constitución para la *mora solvendi*. No obstante, tal regulación variaría sustancialmente con la implementación del interesante Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones, elaborado por el Profesor Carlos Cárdenas Quirós.

El presente trabajo tiene entonces por finalidad, describir y explicar la situación actual de la *mora solvendi*, y muy en particular, analizar las implicancias de la modificación pretendida por el Proyecto de Reforma antes indicado.

Así, el análisis contenido en los párrafos siguientes, será, como dijo Echeopar: “elemental (...), pero (...) permitirá concentrarse en los asuntos cardinales y no distraer la atención sobre temas de secundaria importancia o en el debate doctrinario de posibilidades o construcciones jurídicas ajenas a nuestra legislación”¹.

II. DEL INCUMPLIMIENTO Y LA MORA

Indistintamente de las diversas definiciones que existen sobre “las obligaciones” (y sus variadas fuentes), lo cierto es que éstas deben ser cumplidas; aunque no siempre ocurra esto. Como bien dice Díez-Picazo “Cumplimiento e incumplimiento, son así las dos grandes alternativas en que puede desembocar el vehículo dinámico en que la obligación consiste”².

Así pues, y como antítesis del “cumplimien-

to”, el “incumplimiento” puede ser perfilado como la no realización del comportamiento prometido; o como señala Wayar con más precisión, “toda disconformidad entre la conducta obrada y la conducta debida implica, sin más, incumplimiento”³.

El “incumplimiento” reviste entonces particular importancia para el presente análisis, pues es en aquél donde sucede el fenómeno moratorio⁴.

Si bien existen no pocas definiciones de “mora”, encontramos bastante completa la propuesta por Espin, quien la caracteriza como el “retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, que no impide su ulterior cumplimiento por no hacer imposible la prestación”⁵. Ahora, atendiendo al sujeto que incumple la obligación, la mora se divide en mora del deudor (*mora solvendi*) y mora del acreedor (*mora accipiendi*); siendo que en los párrafos siguientes nos ocuparemos solamente de la primera de las nombradas.

En este sentido, la “mora del deudor” ha sido delineada por la más autorizada doctrina como el “retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél”⁶. Sin embargo y como se verá en los acápite siguientes, no basta el retraso culpable, sino que además, subsista el interés del acreedor con respecto a la obligación, por serle útil su cumplimiento⁷.

III. EFECTOS DE LA MORA SOLVENDI

A consecuencia de la *mora solvendi*, se generan los siguientes efectos:

¹ ECHEOPAR, Luis. “Derecho de Sucesiones”. Lima: Gaceta Jurídica. 1999. p. 5.

² DIEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen 1. Madrid: Tecnos. 1979. p. 610.

³ WAYAR, Ernesto. “Derecho Civil. Obligaciones”. Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma. 2004. p. 487. En el mismo sentido, De la Puente señala: “(...) la obligación se cumple mediante la ejecución de la prestación. (...). El incumplimiento de la obligación se produce cuando el deudor no ejecuta plena y oportunamente la correspondiente prestación”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La Mora y el Incumplimiento”. En: *Advocatus* 13. 2005. p. 166.

⁴ Al respecto, Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan que: “Nunca habrá mora sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta forma, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso, dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de mora antes de que exista incumplimiento”. OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores. 2008. p. 905.

⁵ ESPÍN, Diego. “Manual de Derecho Civil Español”. Quinta edición. Volumen III. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1974. p. 206.

⁶ ENNECERUS, Ludwig; Theodor KIPP y Martin WOLFF. “Tratado de Derecho Civil”. Tomo 2. Volumen 1. Barcelona: Bosch. 1954. p. 261.

⁷ Como bien apunta Cárdenas “Lo que resultará verdaderamente indispensable será que el interés del acreedor se conserve intacto”. CÁRDENAS, Carlos. “Reflexiones a propósito de la mora del deudor: algunos temas puntuales” En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Lima: Palestra Editores. 2008. p. 625.

- Relevancia jurídica del retraso: El retraso en sí mismo, es un hecho sin trascendencia jurídica; por lo tanto, para que aquél produzca efectos legales, se requiere además de la constitución en mora al deudor. Y es que como se explicita en el acápite VI, si vencida la obligación el acreedor no la exige, demuestra con ello que tal retraso no lo afecta (operando una “prórroga tácita” del plazo).

La mora actúa entonces, como vehículo para configurar el denominado “retraso jurídicamente relevante” o como se ha dicho, “el retraso traducido a términos jurídicos”⁸.

- Factor desencadenante de responsabilidad: La constitución en mora habilita además al acreedor, a ejercitar las respectivas acciones de tutela al crédito que le corresponden (resolución del contrato, pago de penalidades y otras), al igual que activa la obligación indemnizatoria a cargo del deudor, quedando éste sujeto a la reparación de los daños que su retraso (imputable) haya causado al acreedor; este efecto indemnizatorio está recogido por el artículo 1336 del Código Civil⁹.

IV. ELEMENTOS DE LA MORA SOLVENDI.

Quedando definida la institución bajo análisis así, como sus efectos, listamos y explicamos brevemente sus elementos constitutivos.

- Un elemento objetivo, constituido por el retraso, que no es sino la tardanza,

el retardo o la falta de cumplimiento puntual de la obligación. Siguiendo en este punto a LaFaille¹⁰, el factor objetivo de la mora es la falta de ejecución oportuna, que presupone por tanto la exigibilidad de la prestación: plazo vencido, condición realizada u observancia de los requisitos previos.

- Un elemento subjetivo, esto es la imputabilidad en el retraso; toda vez que éste debe ser causado por el dolo o culpa del deudor. Como bien apunta el autor antes citado (LaFaille), para que esta responsabilidad por el retardo tenga existencia legal, es menester que el deudor haya caído en incuria o desidia.

La Exposición de Motivos del Código Civil recoge expresamente los dos elementos antes mencionados, indicando: “Para que el deudor quede constituido en mora se precisa un retardo en el cumplimiento de la obligación. Además, que tal retardo le sea imputable (...)”¹¹.

- Posibilidad y utilidad de la prestación. Es presupuesto de la mora, el hecho de que la prestación sea susceptible de cumplimiento, y a pesar de este cumplimiento tardío, sea aún útil para el acreedor. Al respecto, Díez-Picazo opina que: “Si la prestación se ha hecho imposible, o no es ya idónea para satisfacer el interés del acreedor, no hay, hablando rigurosamente, mora (...)”¹². Justamente a raíz de este presupuesto, resulta discutible la procedencia de la mora en las

⁸ Al comentar la posición expuesta, Díez-Picazo señala que: “El retraso por sí solo es un hecho jurídicamente intrascendente. Sólo cuando al retraso se añaden los presupuestos necesarios para entender al deudor constituido en mora, aparecen unas consecuencias jurídicas y el retraso es elevado a la categoría de lesión del derecho de crédito y de violación de la relación obligatoria”. DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 664.

Reconocemos sin embargo, que esta posición no es la única existente al respecto. Cabe precisar además, que el comentario antes transcrito, lo hace Díez-Picazo a título informativo, sin participar de la referida posición.

⁹ Artículo 1336.- Responsabilidad del deudor en caso de mora.

El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

¹⁰ LAFAILLE, Héctor. “Derecho Civil”. Tomo 6. Volumen 1. Buenos Aires: Ediar Editores. 1947. pp. 158 y siguientes.

¹¹ REVOREDO, Delia. “Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil”. Tomo V. Lima. 1985. p. 459.

¹² DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 664

“obligaciones de no hacer”¹³.

Finalmente, para que opere el instituto bajo análisis, se requiere de la denominada “constitución en mora”; tema que es tratado en el apartado siguiente.

V. SISTEMAS DE CONSTITUCIÓN EN MORA

Estos sistemas no son sino, los mecanismos o modos previstos para la “configuración de la mora”:

- Mora *ex personae* o mora con interpelación: Aquí, la “interpelación” o “requerimiento” tiene efectos constitutivos de mora. En este sentido, los Mazeaud¹⁴ precisan que: “Por sí sola, la simple llegada del vencimiento no es suficiente, por lo tanto, para que el deudor se encuentre en mora. Así era ya en Roma: *dies non interpellat pro homine* (el día no interpela por el hombre)”.

Ahora, el requerimiento exigido por la mora *ex personae* debe ser entendido en palabras de Puig Peña¹⁵ como “(...) aquélla manifestación de la voluntad del acreedor por cuya virtud éste hace saber al deudor que debe cumplir inmediatamente la prestación, no estando dispuesto a esperar por más tiempo este cumplimiento. Con frase vulgar diríamos que al acreedor se le ha agotado la paciencia, y ni un momento más tolera que siga produciéndose

la situación de espera injustificada y perjudicial para él”.

Nótese que tal requerimiento debe ser claro, expreso e inequívoco con respecto a la exigencia de pago, no surtiendo mayores efectos aquéllas comunicaciones que se hacen a título “informativo” o a manera de recordar la existencia de una obligación impaga. Citado a Borda no constituye interpelación “el simple envío de una cuenta vencida, ni el telegrama en el que se anuncia el propósito de demandar la rescisión del contrato o declarándolo rescindido, ni la demanda por resolución, porque en ninguno de estos hay reclamo de pago”¹⁶. De igual parecer es Castán Tobeñas: “En cambio, no sería intimación un simple recuerdo particular o un acto que no pueda calificarse de exigencia de pago, puesto que lo que desea el Código es que se demuestre haber acabado la tolerancia o benevolencia del acreedor”¹⁷.

- Mora *ex re* o mora sin interpelación: A diferencia del anterior, en este sistema la mora opera automáticamente por el sólo transcurso del tiempo sin que sea necesaria interpelación alguna.

Siguiendo a Osterling y Castillo “este tipo de mora –también conocida como mora automática– no requiere que el acreedor, una vez vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, intime al deudor, ya que el

¹³ Si bien es un tema harto controversial a nivel doctrinal, basta decir para estos efectos que, en nuestro sistema legal vigente, la institución de la “mora” no aplica para la “obligación negativa” (o con prestación de no hacer). Entre los argumentos que sustentan lo expuesto, tenemos:

El Código Civil descarta la mora en las obligaciones con prestaciones de no hacer. Esto queda claro a partir de la regulación dada en los artículos 1160 y 1333 del Código Civil, cuyos preceptos omiten toda referencia a las prestaciones de no hacer, ocupándose únicamente de las prestaciones de dar y de hacer, esto es, de prestaciones de carácter positivo. Véase al respecto: CÁRDENAS, Carlos. “La Mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”. En: THEMIS-Revista de Derecho 12. Lima. p. 77.

Un sector mayoritario de la doctrina nacional participa de la posición aquí asumida: “El primer requisito de la mora del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación. Es este un elemento de hecho que tiene carácter ineludible. Se advierte, por tanto, que la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso, pero que ella queda descartada en las obligaciones de no hacer”. REVOREDO, Delia. Op. cit. p. 332.

¹⁴ MAZEAUD, Henri y Jean LEÓN. “Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda”. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1960. p. 393.

¹⁵ PUIG PEÑA, Federico. “Compendio de Derecho Civil Español”. Tercera edición. Tomo 3. Madrid: Ediciones Pirámide S.A. 1976. p. 154.

¹⁶ BORDA, Guillermo. “Manual de Obligaciones”. Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1970. p. 66.

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo 3. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1954. p. 142.

simple paso del tiempo interpelará por el hombre”¹⁸.

VI. POSTURA ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL

Resulta pertinente para facilitar este análisis, transcribir el artículo 1333 del Código Civil:

“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.”

Contrastando los “sistemas constitutivos” antes descritos dentro del texto del vigente artículo 1333, podemos concluir que nuestro Código Civil, acoge como regla general, el sistema de la mora *ex personae* (según se desprende del tenor de su primer párrafo); y de manera excepcional admite la mora *ex re*, en caso se verifiquen alguno de los supuestos enumerados en el segundo párrafo del citado artículo 1333.

Esto no constituye novedad alguna en nuestro sistema legal, toda vez que los antecedentes legislativos de nuestro Código Civil, adoptaron idéntica posición¹⁹.

Entre los fundamentos –aparte de los históricos– que sustentan tal postura, tenemos:

- La denominada “Teoría de la Prórroga Tácita del Plazo”, la cual establece que la falta de requerimiento por parte del acreedor, apenas vencido el plazo de la obligación, acarrea una extensión tácita del plazo primigenio (operando una suerte de “plazo de gracia”) y evidencia además, que el retraso no causa perjuicio alguno al citado acreedor. Así, De Gasperi indica “(...) mientras [el acreedor] permanece inactivo, la ley interpreta que su silencio supone que la omisión no le perjudica y que, entretanto, está autorizando al deudor para que siga demorándose”²⁰.

Este mismo argumento es el invocado por la propia Exposición de Motivos del Código Civil: “Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo”²¹.

- La que para estos efectos llamaremos “Teoría de la Buena Fe”, sustentada por Llabrás, en el sentido que el fundamento de la mora *ex personae* “reside en la conveniencia de esclarecer la conciencia de las partes para que entre ellas reine la buena fe y ninguna pueda abusar de situaciones equívocas (...) ese sistema de constitución en mora se adapta apropiadamente a nuestros hábitos de vida y valoraciones sociales (...)”

¹⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Código Civil Comentado”. Segunda edición. Tomo 6. Lima: Gaceta Jurídica. 2007. p. 773.

¹⁹ Decimos esto porque la mora *ex personae* fue ya recogida en nuestros anteriores cuerpos normativos civiles: Artículo 1254 del Código Civil de 1936.- Incurrir en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

Quando la ley o el pacto lo declaren expresamente;

Quando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

Artículo 1264 del Código Civil de 1852.- Incurrir en mora, el que no cumple con entregar la cosa ya debida, después que no se le exige; y también, el que no la entrega el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciera sin necesidad a pedírsela.

²⁰ DE GASPERI, Luis. “Tratado de Derecho Civil”. Volumen II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1964. p. 221.

²¹ REVOREDO, Delia. Op. cit. p. 459.

[porque] es frecuente que el acreedor tolere ciertos retardos mínimos, porque confía en el deudor y atiende a sus dificultades momentáneas, sin descargar sobre él todo el peso de sus derechos”²².

VII. LA MORA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO: ¿DOBLE RÉGIMEN?

Sin perjuicio de lo antes expuesto, debemos precisar que el Código de Comercio (promulgado el 15.02.1902) contendría una regulación particular de la mora para las denominadas “obligaciones mercantiles”.

En efecto, el artículo 63 del código acotado establece:

“Artículo 63.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra aquél ante un juez o notario público.”

Se aprecia entonces que el Código de Comercio estaría regulando la mora de manera disímil a la del Código Civil: (i) para aquéllas obligaciones que tienen plazo de cumplimiento determinado, operaría la mora *ex re* o automática, según el inciso 1 del artículo 63 bajo comentario; en tanto que (ii) las obligaciones que no tengan plazo establecido (por convenio o por ley), están sujetas a la mora *ex personae*, siendo necesaria por tanto la interpelación, según el

inciso 2 del ya citado artículo 63.

No obstante, resulta pertinente analizar si efectivamente se trata de regulaciones paralelas (y dispares), o si tal dualidad no es tal.

Para acometer este análisis, cabe precisar que los contratos, atendiendo al área que cubren, pueden ser clasificados en civiles, comerciales y especiales. Así, (i) son civiles los regulados por el Código Civil, o los que no estándolo, se rigen por la aplicación supletoria de éste; (ii) son comerciales los que están sujetos a las normas del Código de Comercio u otras leyes, y en general, los que tienen por contenido los llamados “actos de comercio”²³; y (iii) son especiales aquellos que presentan características propias y limitadas a situaciones concretas²⁴.

Se evidencia entonces la siguiente situación:

- La Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio, denominada “Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio” resultaría de exclusiva aplicación para los denominados “contratos comerciales”.
- No obstante, la primera parte del artículo 1353 del Código Civil²⁵ establece textualmente que “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección”. Es decir, en virtud del citado artículo, las “Disposiciones Generales” sobre contratos, contenida en el Título I de la Sección Primera del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del Código Civil, se aplican a todo el ámbito de la contratación privada.

²² Jorge Joaquín Llambías. Citado por MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La Mora en el Código Civil del Perú de 1984”. En: Universidad de Lima. Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional. Tomo II. p. 134.

²³ Esto, según el texto del artículo 2 del Código de Comercio: Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común. Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

²⁴ ARIAS-SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Segunda edición. Tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica. 2000. p. 51.

²⁵ Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Así las cosas, y estando claro que los “contratos comerciales” están comprendidos dentro del derecho privado (y por ende forman parte de la contratación privada), resulta válido afirmar que la Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio ha quedado sustituida por la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.

En tal sentido y dado que la materia de la norma anterior (Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio), es íntegramente regulada por la norma nueva (Disposiciones Generales sobre Contratos del Código Civil), se ha producido en estricto un supuesto de derogación tácita de la norma antigua; todo esto en aplicación del segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil²⁶.

En el mismo sentido se pronuncia un sector de la doctrina nacional. Así, desde la perspectiva del Derecho Comercial, se ha señalado “Los arts. 50 al 63 de C. de C. contenidos en la parte dedicada a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (...) **ha sido sustituida por el Título I de la Sección Primera (Libro VII) del C.C. de 1984 (...)**”²⁷ [El énfasis es nuestro]. Por otro lado, y desde el lado civil, De la Puente indica que: “(...) la ineficacia abarca a toda la materia de las disposiciones generales de la Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio, que ha quedado derogada tácitamente por el artículo 1353 del Código Civil (...)”²⁸.

En atención a lo señalado en precedencia, se puede concluir que la regulación sobre mora contenida en el artículo 63 del Código de Comercio, no estaría ya vigente, al haber sido derogada –de manera tácita– por el artículo 1353 del Código Civil. En consecuencia, para la mora de los “contratos comerciales”, tendría que aplicarse entonces las normas

que al respecto establece el Código Civil, dado la vocación supletoria que tiene este último²⁹.

Se desprende además, que no existen dos regímenes de mora en nuestro sistema legal, sino sólo uno: el regulado por el Código Civil³⁰.

VIII. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 1333: ANÁLISIS Y COMENTARIOS

En el Proyecto de Reformas al Libro de Obligaciones elaborado por el Dr. Carlos Cárdenas Quirós, se ha propuesto la modificación del artículo 1333 en los términos siguientes:

“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente
2. **Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su sólo vencimiento**
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor” [El énfasis es nuestro].

La reforma propone básicamente sustituir el texto del actual inciso 2, con el siguiente tenor: “Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que [la mora] opera por su solo vencimiento”.

Por las razones que a continuación se exponen, encontramos plausible y coincidimos por tanto con la modificación propuesta:

²⁶ Artículo I del Título Preliminar del Código Civil.- La ley se deroga sólo 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.

²⁷ MONTROYA, Hernando y Ulises MONTROYA. “Derecho Comercial”. Tomo III. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2006. p. 4.

²⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Segunda edición. Tomo 1. Lima: Palestra Editores. 2003. p. 175.

²⁹ El carácter supletorio que tiene el Código Civil encuentra sustento en su propio Artículo IX del Título Preliminar, cuyo texto glosa: 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.

³⁰ Debemos señalar sin embargo que esta posición no es pacífica, en tanto existe un sector de la doctrina que postula la dualidad de regímenes.

- La experiencia demuestra que en el tráfico patrimonial actual, las obligaciones sujetas a plazo determinado son las más; y las que no tienen plazo determinado de vencimiento las menos. Para tales efectos, entendemos por (i) “plazo determinado”, a aquél fijado en la obligación con indicación de su término inicial y término final, y en contraposición, por (ii) “plazo no determinado o indeterminado” al que adolece ya sea de término inicial o final, o de ambos, por no haber sido establecidos, ni fijados³¹.

Consiguientemente, con esta modificación se estaría invirtiendo el régimen actual de la “mora”: la mora *ex re* o automática se constituiría en la regla general, dado que la mayoría de obligaciones tienen plazo determinado (así como para los supuestos enumerados en la segunda parte del artículo 1333). Como contrapartida, la mora *ex personae* operaría en vía de excepción y quedaría limitada básicamente a aquéllas obligaciones que no tienen plazo alguno.

- Ahora, y asumiendo que el régimen de mora del Código de Comercio estuviera vigente (posición de la cual no participamos según lo señalado en el acápite VII anterior), la modificación propuesta conllevaría a que el régimen de mora contenido en aquél, guarde correspondencia con la –nueva– normativa civil, eliminándose el supuesto tratamiento dispar que aparentemente existe al respecto.
- Otro argumento a favor, es que los acreedores quedarían, en el caso de obligaciones para con ellos asumidos con vencimiento determinado, liberados de la “carga o diligencia adicional” que implica efectuar la

interpelación. Y es que podría decirse que el régimen actual de mora, por la razón antes expuesta, estaría favoreciendo a los deudores pero no a los acreedores, toda vez que el factor tiempo (i.e oportunidad) no adquiere mayor relevancia; esto último trasciende el ámbito jurídico y se extiende incluso hasta el socio/económico, pues “denota una economía poco escrupulosa, donde la puntualidad o el tiempo o ritmo de satisfacción de los derechos no juega un papel relevante o no suscita un interés vitalmente apreciable”³².

- Además de lo señalado en el párrafo anterior pero en la misma línea, el actual artículo 1333 genera no pocos inconvenientes prácticos. Bajo el régimen vigente, muchos de los actos o derechos que ejerza el acreedor, obviando la constitución en mora (en los casos en que ésta opera *ex personae*), quedarían desestimados.

Así por ejemplo y retomando las ideas vertidas en el acápite III (en el sentido que la mora asigna relevancia jurídica al retraso y actúa como factor desencadenante de responsabilidad), el cobro de una penalidad, una acción indemnizatoria o una resolutoria, a causa de un retardo, sin que medie previamente la existencia de la mora, carecerían de sustento. Y esto porque el acreedor, al no interpelar, no habría sino convalidado dicho retraso, prorrogando además el plazo de cumplimiento.

- Por otro lado, nos declaramos “creyentes” del Principio de la Buena Fe, que se proyecta, en materia de ejecución obligacional, como un criterio de conducta conforme al cual deben desenvolverse las partes (deudor/acreedor)³³.

³¹ PADILLA, René. “La Mora en las Obligaciones”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1983. p. 81.

³² DIEZ PICAZO, Luis. Op. cit. p. 665.

³³ Hay consenso en la doctrina en que la Buena Fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos: (i) subjetivo, refiriéndose a la intención con la que obran las personas o la creencia con que lo hace, por lo que se le llama “buena fe-creencia”, y (ii) objetivo, en la que actúa como regla de conducta que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determine que se le denomine “buena fe-lealtad”. DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel “La Fuerza de la Buena Fe” En: De los Mozos, José Luis (Director), Instituciones de Derecho Privado – Contratación Contemporánea. Tomo 1. Lima: Palestra Editores. 2001. p. 276.

No obstante esto, y si bien somos conscientes de que el principio citado sustenta la mora *ex personae* (según se ha señalado en el acápite VI precedente), consideramos que justamente por la aplicación del mismo, el acreedor que convino un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación a su favor, tiene la sana expectativa de que su corresponsivo deudor, desplegando un comportamiento serio, honesto y leal (i.e. de Buena Fe), la cumpla de manera espontánea en el plazo pactado sin necesidad de ninguna interpelación.

En atención a lo expuesto, el Principio de Buena Fe, abonaría también a favor de la modificación propuesta.

- Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la enmienda bajo comentario reduciría los denominados “costos de transacción”³⁴. En palabras de Alfredo Bullard, “celebrar un contrato cuesta”³⁵. Pero cuesta no sólo celebrarlo, sino también ejecutarlo.

Es obvio que dentro de la etapa de ejecución, se encuentra —en caso de no verificarse un supuesto de mora automática— la interpelación exigida por el actual artículo 1333. Para concretar la misma, es probable que el acreedor tenga que incurrir en una serie de costos, como podrían ser: (i) costos de asesoría legal: a efecto de que un abogado le redacte adecuadamente el texto de la interpelación (pues como se ha advertido en los párrafos anteriores, debe tratarse de un requerimiento expreso, claro e inequívoco); (ii) costos notariales: si bien el Código Civil no exige formalidad alguna para la interpelación, no cabe duda que por temas de certeza y demostrabilidad,

es conveniente efectuarla por la vía notarial (toda vez que el Notario certifica tanto la expedición como la recepción de la comunicación interpelatoria); y (iii) costo tiempo, reflejado en el lapso transcurrido entre el vencimiento y la interpelación, sin considerar los tiempos invertidos en los costos señalados anteriormente.

La modificación propuesta, para el caso de obligaciones sujetas a plazo (que constituyen como se ha dicho la mayor parte del universo obligacional), no haría sino reducir y hasta eliminar los costos antes listados, pues ninguno de ellos sería ya necesario para la “constitución en mora” del deudor (por operar ésta automáticamente); en términos económicos “tales costos serían iguales a cero”.

- Finalmente, debemos pronunciarnos sobre el texto eliminado y sustituido, que recoge como supuesto de mora automática el siguiente: “Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla”.

Este supuesto parte de “asumir” que las partes consideraron la fecha de cumplimiento de la obligación como un elemento esencialísimo; por lo tanto, si el obligado no cumple dentro del plazo convenido, resultaría innecesaria la interpelación (pues el deudor sabía desde un inicio, que la ejecución inoportuna afectaba los intereses del acreedor). Constituye entonces un presupuesto para la aplicación de esta forma de mora automática, el “conocimiento de la importancia del plazo” por parte del deudor.

De lo expuesto aparece el principal

³⁴ Los “costos de transacción” incluyen entre otros, “los costes de identificación de las partes con las que uno ha de tratar, los costos que implica reunirse con dichas partes, los costes del proceso de negociación en sí y los costes de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue”. POLINSKY, Mitchell. “Introducción al Análisis Económico del Derecho”. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1985. p. 22.

³⁵ BULLARD, Alfredo. “Ronald Coase y el Sistema Jurídico”. En: Derecho y Economía: El Análisis económico de las instituciones legales. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores. 2006. p. 104.

inconveniente de esta norma, y es que implica una previa labor de indagación de la voluntad y/o conocimiento de las partes con respecto al “motivo determinante”.

Es por demás obvio que el inconveniente advertido se salva con el nuevo texto propuesto, en donde el sólo vencimiento del plazo determinado despliega el fenómeno moratorio; no siendo necesaria entonces la –difícil– indagación en el fuero interno de las partes, y sobre todo del deudor.

IX. UN TEMA PENDIENTE...

No obstante que estamos convencidos de la bondad de la modificación, no podemos dejar de advertir que aún con la misma, el actual articulado sobre mora seguiría generando algunos inconvenientes.

Nos referimos en concreto al texto del artículo 1335 del Código Civil, según el cual “En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple con su obligación u otorga garantías de que la cumplirá”.

Este artículo establecería entonces que en caso de un vínculo obligacional con prestaciones recíprocas, la mora para uno de

los obligados “inicia” sólo desde que el otro cumple con su prestación³⁶.

Dicha norma pues, estaría afectando algunos mecanismos de tutela del crédito establecidos por otras disposiciones del Código Civil; muy en particular, y tal como se ha expuesto en un trabajo anterior, el artículo 1335 no haría sino “inutilizar” la denominada Excepción de Incumplimiento regulada en el artículo 1426 del Código Civil³⁷. Nos explicamos brevemente.

Por un lado, el artículo 1426 faculta a una parte a suspender el cumplimiento de su prestación hasta que su contraparte cumpla con la suya; no obstante, constituye requisito para su invocación que la parte contra la cual se excepciona haya sido constituida en mora³⁸. Ahora, según el artículo 1335, la parte excepcionada sólo incurriría en mora desde el momento en que la excepcionante cumpla con su prestación. En síntesis y según la aplicación conjunta de estas normas, “la parte excepcionante para quedar habilitada a incumplir (al amparo de la Excepción de Incumplimiento), tiene previamente que cumplir”.

Esta suerte de “colisión normativa”, ameritaría una reformulación ya sea del artículo 1426 o del 1335, a efecto de que ambas normas sean correspondientes entre sí, antes que opuestas; lo que bien podría darse dentro del Proyecto de Reformas que motivó el presente ensayo.

³⁶ Entendemos que la intención de esta norma es mantener el paralelismo que es inherente a las obligaciones recíprocas, evitando que una de las partes requiera el cumplimiento (constituyendo en mora a la otra), cuando esta misma parte –la reclamante– no ha cumplido con la prestación a su cargo. Si bien esto respondería a un tema de equidad, la solución dada por la misma norma estaría quebrando el paralelismo que busca mantener. Y es que dicha reciprocidad se trastocaría, toda vez que la norma estaría exigiendo a una parte cumplir con su obligación para que la otra quede constituida en mora, a pesar de que ésta última no ejecute la recíproca suya. En todo caso, reconocemos lo discutible del tema, tanto en la doctrina nacional como extranjera. Con respecto a ésta última, puede consultarse la obra de Gema Díez-Picazo: *La Mora y la Responsabilidad Contractual*.

³⁷ Artículo 1426.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

³⁸ Sobre el particular y para mayor abundamiento, permítasenos remitirnos a BARBOZA BERAÚN, Eduardo. “¿Excepción de Incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?” En: *Advocatus* 9. 2003. p. 387.

MISCELÁNEA



MISCELÁNEA

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO Y LA FINALIDAD DEL DERECHO

Carlos Fernández Sessarego*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

¿Qué estudia el Derecho? ¿Qué finalidad tiene éste? Éstas interrogantes se nos presentan desde el momento en que nos adentramos como novicios en el estudio del Derecho, en las aulas universitarias, y genera dudas aún cuando vamos acrecentando nuestros conocimientos.

El maestro Fernández Sessarego, realiza una serie de disquisiciones en torno a una explicación teleológica del Derecho, remitiéndose a cómo fue forjándose en él la concepción ontológica de esta ciencia. Se detiene en la explicación de la Teoría Tridimensional del Derecho, para aterrizar en la protección del ser libertad como finalidad del Derecho.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1984. Creador y Primer Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano (marzo de 1965). Ex Ministro de Justicia.

I. PREOCUPACIONES EN TORNO A LO JURÍDICO

Una mirada retrospectiva nos permite comprobar que han sido dos las preocupaciones cardinales que han estado siempre presentes en nuestro devenir existencial como juristas. Ambas tienen su origen en la época en que nos iniciamos como estudiantes de Derecho, en un ya lejano 1945 del siglo pasado. La primera de ellas, que en aquel entonces se nos presentaba como apremiante, se centraba en conocer cuál era el objeto de estudio de nuestra disciplina y, la segunda, se concretaba en saber cuál era su finalidad. Considerábamos, en aquellos tiempos, que antes de iniciar una carrera profesional debíamos tener claridad y seguridad sobre cuál era ese objeto, así como también sobre la finalidad y utilidad del Derecho para la vida humana, para nuestro futuro personal. Estimábamos que, sin despejar dichas preocupaciones, no superaríamos nuestra inquietud, nuestro explicable auroral desconcierto.

Somos plenamente conscientes que ambos asuntos se dan por sabidos y, por consiguiente, pareciera del todo ocioso, y hasta impertinente, ocuparnos de ellos a la altura del siglo XXI. Sin embargo, nuestra experiencia de sesenta años en la docencia jurídica en varios países, tanto en pregrados como postgrados, nos permite aseverar que ello no es del todo exacto. Desde nuestra perspectiva personal, tenemos la impresión –por no decir la certeza– que no todos los colegas, con quienes a diario tratamos en nuestro país, ni la inmensa mayoría de nuestros estudiantes están seguros sobre si sus respuestas a dichas dos cuestiones son las correctas o no tienen conciencia de su falsa apreciación. O, lo peor que puede suceder, es que el asunto ni les interesa ni les preocupa dado que profesan un extremo pragmatismo, propio del tiempo que vivimos.

Hemos verificado, en distintas ocasiones, que las respuestas en torno a dichas dos preocupaciones de parte de estudiantes, abogados y hasta de cierto sector de profesores que, por lo general, han arribado a un alto grado de especialización en una determinada materia, no son las mismas. A algunos, metafóricamente, les basta conocer el árbol sin interesarse por contar con una visión del bosque en el que aquél

está implantado. Ellos, tal vez, no han tenido, durante sus estudios profesionales, la oportunidad de ahondar en la materia o han carecido de la necesaria vocación para profundizar en el conocimiento de dichos problemáticos como capitales asuntos. Una notoria mayoría, al menos en nuestro país, sigue considerando, por ejemplo, que la norma es el objeto de estudio del Derecho y que la justicia es la finalidad por él perseguida.

Estas inquietudes de estudiante nos obligaron a investigar sobre dichas cuestiones para encontrar una respuesta que nos tranquilizara, que nos despejara nuestras juveniles inquietudes por saber los alcances de la materia que empezábamos a estudiar.

II. LA BÚSQUEDA DE RESPUESTAS SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO

Recordamos en esta ocasión que, en cuanto a la primera de dichas interrogantes en torno a cuál es el objeto de estudio del Derecho, fue grande nuestra sorpresa, seguida de un natural desconcierto, cuando el ilustre jusfilósofo peruano, Juan Bautista de Lavalle, que tenía a su cargo el curso de Introducción al Derecho en el primer año de Facultad, nos explicó –dándolo por sentado– que, según Hans Kelsen, dicho objeto eran las normas jurídicas pues, de conformidad con lo postulado por la Teoría Pura del Derecho, la vida humana social y los valores pertenecían a lo metajurídico. Se encontraban, por consiguiente, allende las fronteras del Derecho.

La reacción que nos suscitó la exposición del mencionado profesor, antes descrita, tenía como explicación el que, según nuestros estudios de Filosofía cursados en la Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, resultaba imposible extrañar al ser humano y a los valores, por él sentidos y vividos, de cualquier disciplina referida al conocimiento de las conductas del ser humano en la dimensión de sus relaciones sociales. Y, el Derecho es una de ellas. Los seres humanos se encuentran inicialmente presentes en la realidad de la vida jurídica, a través de conductas humanas intersubjetivas. Así, podemos decir que si Caín no mata a Abel no hay nada que valorar ni nada que normar. Ello nos pareció indiscutible. Sin conductas humanas intersubjetivas no es posible imaginar la existencia del Derecho.

Cuando, simultáneamente con las lecciones recibidas en el primer año de Facultad nos introdujimos, con explicable curiosidad, en el conocimiento de la doctrina imperante en los años cuarenta del siglo XX, percibimos, como bien se sabe, que existían tres diferentes respuestas sobre cuál es el objeto de estudio del Derecho: la jusnaturalista, la formalista y la sociológica, cada una de las cuales reclamaba que los valores, las normas jurídicas o la vida humana social, respectivamente, se constituían como dicho objeto.

En el momento de nuestro ingreso a la Facultad de Derecho imperaba en la doctrina la teoría formalista según lo expuesto por el eximio Kelsen. Ella dominaba notoriamente el escenario jurídico de aquel momento. Constituía el pensamiento mayoritario que encontrábamos en los textos jurídicos como en la casi generalidad de profesores de la materia. Esta realidad contribuyó a nuestro afán por investigar la materia, sin conocer que nos introducíamos en un campo por demás complicado para un estudiante de Derecho. Con la perspectiva que nos ofrece el tiempo, comprendemos que sin la preparación filosófica que teníamos nos hubiera sido imposible afrontar tan ardua tarea.

Nuestro inicial desconcierto se acrecentó cuando, leyendo la magnífica obra del filósofo hispano Xavier Zubiri, "Naturaleza, Historia, Dios", comprendimos que, si la ciencia "no posee claridad previa acerca de lo que persigue, es que aún no es ciencia". También entendimos que "todo titubeo en este punto es signo inequívoco de imperfección", aunque esto "no quiere decir que la ciencia es inmutable"¹. Las expresiones de Zubiri justificaron y avalaron nuestras interrogantes y nos dieron, tal vez, el suficiente valor para iniciarnos en la ambiciosa tarea estudiantil de hallar las respuestas que aquietaran nuestras dos juveniles inquietudes, las cuales, como está dicho, considerábamos indispensables y previas a todos los conocimientos dogmáticos de los que éramos receptores.

Luego de leer el mencionado libro de Xavier Zubiri percibimos, con mayor claridad, que nuestra disciplina jurídica no podía titubear en un tema tan importante como era el de saber cuál de los tres objetos antes aludidos

—vida humana social, normas o valores— se constituía como el propio de su estudio. Estimábamos, a nuestro entender, en coincidencia con lo expresado por el filósofo hispano, que no era posible que una ciencia tuviera, simultáneamente, tres distintos objetos de conocimiento. Ello significaba, evidentemente, un signo de imperfección, de inmadurez de nuestra disciplina. Ante esta situación, nuestro empeño como estudiantes, a pesar de nuestras explicables limitaciones, fue el plantearnos el difícil reto de reflexionar sobre este problema con la audaz intención de desentrañarlo, de ser ello posible. Fueron cuatro largos años que, de 1945 a 1949 del siglo pasado, le dedicamos a la lectura de cuanto libro de Teoría del Derecho y de Filosofía que, relacionados con el tema de nuestra inquietud, encontrábamos en la nutrida Biblioteca de nuestra Facultad. Después de muchas fatigas culminamos nuestra tarea a fines del último de los años antes señalados. Consideramos que habíamos logrado superar nuestra juvenil inquietud. Conseguimos hallar una respuesta que, aunque fuere provisional, nos permitía comprender mejor en qué consistía la estructura del Derecho y cuál era su finalidad. A partir de esta necesaria comprobación pudimos obtener la indispensable claridad intelectual para continuar nuestro trabajo sobre bases que estimábamos firmes y confiables.

III. LA FILOSOFÍA DE LA EXISTENCIA COMO SUSTENTO DE NUESTRAS REFLEXIONES

Por aquellos años cuarenta del siglo XX, como estudiantes de la Facultad de Letras de la Universidad Nacional de San Marcos, habíamos revisado algunas obras de Kant, Fichte, Husserl, Dilthey, Kierkegaard, así como las de los mayores exponentes de la filosofía de la existencia de la primera mitad del siglo XX, tales como Jaspers, Marcel, Zubiri, Sartre, Heidegger. Habíamos conocido y aprovechado los hallazgos de la Teoría Ecológica del Derecho concebida por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, así como consultado ciertas obras de jusfilósofos como Recaséns Siches, Del Vecchio, García Maynez, Radbruch y Legaz y Lacambra, y las de los filósofos Husserl, Dilthey, Julián Marías, Max Scheler, Francisco Romero, entre otros. Recordamos

¹ ZUBIRI, Xavier. "Naturaleza, Historia, Dios". Buenos Aires: Poblet. 1948. p.135.

que el libro de Scheler, "El puesto del hombre en el cosmos"², fue, en 1943, uno de los primeros que cayó en nuestras manos. La obra de Kelsen no podía faltar entre las obras que estudiamos con la mayor atención.

Recordamos que algunos de los libros de los autores de la escuela de la filosofía de la existencia, antes mencionados, que empezaban a ser traducidos al castellano. Los leímos con avidez. Nos deslumbró una escuela filosófica que tuviera al ser humano en el centro de sus reflexiones. Sentimos que un aire nuevo había ingresado a los predios filosóficos. Tampoco podemos dejar de mencionar el entusiasmo que nos despertó la lectura del libro "El concepto de la angustia"³ del danés Sören Kierkegaard quien, interesado en conocer la psicología del pecado, se tropieza con la libertad. Extraordinario hallazgo que reforzó nuestros conocimientos en aquellos años.

Todas aquellas lecturas constituyeron el principal bagaje con el que nos atrevimos a afrontar, con entusiasmo y perseverancia, no exentos de un cierto temor, la ardua tarea que, impulsados por nuestra curiosidad intelectual, nos habíamos impuesto sin tener plena conciencia de la hondura y complejidad del asunto a descifrar.

La nueva concepción del hombre como un *ser libertad* fue la base, la clave y el sustento de nuestras reflexiones enderezadas a precisar, de ser ello posible, el objeto de estudio de nuestra disciplina. Teníamos ante nuestra mirada un ser humano que ya no era tan sólo un animal racional sino un ser libre y estructuralmente coexistencial y temporal. Todo ello nos permitió que lo describiéramos como "una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad". Libertad que nos hace seres espirituales. Nos habíamos liberado –¡al fin!– de las enseñanzas recibidas en la escuela secundaria en el sentido que el hombre era un animal racional. Es decir, que su ser era la razón, la que lo distinguía de los demás entes del mundo en el que nos ha tocado vivir. Habíamos superado las enseñanzas de Boecio quien, en el siglo VI

d.c., cuando el Imperio Romano llegaba a su ocaso, presentaba al hombre como una "sustancia indivisa de naturaleza racional". Concordamos con la primera parte de su afirmación, más no con la segunda. De ahí que pensáramos el Derecho en función de la persona humana inserta en su comunidad.

Para precisar la distinción entre el ser humano y los demás animales nos fue útil, en gran medida, la lectura del citado libro de Max Scheler titulado "El puesto del hombre en el cosmos".

Después de hondas cavilaciones, de dudas, de angustiosos despertares, motivados e inspirados, en gran medida, entre otros, por el pensamiento de Sören Kierkegaard y de Carlos Cossio⁴, en lo que de ellos considerábamos aprovechable para nuestra búsqueda, y la de los valiosos aportes de la filosofía de la existencia sobre la naturaleza del ser humano, llegamos a obtener una respuesta a la primera de nuestras inquietudes. Ella nos satisfizo y nos devolvió la calma. Nos permitió tener una sólida base conceptual para el desarrollo de nuestros estudios y, más tarde, de nuestras investigaciones. No nos hemos apartado de esta línea de pensamiento que hace de la persona el centro de la preocupación filosófica y jurídica.

Es del caso señalar que consideramos que no hubiéramos alcanzado las conclusiones expuestas sin contar con una base filosófica, de un lado y, del otro, sin partir de la observación de la realidad de la vida viviente. La filosofía nos permite ver a pesar de la niebla o la bruma que se interponen entre nuestro conocimiento y los entes cuya naturaleza pretendemos escudriñar.

IV. CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

La exposición y justificación de aquella inédita respuesta, que afanosamente encontramos durante nuestro paso por las aulas de la Facultad de Derecho, se desarrolló en nuestra tesis para obtener el grado de Bachiller en Derecho, titulada "Bosquejo para una

² SCHELER, Max. "El puesto del hombre en el cosmos". Buenos Aires: Poblet. 1938.

³ KIERKEGAARD, Sören. "El concepto de la angustia". Buenos Aires: Losada. 1943.

⁴ COSSIO, Carlos. "La Teoría Ecológica y el concepto jurídico de libertad". Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1964.

determinación ontológica del Derecho”, la que fuera presentada en 1950 ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En ella llegamos a la conclusión que el Derecho tenía como objeto de su estudio la interacción – no la simple yuxtaposición– de vida humana social, valores y normas jurídicas. Es decir, que el objeto del Derecho es una realidad de estructura tridimensional, por lo que su concepto describe esta peculiar situación. Recordamos que, salvo nuestro maestro, José León Barandiarán, los demás cuatro miembros del Jurado, a pesar de felicitarnos por el esfuerzo desplegado, no concordaron, en absoluto, con nuestra propuesta. Años después comprendimos que ello era natural pues no podían aceptar que un estudiante rebatiera la tesis formalista, sustentada principalmente en Kelsen, que, como está dicho, dominaba la doctrina de aquellos años y que ellos compartían a plenitud.

Sin conocernos ni haber tenido contacto alguno, el profesor de la Universidad de San Paulo, Miguel Reale, en su libro de 1953 nominado “Filosofia do Direito”, llegaría a similar planteamiento que el contenido en nuestra tesis de Bachiller de 1950. A él se le debe la designación de Teoría Tridimensional del Derecho con la que se conoce el hallazgo en mención.

Si bien, en términos generales, alcanzamos similar resultado, existen algunas diferencias entre el desarrollo del pensamiento de Reale y el nuestro. Ellas han sido precisadas por algunos de los críticos y comentaristas de la mencionada teoría. En este sentido, por ejemplo, el destacado filósofo peruano David Sobrevilla Alcázar encuentra que, para Reale, la articulación de hecho, valor y norma es dialéctica desde que surge del antagonismo entre el hecho y el valor para la aparición de la norma. Reconoce, en cambio, que la articulación que proponemos en la citada tesis “está constituida por la aplicación de la teoría de la significación de Edmund Husserl”⁵.

Otras diferencias que han sido halladas por los comentaristas se refieren al hecho que

nuestra posición encuentra su raíz, punto de partida y apoyo, en la Filosofía, mientras que Reale parte de la Jusfilosofía para la construcción de la Teoría Tridimensional. De otro lado, Reale privilegia la norma como el elemento más importante de la trilogía, mientras que, para nosotros, lo es la vida humana, la conducta humana intersubjetiva. Consideramos que la secuencia del Derecho se inicia, siempre y necesariamente, en la relación humana intersubjetiva, la que se produce en la vida comunitaria, la cual, después de ser valorada, se concreta, como permisión o prohibición, en la norma jurídica.

Cabe señalar que la tesis en referencia permaneció inédita por 37 años, habiéndose publicado recién en 1987 por iniciativa de los jusfilósofos peruanos David Sobrevilla y Domingo García Belaunde, con el título de “El derecho como libertad”. Al primero de ellos le correspondió escribir el prólogo del libro, mientras que el segundo tuvo a su cargo elaborar su presentación. Estas fueron las condiciones que les propuse para justificar la actualidad de la tesis no obstante su tardía edición.

No obstante, como lo señala Domingo García Belaunde en la presentación del libro en mención: “La tesis ha permanecido inédita durante este tiempo (37 años), pero tuvo una suerte singular: de ella se hicieron diversas copias que circularon sigilosamente por diversas manos, tanto en el país como en el extranjero, a veces con consentimiento del autor, y otras veces sin él”⁶.

En el libro de nuestra autoría titulado “Derecho y Persona”, cuya primera edición data de 1990⁷ y, la cuarta del 2001, volvimos sobre el tema del objeto de estudio del Derecho. Así, decíamos en esa oportunidad que el tridimensionalismo jurídico “en su versión dinámica, que se perfila y desarrolla nítidamente a partir de la década del 50 (del siglo XX), significa la mostración de la experiencia jurídica tal y como ella se nos presenta, como un quehacer humano ínsito en el devenir histórico-cultural”. Y agregábamos que el tridimensionalismo “no es en su fase primaria una mera construcción o concepción

⁵ SOBREVILLA, David. “Bosquejo para una determinación ontológica del derecho”. En: El Derecho como libertad. Tercera edición. Lima: Ara. 2006. p. 17.

⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Presentación”. En: El Derecho como libertad. pp. 25-26.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho y persona”. Cuarta edición. Lima: Grijley. 2001.

intelectual, sino que se constituye como la inmediata patencia del Derecho en cuanto proceso en el que interactúan, en recíproca e ineludible exigencia, en dinámica unidad, tres dimensiones de las cuales no se puede prescindir si se quiere captar el derecho en su totalidad”⁸.

Dichas dimensiones, como lo hemos anotado, son la conducta intersubjetiva —a la que Reale alude como *hecho*— es decir, el elemento sociológico-existencial, la norma jurídica y los valores que se vivencian en la experiencia jurídica⁹. Para nosotros el hecho al que se refiere el maestro paulista no es otra cosa que conducta humana intersubjetiva. No son los hechos, en término generales, los que generan Derecho sino la interacción de vida humana social.

En síntesis, nuestra juvenil exposición concluía sosteniendo que el objeto de estudio de nuestra disciplina se constituye, como está dicho, por la interacción entre vida humana social, valores y normas jurídicas. Si bien ninguno de estos tres elementos es, por sí sólo, el objeto de conocimiento y estudio del Derecho, ninguno de ellos puede estar ausente cuando nos referimos a lo jurídico. En este sentido, en la citada tesis de Bachiller de 1950 expresamos que “para captar lo jurídico en su integridad debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad”¹⁰. Unidad conceptual que resulta de su mutua exigencia.

Cabe señalar que la mencionada interacción es posible en tanto el ser humano tiene, simultáneamente, la inherente capacidad para vivenciar valores y para producir, en cuanto ser racional, juicios descriptivos-prescriptivos, es decir, normas de conducta. Recordamos que cuando enseñábamos el curso de Teoría del Derecho utilizábamos algunos ejemplos para que nuestros alumnos

comprendieran mejor como funciona la interacción entre sujetos u objetos para lograr un único concepto. Así, entre otros, nos referíamos a la “Santísima Trinidad” donde interactúan tres personas para lograr el único concepto de Dios. Lo mismo ocurre con las piezas de un motor, donde todas interactúan para alcanzar el concepto único “motor”. Ninguna de las piezas es el motor, pero ninguna puede faltar para que podamos afirmar que estamos frente a un motor en marcha. Presentábamos además otros ejemplos, pero el que más éxito tuvo fue el del *pisco sour* en el que interactúan pisco, limón y amargo de angostura. Ni el pisco es el *pisco sour* como tampoco lo son el limón o el amargo de angostura, pero ninguno puede estar ausente si se trata del concepto *pisco sour*.

V. APLICACIÓN DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL PARA LA MEJOR COMPRENSIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Cuando egresamos de la universidad teníamos algunos vacíos en nuestros conocimientos jurídicos. Así, recordamos que no distinguíamos con nitidez entre el concepto y alcances de la capacidad designada como de derecho o de goce y aquella llamada de ejercicio o de obrar. La persona jurídica nos resultaba un concepto difuso. Desconocíamos su estructura aunque sabíamos cuáles eran consideradas como tales en el ordenamiento jurídico así como conocíamos su regulación positiva. No entendíamos, tampoco, cómo en el Derecho era posible la existencia de lo “antijurídico”¹¹ o de la “autonomía de la voluntad”¹². Tuvieron que pasar algunos años, a partir del momento en el cual precisamos cuál era para nosotros objeto de estudio del Derecho para, paulatinamente, colmar dichos vacíos, despejar nuestras dudas, esclarecer aquello que no comprendíamos.

⁸ Ibid. p. 70.

⁹ Ibidem.

¹⁰ SOBREVILLA, David. Op. cit. p.148.

¹¹ Sobre lo “antijurídico” ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La antijuricidad como problema”. En: Obligaciones y contratos en el tercer milenio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001; y, “Dos preguntas, dos problemas: ¿es una categoría del derecho?, ¿es posible “privar” de libertad al ser humano?”. En: Cuadernos de Derecho Civil I. Lima: Taller de Derecho Civil de la Universidad Privada de Tacna y Editorial San Marcos. 2001.

¹² Sobre la “autonomía de la voluntad” ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El supuesto de la denominada “autonomía de la voluntad””. En: Contratación contemporánea. Teoría General y principios. Bogotá: editorial Temis y Lima: editorial Palestra. 2000; y, “Reflexiones sobre la autonomía de la voluntad”. En: Estudios de Derecho Civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

Para llegar a resultados para nosotros satisfactorios tuvimos que proceder a afrontar el estudio de las instituciones bajo el principio y la aplicación de la tridimensionalidad de lo jurídico. Así, por ejemplo, ello nos sirvió para explicar la naturaleza de la persona jurídica. En este sentido, llegamos a la conclusión que ella es una “organización de personas” (es decir, que existe una finalidad común y que cada integrante cumple una específica función) que persigue y vivencia valores y que es regulada por un plexo normativo, siendo la principal regla aquella que, de manera excepcional, deriva los derechos y deberes que correspondería a cada uno de sus miembros a un ente ideal al que sólo se le conoce mediante una expresión lingüística¹³.

En lo que respecta a la capacidad precisamos que la llamada de derecho o de goce era inherente a todos los seres humanos por igual, por lo que no era materia de regulación jurídica¹⁴. En cambio, la de ejercicio o de obrar, era la puesta en acción en el mundo exterior de dicha capacidad inherente al ser humano, por lo que la ley determina, en cada caso, sus alcances y sus limitaciones. Es así, que puede, excepcionalmente, denegarla. Es el caso del Perú, por ejemplo, donde por prescripción constitucional, la capacidad de ejercicio de los extranjeros no se puede ejercer tratándose de adquirir la propiedad de tierras o bienes dentro de los

50 kilómetros de la frontera. Ello no significa que estén privados de su inherente capacidad de goce para poder ejercerla y adquirir una propiedad en el caso hipotético que se derogase la norma que impide su acceso a una propiedad dentro de la indicada franja de 50 kilómetros. En otros términos, la limitación a la mencionada capacidad de ejercicio no afecta la capacidad de goce del inherente derecho a ser propietario de la persona, en tanto le es inherente. La libertad de gozar del derecho de ser propietario no se puede restringir o limitar mediante una disposición legal. Sólo es posible que mediante una ley se impida o limite su ejercicio.

VI. LA FINALIDAD DEL DERECHO

En la universidad se nos enseñó que la justicia es el fin del Derecho. Las obras de los juristas que tuvimos la oportunidad de revisar convalidaron este aserto. Pasaron algunos años de ejercicio de la docencia para que repensáramos esta afirmación confrontándola con la realidad del ser humano, quien es, a la vez, creador, protagonista y destinatario del Derecho. Nos referimos a un hombre cuyo ser es *libertad*. Es decir, aquello que lo hace ser lo que es: un ser humano dotado de una estructura coexistencial y temporal.

Frente a dicha situación empezamos a inquirir y a reflexionar sobre cuál habría

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, entre otros. “La persona jurídica, el pensamiento de Cossio y la doctrina contemporánea”. En: Derecho PUCP. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1983; “Definición de asociación, fundación y comité en el Proyecto de Código Civil”. En: Derecho y Ciencias Políticas 1, año I. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 1983; “Visión tridimensional de la persona jurídica”. En: Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año XI, segunda época, N° 33. Buenos Aires. 1996; en: Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Volumen 56. Buenos Aires. julio-agosto de 1995; en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 89, año XXX. México. Mayo-agosto de 1997; en: Revista Jurídica del Perú 4, año XLV. Trujillo. Octubre-diciembre 1997; en: Iuris Dictio 3, año II. Lima. 1997.; “Doctrina y legislación peruana sobre la persona jurídica”. En: Instituciones del Derecho Civil. Tomo I. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente. 1996; “La irrealidad del artículo 78° del Código Civil”. Tomo 51. En: Gaceta Jurídica. Lima. Febrero de 1998; “Naturaleza tridimensional de la persona jurídica”. En: Derecho PUCP 52. Lima. Diciembre 1998 - abril 1999; “La persona jurídica ¿es distinta de sus miembros?”. Tomo 51. Lima: Gaceta Jurídica. Enero de 1999; “Descripción de la persona jurídica”. En: La Ley Actualidad 89, año LXII. Buenos Aires. 15 de mayo del 2003; “La mentira, ¿es sujeto de derecho?”. En: Gaceta Jurídica 24, año 2. Lima. Diciembre del 2002; “¿Qué clase de objeto es la persona jurídica?”. Tomo 112. En: Actualidad Jurídica publicación de Gaceta Jurídica. Lima. Marzo del 2003 y en: La Ley, Actualidad. Buenos Aires. 15 de mayo del 2002. El tratamiento de las personas jurídicas, aparte de las publicaciones antes enumeradas, la encontramos en los libros del autor “Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano”. Décima primera edición. Lima: Grijley. 2009 y en “Los 25 años del Código Civil peruano de 1984”. Lima: Motivensa. 2009.

¹⁴ Sobre el tema de la capacidad ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El histórico problema de la capacidad jurídica, en Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas”. Tomo I. Lima: Universidad de Lima y W.G. Editores. 1995. y “El Derecho de las Personas en el umbral del siglo XXI”. Lima: Ediciones Jurídicas. 2002; “La capacidad de goce, ¿es posible su restricción legal?”. En: Jurisprudencia Argentina 6185. 2000; “Nuevas tendencias en el derecho”. Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2004; “Cathedra”, año III, n° 5. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Palestra Editores. 1999; y “La capacidad de goce, ¿admite excepciones?”. En: Iuris Omnes 2, año VIII. Arequipa: Corte Superior de Justicia. 2006.

sido, en un nebuloso momento de la historia, la razón determinante para la creación de normas de conductas intersubjetivas, las que se convirtieron en reglas de acatamiento obligatorio para los hombres en sociedad. ¿Sería la justicia, como se sostenía en aquel entonces? A la luz de la nueva concepción del ser humano y, consecuentemente, del derecho, descubrimos otra realidad.

Como conclusión de aquellas recurrentes disquisiciones comprendimos que el Derecho ha sido creado por el ser humano para proteger, precisamente, lo que para él es lo más valioso, es decir, su *ser libertad*, sustento y posibilitador de su vida. El ejercicio de esta libertad le permite proyectar su vida de acuerdo a sus propias decisiones, cumplir con una determinada vocación, realizarse como persona, alcanzar su destino personal, colmar sus expectativas y aspiraciones existenciales. Es decir, darle un sentido, una razón de ser a su existir, a su presencia en el mundo. De no ser así, de no poseer un *ser libertad*, la persona se convertiría en un objeto, en una cosa. La libertad es el sostén ontológico de la vida, así como lo es de nuestra unidad psicósomática, instrumento del cual se vale primariamente para cumplir sus decisiones.

No perdamos de vista que el espíritu es libertad y que la libertad es espiritual. Sólo el ser libre puede ser espiritual y el espíritu sólo se alberga en un ser libre.

En nuestra tesis de Bachiller de 1950, “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”, antes mencionada, decíamos que “el ser del hombre consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser personal”. Y, “al tener que realizarse, lo hace de acuerdo a un *proyecto*, recibiendo de las cosas y de los “otros” estímulos y posibilidades para vivir. El hacerse es la tarea permanente y continua de la existencia”. Vivir, decíamos en aquel lejano entonces, “es realizar un *proyecto* de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”. De ahí que “la vida resulta, así, una sucesión de haceres de acuerdo con un *proyecto*”¹⁵.

El hombre, anotábamos en aquella lejana época, “está forzado a elegir entre los posibles proyectos. Y estas decisiones son previas a todo acto psíquico, pensante, afectivo o volitivo. El decidirse es anterior a la voluntad, que es precisamente, la que pone en marcha nuestras decisiones. Y el elegir, el decidirse, es un acto forzoso: la de ser libres”. El hombre es, así, “libertad que se proyecta”¹⁶. Concluíamos expresando que el Derecho, al mentar a través de su aparato lógico-normativo una conducta valiosa y al imputar una sanción a una conducta carente de valor, “exige el mínimo de seguridad, justicia y solidaridad, a fin de que cada hombre pueda realizar, dentro del bien común, su personal destino de salvación”. Salvación que es el vivir una existencia digna, realizadora de valores que “justifican esta guerra civil consigo mismo que es la existencia”¹⁷.

Nos preguntábamos en aquellos años juveniles, “libertad, ¿para qué?” y nos respondíamos “para las grandes empresas, para preferir los más altos fines, los más nobles ideales, los valores supremos. Para hacer una vida auténtica, egregia, como diría Ortega y Gasset”¹⁸. Libertad para realizar un proyecto de vida que colme nuestras aspiraciones de perfeccionamiento personal así como de servicio a la sociedad en la que nos ha tocado vivir.

El Derecho, a través de sus principios y del sistema normativo, protege tanto nuestra libertad ontológica –nuestro ser–, como nuestros proyectos –libertad fenoménica–, los que le otorgan sentido y razón de ser al existir. Para ello, luego de una valoración de las conductas intersubjetivas, los ordenamientos jurídicos establecen lo que está permitido, por ser justo, y lo que está prohibido por injusto.

Pero, además, para lograr dicho objetivo, el Derecho es promotor de bienestar, para lo cual su misión es remover, hasta donde ello es posible, los obstáculos que impiden la realización del ser humano en cuanto *ser libertad*. En este sentido, es paradigmático el segundo párrafo del artículo tercero de la Constitución italiana de 1947. En él se

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho como libertad”, Op. cit. p. 112.

¹⁶ *Ibid.* pp.113-114.

¹⁷ *Ibid.* p. 155.

¹⁸ *Ibid.* p. 154.

prescribe que “es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, que impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

El mencionado dispositivo constitucional italiano expresa, con precisión, que es deber del Estado remover los obstáculos que limitan, de hecho, la libertad. La libertad del ser humano es, por consiguiente, lo que el Derecho debe proteger. Para ello es necesario que, mediante la vivencia social de la justicia, exista igualdad entre los miembros de un determinado país. Se requiere de igualdad de oportunidades, de opciones, para que todos los ciudadanos puedan cumplir con sus respectivos proyectos de vida. Sin justicia, es imposible que la libertad, en que consiste el ser humano, pueda encontrar su plena realización en el mundo, o sea, su conversión en un libre modo de vivir, en un suceder de conductas que respondan a su personal proyecto de existencia.

No podemos dejar de referir que, por primera vez en el ordenamiento jurídico del Perú, la Constitución de 1993 incorpora en su artículo 2, inciso primero, como derecho fundamental, el derecho al bienestar. Este derecho supone que la persona goce de una “salud integral”, en el sentido que la Oficina Mundial de la Salud, en 1946, le otorgó al concepto salud un contenido más amplio que el de “carecer de enfermedad”. Nos referimos a que el bienestar no sólo tiene el componente tradicional de la salud sino el poseer un mínimo de necesidades primordiales debidamente cubiertas, como trabajo, alimento, techo, abrigo.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que la protección de la libertad del ser humano –tanto la ontológica como la fenoménica¹⁹– se constituye como la finalidad del Derecho. El ser humano ha creado el derecho para vivir como lo que es: un ser libre que proyecta su existir para otorgarle un sentido a su presencia en el mundo que le ha

tocado vivir. La justicia, y los demás valores, son instrumentos indispensables para que la libertad pueda ser realmente vivida por todos los ciudadanos, para lo cual se requiere, como se ha señalado, igualdad de oportunidades y de opciones que permitan el cumplimiento de los respectivos proyectos de vida.

Lo expresado en estas breves páginas explica y justifica el que podamos referirnos a un Derecho de la liberación, cuya principal función es la de regular valiosamente las conductas humanas intersubjetivas con la finalidad de asegurar la libertad del ser humano para que pueda cumplir con su proyecto de vida participando del bien común. Ello se posibilita por la instrumental vivencia comunitaria de la justicia y de los demás valores –como la solidaridad, la igualdad o la seguridad, entre otros–, todo lo cual se hace patente mediante prescripciones, permisivas o prohibitivas, dentro del sistema jurídico normativo. La lucha por el Derecho es una batalla continua e inacabable por la liberación de cada hombre en sociedad, con la finalidad de promover su desarrollo integral, eliminando, para ello, los obstáculos que, de hecho, pudieran impedirlo. Todo ello, cabe reiterarlo, dentro del bien común.

El *prius* del Derecho es la libertad. El Derecho ha sido creado por hombres libres para hombres libres, a fin de asegurar la libertad de cada uno dentro de una sociedad organizada de conformidad con valores que permitan una convivencia justa, segura y solidaria, propicia para que cada ser humano realice su proyecto de vida contribuyendo al bien común y dentro del interés social.

Por ello, el axioma jurídico fundamental privilegia la libertad frente a la sanción cuando expresa que, para el Derecho, “todo está permitido, salvo que se atente contra la moral social, el orden constitucional o se dañe a terceros”. En síntesis, podemos sostener, a manera de conclusión, que la libertad es la finalidad del Derecho. La justicia y los demás valores son instrumentos indispensables para su logro, es decir, para el libre desenvolvimiento de la personalidad del ser humano.

¹⁹ La libertad ontológica es el *ser* del hombre y la fenoménica es su proyección en el mundo exterior a través del cumplimiento de un *proyecto de vida*.



www.themis.pe



Visitanos en:

RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL PURO Y EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Lorenzo de la Puente Brunke*

Los años no pasan en vano y las disposiciones del Código Civil peruano de 1984 van siendo complementadas por otras, para asumir los problemas que la ética, la ciencia y el mercado, entre otros, le proponen al Derecho de daños.

*En este breve ensayo, a manera de avance preparatorio del estudio para nuestro próximo libro, mostramos parte del camino que en la materia sigue el Derecho positivo peruano y comentamos algunos aspectos relativos a la reparación del daño ambiental en relación con las disposiciones del Código Civil, la Ley General del Ambiente (LGAMB) del 2005 y otras normas de la legislación ambiental peruana y comparada.***

* Abogado. Magister en Derecho Ambiental y Energético por la Escuela de Leyes de la Universidad de Houston, Texas, con una beca otorgada en 1998 por la Comisión Fulbright. Socio del Estudio De la Puente Abogados.

** El autor.

I. EL DAÑO AMBIENTAL PURO EN EL DERECHO PERUANO

El tratamiento del daño al ambiente tiene algunas particularidades que lo diferencian de la aproximación que hace la responsabilidad civil extracontractual. A este daño también se le conoce como daño ambiental puro, daño ecológico, daño público ambiental o daño ambiental autónomo; siempre haciendo el deslinde con aquellos daños que afecten intereses particulares.

Este daño, que en sí mismo se hace al ambiente, afecta a la sociedad en su conjunto, a la calidad de vida de sus miembros; y, más aun, a su desarrollo, porque el ambiente –la biosfera– es el sustento que hace posible la vida en la Tierra hoy y la hará posible mañana¹. El daño ambiental puro, será, pues, el daño que se causa al ambiente con independencia de la afectación a intereses particulares. Será, por ejemplo, el daño al río Rímac, a los bosques en Madre de Dios y al mar de Ventanilla, entre otros. Es, precisamente, por su carácter colectivo que el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, en adelante “LGAMB”, reconoce el derecho de todas las personas de salir en defensa del ambiente sin que sea necesario acreditar un perjuicio directo.

A. El ambiente

El ambiente puede ser definido –si es que cabe definir aquello que no se conoce completamente– como la integración de todos los elementos que componen el sistema en el que vivimos –la biosfera– y la interacción entre ellos mismos. Esto incluye, pues, lo vivo y lo inanimado, lo visible y lo invisible, lo natural y lo construido; así como la relación entre los mismos, sea ésta tangible o intangible. En buena cuenta, el ambiente es aquello que nos rodea. Pero no sólo aquello que rodea a la especie humana, sino también a los demás seres vivos y, además, las relaciones existentes entre todas las especies que habitan la Tierra.

Los componentes del ambiente pueden ser clasificados en tres grupos: (i) el ambiente

natural, que incluye el aire, el agua, el suelo, la flora y fauna, y las interrelaciones entre éstos; (ii) el ambiente construido por el hombre, que comprende las ciudades y obras de infraestructura; y, (iii) el ambiente social, que comprende a los sistemas sociales, políticos y culturales.

Esta definición amplia, por la naturaleza del objeto definido, comprende también a lo urbano. Por eso la construcción del centro comercial Larcomar en el antiguo Parque Salazar de Miraflores, en Lima, fue materia de cuestionamientos ambientales. La identidad de los vecinos mirafloresinos con su entorno estaba vinculada a ese espacio público, y por eso, alrededor de 1996, una infraestructura que hoy alberga 160 tiendas, fue objeto de evaluación ambiental por las autoridades competentes.

La LGAMB, en el artículo 2.3, no define, pero sí describe al ambiente del modo siguiente: “(...) comprende los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, (...)”.

Se trata pues, de una descripción tan amplia que describe poco. Pero eso no tiene por qué ser un defecto, eso responde, repetimos, a la naturaleza de este bien jurídico, cuya definición escapa al ámbito exclusivo del Derecho. ¿Acaso no sucede lo mismo con el concepto de bien común? Concepto que ya incorpora lo ambiental como elemento del mismo.

B. El daño en la Ley General del Ambiente

El daño, en general, según Bustamante Alsina es “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”². Y respecto del daño ambiental puro, este mismo autor lo define señalando que “es toda lesión o menoscabo

¹ La Constitución Política de 1993 ha sancionado, en el numeral 22 del artículo 2, el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Se trata de una vida que sólo se puede desarrollar en un medio que satisfaga las necesidades de la persona, desde las más triviales, hasta la más profunda: la libre búsqueda de la felicidad.

² BUSTAMANTE, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1983. p. 143.

que atente contra la preservación del entorno –constituido por los recursos naturales vivos, inertes, culturales materiales e inmateriales–, en tanto influya en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano”³. Hemos querido citar a este autor porque la LGAMB, al definir el daño ambiental, utiliza, precisamente, el mismo término –“menoscabo”– y le otorga ciertas características, como lo veremos más adelante.

A su vez, el daño ambiental –ya sea generado por un vertimiento contaminante al Lago Titicaca o por la emisión de gases tóxicos por las industrias en un barrio industrial de Lima– puede tener, simultáneamente, efectos patrimoniales y no patrimoniales sobre los derechos de las personas. Es el caso, por ejemplo, de quien adquiere una enfermedad por consumir de manera continua agua de un río que ha sido contaminado por el desagüe de una curtiembre. Es en el río contaminado donde se verifica el daño ambiental puro, mientras que en la persona se verifica un daño a su salud, daño de carácter particular como consecuencia del daño ambiental de carácter colectivo.

El Derecho, como toda disciplina, muta y hoy algunos ya hablan de una subespecie de daño ambiental puro: el daño moral colectivo ambiental. Éste es un concepto utilizado por los tribunales argentinos en un fallo que confirmó la condena de la demandada –el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y una empresa constructora– por la demolición de un inmueble considerado patrimonio histórico cultural, la Casa Milla⁴. El desarrollo conceptual en materia de daños al ambiente seguirá desarrollándose y nos llevará a conceptos nuevos, siempre dependiendo de lo que el Derecho entienda por ambiente y daño ambiental en determinada jurisdicción y tiempo.

En el Perú, la definición de daño ambiental que debemos tomar en cuenta es la del artículo 142 de la LGAMB: “todo menoscabo

material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

De este texto podemos identificar los tres elementos siguientes: (i) el menoscabo material, (ii) la generación de efectos negativos actuales o potenciales derivados del menoscabo material, y (iii) la independencia de éste respecto de si se ha contravenido o no disposición jurídica alguna.

Es decir, el Derecho peruano exige que se produzca un menoscabo material en el ambiente para que se verifique un daño. Esto parece retórica, pero para la Administración pública no lo es, la cual ha pretendido sancionar por daño ambiental sin verificar la real ocurrencia del menoscabo; es decir, sin demostrar el daño, lo cual ha obligado a algunas empresas a recurrir en vía contencioso administrativa ante los tribunales⁵.

Para el Diccionario de la Lengua Española, “menoscabo” es el “efecto de menoscabar”. Y “menoscabar” tiene las siguientes acepciones: “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo”; “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”; y “causar mengua o descrédito en la honra o en la fama”. De otro lado, la palabra “material”, según el Diccionario tiene la siguiente acepción: “perteneciente o relativo a la materia”. Y, la palabra “materia” la define como “realidad primaria de la que están hechas las cosas”.

Por lo tanto, debemos entender que la LGAMB exige un daño cierto. En esto, como es obvio, coincide con el Código Civil, que en materia de responsabilidad civil extracontractual, exige la existencia del daño y la verificación del mismo para que se pueda exigir la reparación. Sin daño no cabe atribuirle responsabilidad a persona alguna. Sin la ocurrencia de un daño

³ BUSTAMANTE, Jorge. “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995. p. 45.

⁴ Fallo de la Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala A, 22-10-96, “Municipalidad de Tandí c/Transportes Automotores La Estrella SA y otro”. J.A. 1997-III-224.

⁵ Es el caso de Osinergmin en su actuación supervisora de la minería formal. En diversas resoluciones de su Gerencia General este organismo público hizo una interpretación errónea del artículo 142.2 y, tergiversando su contenido concluía que el daño ambiental también debe ser entendido como un menoscabo potencial. El año pasado, la competencia de supervisión y sanción de Osinergmin fue transferida al Oefa.

el Derecho no actúa. Como se puede notar de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, el daño es la piedra angular de esta rama del Derecho. Fernando de Trazegnies nos dice que “existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación”⁶.

El segundo elemento del daño ambiental según el artículo 142.2 de la LGAMB es la generación de efectos negativos actuales o potenciales. Es decir, incluye no sólo los efectos actuales del menoscabo, sino también los efectos potenciales del menoscabo. Queremos hacer notar –porque en este error han caído algunas autoridades– que lo potencial no está referido al menoscabo, sino a los efectos de éste. El menoscabo debe ser cierto.

Finalmente, el tercer elemento del daño según el artículo 142.2 de la LGAMB es que éste ocurre con independencia de que sea haya contravenido o no disposición jurídica alguna. Sobre este supuesto, nos haremos cargo más abajo.

El artículo 142 de la LGAMB suscita una cuestión de fondo: mientras que su apartado 1 parece incluir dentro de la responsabilidad por daños ambientales a los perjuicios ocasionados, no sólo al ambiente –considerado en sí mismo– sino, también, a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio –materias distintas–; mientras que el apartado 2 distingue en forma expresa el daño ambiental circunscribiéndolo, sin lugar a dudas, sólo a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o algunos de sus componentes.

Como se ve, el supuesto de hecho del apartado 1 del artículo 142 parece incluir otro tipo de daños, además del daño ambiental puro. Por otro lado, la consecuencia jurídica atañe sólo al costo de las medidas de prevención y mitigación de daño, pero no se refiere a las de restauración, rehabilitación, reparación o compensación en términos ambientales ni demás indemnizaciones a que pudiera dar lugar el daño generado sobre el ambiente. Desde nuestro punto de vista,

la interpretación correcta del supuesto de hecho de este apartado debe ser restrictiva, en virtud del contexto en que se inserta la norma. Es decir, lo que la Ley quiere indicar bajo el concepto singular de “responsabilidad por daños ambientales” sólo tiene lugar y efecto, cuando se trata de daños ambientales puros. No incluye otro tipo de daños –daños a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio–, aun cuando éstos hubieran sido causados por medio o a través de un daño ambiental. Por añadidura, la misma LGAMB distingue, en su artículo 74, entre la responsabilidad general de los titulares de operaciones y la responsabilidad por daño ambiental especificada bajo el Título IV, Capítulo 2.

C. El daño ambiental tolerable en el Derecho administrativo

Sabemos que existen daños ambientales que la sociedad está dispuesta a tolerar; aquellos que, por los beneficios a los que pueden estar asociados, son aceptados a través de los mecanismos establecidos por el Estado, con la intervención de la ciudadanía. Pensemos, por ejemplo, en los daños relacionados con la inundación que puede requerir la construcción de un embalse para la construcción y operación de una nueva hidroeléctrica en la Amazonía. La sociedad podría “tolerar” estos daños por la necesidad, digamos, de ampliar la frontera eléctrica del país para que esta energía llegue a más hogares peruanos.

El fundamento por el cual se toleran algunos daños al ambiente es la existencia de un bien superior reconocido por la sociedad. En el ejemplo que hemos puesto, el bien superior es la calidad de vida de las personas, porque nuestro Derecho y, más en concreto, nuestra Constitución Política, reconoce que el ambiente está al servicio de las personas y que la defensa de éstas es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El análisis de tolerancia no debe darse en abstracto, sino caso por caso. Es aquí donde el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental –regido por el Ministerio del Ambiente– tiene un rol importante. Este sistema tiene a su cargo calificar como tolerables –análisis de viabilidad– los

⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. p. 17.

proyectos de inversión, públicos o privados que se le proponen. A través de la evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) –instrumento de gestión– el Estado evalúa la viabilidad ambiental, económica y social de los proyectos de inversión que se propongan realizar en el territorio peruano. En esta línea de ideas es que el artículo 25 de la LGAMB establece que en el EIA se incluyan las medidas necesarias para evitar o reducir el daño que la actividad pudiera causar al ambiente a “niveles tolerables”.

La participación de los ciudadanos es tan importante en los procedimientos de aprobación de un EIA, que el Derecho administrativo dispone la obligatoriedad de las audiencias públicas en los mismos, bajo sanción de nulidad⁷. Es decir, no llevar a cabo estas audiencias públicas determina la nulidad de la declaración de “tolerable” de la actividad propuesta –la nulidad de la Certificación Ambiental– y, por lo tanto, la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto propuesto.

El Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental tiene aún que consolidarse y regir de manera homogénea las actuaciones de las autoridades vinculadas a éste. Hasta que esto no suceda, la gestión del Estado en materia ambiental seguirá mostrándose débil y será el Derecho de daños el encargado de atender –si es que puede llegar a hacerlo– aquello que el Derecho preventivo ambiental no pudo conseguir.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO AMBIENTAL PURO

El camino jurídico que ha seguido el tratamiento de la protección del ambiente ha ido transformando la disciplina jurídica. En este camino se distinguen, al menos dos grandes etapas. Una inicial, caracterizada por un Derecho que protegía indirectamente algunos componentes del ambiente considerados propiedad privada; para luego pasar a una segunda etapa en la que ya se reconoce a la naturaleza como un bien jurídico que debe ser protegido por sí mismo.

Un ejemplo de la primera etapa de este andar del tratamiento de la protección del

ambiente, es el proceso judicial, iniciado en la década del treinta y culminado en 1957, entre doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la Testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la Cerro de Pasco Corporation, por indemnización de daños causados por los humos de la Fundición de La Oroya sobre el ganado de la Hacienda Jatunhuasi. Por otro lado, un ejemplo de la segunda etapa, en la que ya se reconoce a la naturaleza como un bien jurídico que merece protección por sí mismo, es la sentencia del 9 de febrero de 2009, recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de amparo en defensa del ambiente interpuesta contra tres empresas petroleras, suspendiendo sus actividades en el Lote 103 hasta que no se cuente con el Plan Maestro del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera.

En el Código Civil la reparación del daño se fundamenta en los conceptos de legitimación y titularidad, respecto a derechos subjetivos, enfocándose hacia la protección de situaciones particulares. Es el sistema de responsabilidad civil clásico emanado del Derecho romano –*Lex Aquilia*. Un marco normativo que se complementa con las normas que sobre abuso del Derecho y relaciones de vecindad también están contenidas en el Código. Sin embargo, es evidente que el ambiente carece de una delimitación concreta y tiene, además, un carácter colectivo. Éste carácter, precisamente, es el incorporado en la legislación peruana a través del derogado Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de 1990, y posteriormente ampliado por la LGAMB en el 2005. Sin embargo, aunque hablamos de normas distintas, no podemos perder de vista que estamos hablando de un mismo Derecho de daños, regido por los mismos principios.

Por lo tanto, aunque en este ensayo distinguimos las normas del Código Civil, de las dispuestas por la LGAMB, hablamos de un mismo Derecho de daños, cuyas normas, aunque diferentes, deben ser interpretadas en conjunto y a la luz de los mismos principios generales del Derecho.

Las disposiciones del Código Civil no fueron

⁷ Artículo 182 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

pensadas para la protección del ambiente, ciertamente; y, menos aún para enfrentar la reparación del daño ambiental puro. Sin embargo, algunas de sus disposiciones sí tienen relación, aunque lejana, con éste ya que otorgan a los individuos los medios legales para hacer que se respete su entorno y tranquilidad. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre inmisiones y relaciones de vecindad, las cuales constituyen, aunque en un ámbito bastante limitado, unas de las disposiciones precursoras del Derecho Civil en lo que a calidad de vida se refiere. Hoy, el Código Civil –al igual que en su momento lo dispuso el Código de 1936–, contiene disposiciones que protegen a los ocupantes de inmuebles de molestias causadas por sus vecinos. Se les protege, porque, entre otros aspectos, son perjudicados en su sosiego y salud. Se les protege de todo aquello que exceda de la tolerancia –concepto, como vimos arriba, indispensable para el Derecho ambiental– que mutuamente se deben los vecinos⁸. Junto con éstas, hay otras disposiciones de nuestro Código Civil que pueden ser utilizadas para fines ambientales; sin embargo, sus conceptos deben ser complementados con otros para reparar el daño ambiental puro.

Vincent Rebeyrol señala que el Derecho de la responsabilidad civil permite aportar una cierta respuesta a los daños ambientales individuales, en particular, a través de la teoría de los problemas de vecindad que justamente ha sido construida por la jurisprudencia para analizar este tipo de daños específicos. Ciertamente, esta respuesta puede y debe ser mejorada, a lo cual el Derecho ambiental puede contribuir. Pero en todo caso, en materia de daño ambiental individual el Derecho de la responsabilidad no es del todo impotente de aportar una solución. La situación es completamente diferente en materia de daño ambiental puro: todos los autores no hacen más que subrayar la impotencia del Derecho

de la responsabilidad civil común a aportar una respuesta satisfactoria a este tipo de daño⁹.

La responsabilidad civil extracontractual ya no puede ser objeto de una concepción individualista exclusiva, sino que debe cobijar también la tutela de los nuevos intereses colectivos que surgen por problemas ambientales de naturaleza difusa. Para Arazadi, la tutela del daño ambiental debe ser preventiva; antes que reparar el daño, se debe buscar prevenirlo; incluso, señala, se trata de una nueva institución del Derecho procesal. Una nueva tutela que busca una sentencia que escape al esquema clásico de las sentencias declarativas, constitutivas o de condena. Y añade que si el derecho de contenido ambiental no es disponible, si la protección del ambiente compete a todos, incluso al juez, éste no debe ser neutro, debe ser partícipe de la necesidad de conservar el ambiente¹⁰.

El artículo VIII del Título Preliminar de la LGAMB, bajo el epígrafe “Del principio de internalización de costos” establece que “toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”. Antes que llegar a la reparación la LGAMB propone la prevención los daños, de tal manera que la industria está obligada a tomar acciones y asumir los costos de prevención, para, de esa manera, no trasladar los costos de reparación a la sociedad.

Este principio de internalización de costos, pues, obliga al Derecho Ambiental a requerir

⁸ Con los años, y con la conciencia ambiental de la ciudadanía en aumento, el Derecho Administrativo ambiental –no el Derecho Civil– seguirá incorporando estándares de calidad ambiental. Sin embargo, las disposiciones sobre inmisiones y relaciones de vecindad en los códigos civiles seguirán siendo útiles, porque ellas abarcan aspectos que no sólo protegen al vecino en materia ambiental, sino también al inmueble del cual son propietarios o que simplemente lo ocupan. En esto, por poner un ejemplo, el interdicto de retener del Código Civil y del proceso sumarísimo del artículo 606 del Código Procesal Civil, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, seguirá cumpliendo una función importante.

⁹ REBEYROL, Vincent. “L’affirmation d’un “droit a l’environnement” et la réparation des dommages environnementaux”. Paris: Editions Defrénois, lextenso editions. 2010. p. 269.

¹⁰ ARAZADI, Ronald. “El Derecho Procesal Ambiental”. En: “Revista de Derecho de Daños”. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2008. pp. 88-91.

que la industria y los ciudadanos no sólo asuman los costos de los daños que pudieran causar —en muchos casos irreversible—, sino también de los riesgos que generan en sus actividades, independientemente de la ocurrencia o no de un daño. El meollo del Derecho ambiental reside en su carácter preventivo; por lo tanto, de no lograr imprimirlo en las normas y en las conductas de las personas, mermará su eficacia.

En el ámbito del Derecho Internacional Ambiental, el tratadista inglés Philippe Sands resalta la enorme importancia del principio preventivo en toda política ambiental eficaz¹¹. Éste es el carácter que hay que imprimirle a la actual política ambiental peruana, la cual sigue únicamente escrita en un papel luego de más de un año de haber sido aprobada por un decreto supremo.

A. La reparación, el restablecimiento y la indemnización

El artículo 147 de la LGAMB define a la reparación del daño como “el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo”. Y añade que “de no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados”. Luego, a párrafo seguido, dispone que “la indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

De esta disposición se advierten tres términos: reparación, restablecimiento e indemnización. El primero de estos términos contiene a los dos últimos. Es decir, para la LGAMB la reparación opera por medio del restablecimiento de la situación anterior y de la indemnización económica.

Consideramos que esta disposición puede interpretarse en el sentido de que el causante del daño está obligado a incurrir dos veces en los costos de restablecimiento

de la situación anterior a la realización de la conducta dañosa. En efecto, ésta lo obliga a asumir el costo del restablecimiento de la situación anterior, así como el pago de la indemnización correspondiente. Sin embargo, la indemnización estaría destinada a las “acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente”. Este texto debería revisarse para evitar posibles interpretaciones que contravengan su sentido. Si, además, contamos ya con la “compensación en términos ambientales” del artículo IX del Título Preliminar, ¿cuáles son las tareas que el juez deberá prever? Sobre esta compensación trataremos más adelante.

Son diversos los términos que la LGAMB utiliza, prestándose a confusión. Además de los contenidos en el artículo 147 —reparación, restablecimiento e indemnización—, esta ley menciona a los siguientes, pero sin darles contenido específico alguno: restauración (artículos VIII y IX), rehabilitación (artículos VIII y IX), compensación (artículo VIII), compensar en términos ambientales (artículo IX), asumir los costos (artículos 142 y 144), reparar (artículo 144), indemnización (artículo 144), recuperación (artículo 144), mitigar (artículo 144) y evitar que vuelva a ocurrir (artículo 144). No es clara la distinción entre estos términos, algunos parecerían similares, aunque la LGAMB los utiliza en diferentes contextos.

Es interesante advertir los términos utilizados por la Directiva 2004/35/CE de la Unión Europea, una norma muy bien pensada y elaborada. Para esta directiva, las medidas de reparación se subdividen en: reparación primaria, reparación complementaria y reparación compensatoria. Por su precisión conceptual vale la pena transcribir su definición. La reparación primaria es definida como “toda medida de reparación por la cual los recursos naturales dañados o los servicios deteriorados, regresan al estado inicial o por lo menos se acercan a ese estado”. Su objetivo es “poner los recursos naturales o los servicios dañados en su estado inicial o por lo menos a un estado cercano a este”. La reparación complementaria es definida como “toda

¹¹ SANDS, Philippe. “Principles of International Environmental Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 2003. p. 247.

medida de reparación iniciada con respecto a los recursos naturales o a los servicios, con el fin de compensar el hecho que la reparación primaria no llega a la restauración completa de los recursos naturales o de los servicios". Su objetivo es que "cuando el regreso al estado inicial no se lleva a cabo, se trata entonces de aportar un nivel de recursos naturales o de servicios comparables a los que hubieran sido aportados si el estado inicial del lugar dañado hubiera sido restablecido". Finalmente, la reparación compensatoria es definida como "toda acción iniciada para compensar las pérdidas de los recursos naturales o de los servicios que aparecen entre la fecha en la cual ocurre el daño, y el momento en el cual la reparación primaria ha producido plenamente su efecto". Su objetivo es "compensar las pérdidas provisorias de los recursos naturales y de los servicios, mientras se espera la regeneración". Quizás la LGAMB debió ser tan concreta como la Directiva 2004/35/CDE, en lugar de ser tan vaga y extensa que pareciera ir en contra de la técnica legislativa.

En el Derecho de daños, resarcir –reparar– es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.)¹². La reparación por equivalencia dineraria –la indemnización– no tiene sentido alguno en la reparación del daño al ambiente, porque con ella no se repara el objeto dañado sino que se otorga un subrogado pecuniario que no puede restituir en su totalidad el bien ambiental (imposibilidad de efectuar reparación *in natura*)¹³. Aquí podemos observar una clara diferencia entre la reparación del daño ambiental respecto de las reglas generales de la responsabilidad civil, en las que la indemnización dineraria equivalencial, que busca reemplazar o compensar el bien dañado, es la regla general. Esto sucede, porque en el Derecho Civil clásico el demandante tiene mayor libertad para disponer si el dinero pagado por su bien lesionado lo reinvierte en el mismo o no.

En el ámbito del Derecho Ambiental el pago dinerario nunca podrá ser equivalencial,

porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema¹⁴. Esta idea está plasmada en el artículo 7 de la Ley 491 sobre Responsabilidad Civil Ambiental y otras disposiciones promulgada por el Congreso de la República de Colombia en enero 15 de 1999: "Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sea posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad".

Según señala Rebeyrol, a propósito de la indemnización, el Derecho francés de la responsabilidad civil no es el único en revelarse impotente para responder a este tipo de daño. La ley alemana del 10 de diciembre de 1990, a pesar de estar adelantada al Derecho francés en muchos aspectos, dispone claramente que el daño ambiental puro –entendido como el deterioro de la naturaleza o del paisaje– sólo podrá ser el objeto de una indemnización con la condición de estar acompañada del daño a la propiedad de una persona. Otros derechos no conocen ni siquiera el concepto de daño ecológico puro, ya que la idea de reparar daños que no son padecidos por personas, les parece inconcebible¹⁵.

Volviendo a la legislación nacional, queremos hacer notar que mientras que en el artículo 1985 del Código Civil la indemnización comprende las consecuencias derivadas del hecho que generó el daño, incluyendo: (i) lucro cesante, (ii) el daño a la persona; y, (iii) el daño moral; la LGAMB dispone que el causante del daño está obligado a reparar: (i) los daños ocasionados por el bien o la actividad riesgosa y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización, (ii) los de la recuperación del ambiente afectado; y, (iii) los de ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir; por lo que estaríamos ante un régimen especial. Para una adecuada aplicación del Derecho de daños ambientales, la reflexión de la doctrina

¹² DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. cit. Tomo I. p. 44.

¹³ HENAO, Juan Carlos. "Responsabilidad del Estado Colombiano por el daño ambiental". En: "Responsabilidad por daños al Medio Ambiente". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000. p. 149.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ REBEYROL, Vincent. Op. cit. p. 277.

y la jurisprudencia se deben encargar de dar contenido a estos conceptos.

B. La compensación en términos ambientales

El artículo IX del Título Preliminar de la LGAMB dispone la obligación de “compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”; obligación que está limitada a aquellos casos en que no fuera posible adoptar medidas de restauración, rehabilitación o reparación.

La pregunta que cabe hacernos es ¿a qué se refiere la LGAMB al pretender obligar a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar? Como es obvio que no existe responsabilidad por daño ambiental en sede distinta a las sedes civil, penal y administrativa, no se debe tratar de un proceso de atribución de responsabilidad distinto a los ya existentes en nuestro sistema legal.

Por lo tanto, pensamos que se trataría de un concepto nuevo en el Derecho de daños peruano aplicable sólo en aquellos casos en que ya no es posible restaurar, rehabilitar o reparar un daño ambiental. Más allá de lo dicho, la LGAMB no da luces sobre el particular. Tomando como referencia a otras jurisdicciones, pensamos que esta compensación en términos ambientales puede referirse a las medidas de compensación llevadas a cabo en lugares distintos al afectado. Puede ser el caso, por ejemplo, del daño irreparable a un humedal, que podría traer como consecuencia, además de la sanción al causante, la obligación de mantener o recuperar una mayor área de humedales en otro lugar de la geografía peruana. Por lo tanto, no se trataría de la reparación *in natura*, tan difícil en términos ambientales, sino de compensar en otro lugar “en términos ambientales”.

Esta tipo compensación no sólo aparece en la LGAMB, sino también en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley 29325. El párrafo primero

del artículo 23 dispone que “sin perjuicio de imponer cualquiera de las sanciones establecidas, la autoridad competente puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente”.

En materia de Derecho de daños, cuando no cabe la reparación *in natura*, cabe la compensación en términos económicos; sin embargo, como al ambiente no se le puede indemnizar con dinero, creemos acertado que se haya introducido esta compensación en términos ambientales. Porque cuando sea imposible reparar el bien ambiental dañado se debe propender a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza. Como el ecosistema es uno y sistémico –aunque no se restaura el bien lesionado– se restaurará al sistema mismo, que se verá beneficiado en su conjunto¹⁶.

Es con esta lógica que la compensación en términos ambientales adquiere sentido. Pensemos lo siguiente: volver las cosas al estado anterior es el equivalente a la reparación en especie, *in natura e in situ*, en el mismo lugar en que ocurrió el daño. Ahora bien, la reparación en especie y *ex situ*–o reparación *in natura ex situ*– vendría a ser lo que el artículo IX de la LGAMB denomina “compensación en términos ambientales”. Como se ve es una reparación que encuentra su lugar conceptual dentro del Derecho de daños.

A diferencia de la ley peruana que establece, en defecto de la reparación *in natura in situ*, la compensación en términos ambientales, el artículo 28 de la Ley General del Ambiente argentina, Ley 25675, dispone que en caso que no sea técnicamente factible el restablecimiento al estado anterior, la indemnización sustitutiva que determine la justicia, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que esta misma ley creo. Este puede ser un mecanismo a imitar en el Perú, por medio del cual el Estado se haga de los recursos para atender el daño

¹⁶ Comisión de las Comunidades Europeas. 9 de febrero de 2000. Número 66. Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la comisión). p. 12.

ambiental, incluyendo también los pasivos ambientales históricos.

C. El replanteamiento del nexo causal

Como sabemos, el artículo 1970 del Código Civil dispone que “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. De aquí se desprende que la responsabilidad por el daño ambiental generado mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esto quiere decir que ni la culpa ni el dolo serán factores tomados en cuenta para atribuir responsabilidad; bastará que se compruebe la relación causal entre el daño ambiental y el causante del daño, y que se demuestre que la actividad o bienes que causaron el daño son peligrosos para que se origine la obligación de reparar. Resulta, pues, que en los casos de responsabilidad objetiva se aplica el fundamento del riesgo creado, por lo que quien haya causado el daño responderá a pesar de no tener culpa o dolo, a menos que se verifique algún supuesto de ruptura del nexo causal.

Sin embargo, existe otro modelo teórico de riesgo, el del llamado riesgo integral. A diferencia de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado, este modelo no admite eximentes tales como el normal ejercicio de un derecho, el caso fortuito o la fuerza mayor. Para casos específicos, algunos tribunales ya han adoptado el sistema de responsabilidad civil extracontractual por riesgo integral, mediante el cual se rigen algunas actividades extremadamente riesgosas o capaces de producir daños muy graves o irreversibles. Este sistema presume el nexo causal entre el bien o actividad riesgosos y los probables daños. El español Albert Ruda desarrolla este tema ampliamente y, por ejemplo, indica que la House of Lords ha entendido ya —en un caso de daños por inhalación de asbesto— que si la prueba del nexo causal es científicamente imposible, no cabe exigirla al demandante. Y añade que este criterio podría generalizarse, también, para los daños ambientales puros¹⁷. Para este autor —en materia de nexo causal— ya no estaríamos hablando propiamente de una

cuestión de hecho, como lo es la causalidad física, sino de una cuestión de Derecho.

El Perú no estuvo muy lejos de asumir este sistema para los daños al ambiente. De hecho, el artículo 147 del Proyecto de LGAMB que llegó al debate en el pleno del Congreso de la República, bajo el epígrafe “De la carga de la prueba” decía lo siguiente: “Si por los antecedentes del caso o las responsabilidades legales atribuidas, el daño ambiental pudo haber sido originado por una acción o hecho atribuible a un agente, se presumirá la relación de causalidad entre éste y el daño ambiental. El descargo corresponde al agente”. El texto de la LGAMB fue aprobado con la eliminación de dos artículos de la versión original que entró al debate en el pleno, uno de ellos contenía esta disposición. Ésta intentó ser una norma de excepción, porque la regla general es que no se invierte la carga de la prueba. Lo mismo reconoce la Directiva 2004/35/CE de la Unión Europea; sin embargo, deja abierta la posibilidad de que cada país, al transponer las disposiciones de aquella a su Derecho interno, incluyala presunción de existencia del nexo causal.

Para Ruda, “la complejidad de la causalidad medioambiental deriva en primer lugar del conocimiento imperfecto que aún se tiene del medio ambiente. La tarea de determinar la causa de las alteraciones ecológicas es a menudo imposible o de una dificultad desalentadora, (...)”. Éste sustenta que ya no se puede presuponer que el juzgador sea capaz de determinar los hechos en materia tan compleja e inabarcable como la ecológica. Debido a los descubrimientos de la física cuántica, señala que la visión mecanicista que ha reinado en la física prácticamente hasta nuestros días, ha perdido su hegemonía y parece ampliamente reconocido que tiene también sus límites. Nos dice que “el estudio de los procesos mecánicos que tienen lugar en el interior del átomo ha puesto en tela de juicio que un conocimiento absoluto de los fenómenos físicos sea posible y ha rechazado las leyes de la causalidad. En particular la física cuántica afirma que no cabe determinar completamente el estado de un sistema y predecir su estado futuro, como en cambio había entendido la física clásica”. Por lo tanto, “el juzgador no podría aspirar a una seguridad

¹⁷ RUDA, Albert. “El Daño Ecológico Puro”. Madrid: Aranzadi. 2008. p. 306.

absoluta en el juicio causal hipotético (...). La incertidumbre que inevitablemente acompaña a los fenómenos naturales dificultaría la prueba –no sólo del daño, sino también– del nexo causal entendido en un sentido puramente fáctico”¹⁸.

El argentino Cafferata, en similar línea, señala que se han generado una serie de teorías en materia de relación de causalidad que tratan de aligerar la carga de la prueba porque se sabe que puede fracasar todo el sistema de responsabilidad si no se prueba el nexo de causalidad entre la actividad presuntamente dañina y el daño. Precisamente, una de las teorías que se aplica, es la holandesa de la causalidad disyuntiva o alternativa, también llamada “teoría de la responsabilidad colectiva”. En ese caso, la reacción del Derecho es tornar responsable a todos solidariamente y darles derecho a repetición.

Por su lado, el artículo 31 de la Ley General del Ambiente de Argentina, Ley 25675, dispone, basado en esta teoría, que producido un hecho de daño ambiental colectivo, cuando hubiera dos o más personas, dos o más industrias y no se supiera el aporte de cada uno de ellos a la producción del daño ambiental, “todos serán responsables solidariamente por la reparación frente a la sociedad”¹⁹. En el Perú, ante estos casos de pluralidad de causantes de un daño, el artículo 1983 del Código Civil simplemente señala que estos responden solidariamente; sin embargo, no establece los criterios de asignación de cuotas de responsabilidad y no se prescinde de la prueba del nexo causal. Habrá que esperar al desarrollo que, probablemente, se dará en disposiciones ajenas al Código Civil, para ver qué opción será la que asuma el Derecho Ambiental peruano.

D. La cuestión de la antijuricidad y el ejercicio regular de un derecho

El estudio de la antijuricidad, como presupuesto de la responsabilidad en materia del daño ambiental puro, no representa mayor

complejidad. La naturaleza del ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido, sustento de la vida de las personas, determina que todos tengamos la obligación de preservarlo. Esta obligación, contenida en nuestra legislación nacional y en instrumentos internacionales, determina, pues, que toda conducta que afecte el ambiente sea antijurídica. En ese sentido, el apartado 2 del artículo 142 de la LGAMB señala que el daño debe ser reparado, sea causado contraviniendo o no contraviniendo una disposición jurídica.

El párrafo 1 del artículo 1971 del Código Civil establece que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. Sin embargo, entendiendo esta norma en el contexto del sistema jurídico, el ejercicio de un derecho no es irrestricto. ¿Esta norma del Código Civil es una exención de responsabilidad para todos los casos de derechos afectados? Es decir, ¿cualquier ejercicio regular de un derecho libera de la obligación de no afectar el ambiente? No es así. Recordemos, para esto, que toda facultad otorgada por un derecho no es absoluta. Por ejemplo, ¿alguien puede sostener que está eximido de responsabilidad por matar a alguien en el ejercicio regular de un derecho? No. Por eso es que en el régimen especial de responsabilidad ambiental se establece la obligación de todo aquél que causa un daño al ambiente de asumir las consecuencias del mismo, aun cuando su actuación hubiera sido conforme al marco legal que regula su actividad.

Para María del Carmen Sánchez-Friera, la adecuación del actuar de la instalación generadora de daño a las prescripciones administrativas que en dichas licencias se establecen no sólo no exonerará de responsabilidad a la misma sino que la responsabilidad que del hecho dañoso se deriva puede ser reclamada ante los tribunales²⁰. Por su lado, Raúl Brañes, al propósito de las limitaciones del requisito de la culpa, señala que buena parte de las conductas lesivas del ambiente no sólo

¹⁸ Ibid. pp. 294-297.

¹⁹ CAFFERATTA, Néstor. “La Responsabilidad por Daño Ambiental”. En: “Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales”. PNUMA. 2009.

²⁰ SÁNCHEZ-FRIERA, María de Carmen. “La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro del Medio Ambiente”. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A. 1994. p. 214.

no son contra la ley sino que también cuentan con la autorización administrativa requerida²¹.

No cabe, pues, apoyarse en el cumplimiento estricto de reglamentos y demás disposiciones legales para exonerarse de la obligación de reparar el daño. Podríamos decir que las disposiciones constitucionales, las de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, así como lo establecido en los artículos VIII y IX del Título Preliminar de la LGAMB lo prohíben.

E. Un plazo de prescripción distinto

El párrafo 4 del artículo 2001 del Código Civil establece que “prescriben, salvo disposición diversa de la ley (...) a los dos años, (...) la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual”.

Según lo entiende la doctrina mayoritaria, la acción prescribe, pasado dos años contados desde el momento en que la víctima conoce del daño. Esto es especialmente importante en lo ambiental porque el daño a veces ocurre de manera oculta a los ojos del hombre. Un ejemplo de esto es la contaminación de un cuerpo de agua subterráneo, uno de los daños al ambiente más difíciles, largos y costosos de reparar.

Dieciséis años después de la publicación del Código Civil, la Ley General de Residuos Sólidos, Ley 27314, aprobó un plazo de prescripción de veinte años para un caso ambiental específico. El apartado 1 del artículo 23 de esta ley, bajo el epígrafe “Responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños”, establece que “el que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos está obligado a repararlo, de conformidad con el Artículo 1970 del Código Civil”. Por otro lado, el apartado 3 del mismo artículo dispone que “el generador será considerado responsable cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante la operación de todo el sistema de manejo de los residuos sólidos peligrosos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final”. Por lo tanto en caso

de falta de diligencia del generador en el manejo de los residuos peligrosos, el plazo de prescripción de dos años del Código Civil no es aplicable, sino el plazo de veinte años aprobados por la ley especial.

En los once años de vigencia de esta norma, no conocemos de acción alguna que se haya interpuesto amparada en este plazo de prescripción especial. Sin embargo, no dudamos de que la veremos invocada ante los tribunales en el futuro. Tampoco dudamos de que la legislación irá incorporando plazos similares para otros supuestos de carácter ambiental, aunque la LGAMB no lo haya previsto. Somos de la opinión de que la particularidad del daño al ambiente requiere de un tratamiento especial por parte del Derecho de daños, el cual irá desarrollándose para lograrlo.

III. CONCLUSIÓN

Cuando era tradicional que la problemática ambiental se canalizara mediante instituciones del Código Civil—como es el caso de las normas de relaciones de vecindad e inmisiones, las de abuso del derecho y las de responsabilidad civil extracontractual—, la protección del ambiente por la vía administrativa empezó a ganar terreno y tener un crecimiento dinámico. Es así, como la legislación ambiental peruana se ha desarrollado rápidamente en los últimos años, aunque de manera dispersa y desordenada.

Hay que comprender que, a pesar del desorden y dispersión de las disposiciones peruanas, el Derecho tiene unidad y es un sistema organizado. Sobre esto, el jurista alemán Karl Larenz nos enseña que el Derecho tiene, como ordenación sistemática de conceptos, un sistema interno y un sistema externo²². El primero contiene los presupuestos del Derecho, los principios generales del mismo, las normas no escritas; mientras que el segundo es el derecho escrito, el derecho positivo, el visible. Son sistemas distintos pero están unidos en el gran sistema que es el Derecho, un instrumento al servicio del bien común.

En el caso del Derecho de daños peruano, creemos que aún está pendiente desvelar

²¹ BRAMES, Raúl. “La Responsabilidad por el Daño Ambiental”. México: PNUMA. 1996. p. 17.

²² LORENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona: Editorial Ariel. 1994. pp. 437 y siguientes.

el sistema interno. Sin embargo, a pesar de ello, las normas ambientales deben ser interpretadas y aplicadas obedeciendo al Derecho y no a la literalidad de un artículo, lo cual está siendo común en la actual gestión ambiental del Estado peruano.

No hay que olvidar de que el Derecho de daños responde a principios comunes, aunque se puedan advertir especies diferentes del mismo –como el caso de los

daños ambientales puros. Por lo tanto, la interpretación de las normas ambientales no debe hacerse en compartimentos estancos y escapando a los principios generales que informan el Derecho en su conjunto.

Finalmente, habrá que decir que llevar el Derecho Ambiental peruano a su madurez requerirá de tiempo, pero, sobre todo, del insumo conceptual de las decisiones de los tribunales y de la reflexión de la doctrina.



www.themis.pe

Nuevo Producto Colección de Revista THEMIS

REPARACIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: ALGUNAS APROXIMACIONES SOBRE SU EVOLUCIÓN NORMATIVA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Sinthya Rubio Escolar*

La Comunidad Internacional siempre se ha visto preocupada por el tema referente a las reparaciones de aquellas personas o grupo de personas que han sido víctimas de gobiernos represivos o guerras civiles, por ese motivo, la normativa y jurisprudencia en torno a ello ha ido evolucionando y consolidándose. ¿Cómo ha sucedido esta evolución?

La especialista colombiana en Derecho Internacional Humanitario, Sinthya Rubio, nos muestra el arduo proceso por el cual el Derecho Internacional ha ampliado su tutela a las víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos. Así, la autora hace un recorrido por los diversos proyectos y principios hasta llegar al actual modelo de reparación de víctimas, el cual incluye entre otros, la indemnización, prohibición de prescripción de delitos de lesa humanidad, entre otros.

* Profesional en Relaciones Internacionales por la Universidad del Norte de Colombia. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Actualmente cursa el Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En este artículo se hará un recorrido histórico sobre el origen, la evolución y el establecimiento de la normativa internacional sobre reparación a víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Partiendo de una contextualización de la justicia transicional, se presentará el origen de esta normativa teniendo en cuenta la influencia inicial del derecho romano con el concepto de *restitutio in integrum* y las nociones de reparación entre Estados y responsabilidad internacional.

Posteriormente, se llevará a cabo una revisión del desarrollo de la normativa sobre reparación en el contexto del Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional y una breve revisión de los diferentes sistemas regionales de protección de derechos humanos en materia de reparación a víctimas.

Y como punto central, se analizará el establecimiento de la normativa de reparación a víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario, revisando sus antecedentes convencionales y detallando paso a paso el proceso de elaboración de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, desde las Directrices de Van Boven hasta la final aprobación de la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas que representa un paso importante en la consolidación del entramado internacional sobre reparaciones.

Cabe aclarar que en este documento no se hará alusión al papel de los Estados ni a las políticas internas sobre reparaciones.

II. SOBRE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Un punto clave para entender todo proceso

de reparación es situarse en el contexto de la justicia transicional. El mundo parece estar confrontando las cuestiones sobre justicia y responsabilidad en cada momento: luego del fin de un régimen militar, un gobierno represivo o después de una guerra civil¹. Es claro que para enfrentar los crímenes del pasado no son suficientes las medidas legales tomadas por las cortes. Las víctimas y las comunidades tienen necesidades insatisfechas después de las graves y sistemáticas violaciones de sus derechos y requieren un reconocimiento que garantice su vida con dignidad.

Las condiciones institucionales o societales que han permitido que se llevaran a cabo los masivos abusos pueden permanecer sin cambios, inclusive si un gobierno más democrático y menos abusivo llega al poder². Por este motivo, la comunidad internacional y algunos Estados desde mediados de los años setenta determinaron la necesidad de intervenir y tomar medidas contra los perpetradores de las violaciones y en favor de las víctimas.

El período de tiempo en el cual se lleva a cabo la transición puede variar de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede atravesar diferentes etapas. Mientras la estructura de la justicia transicional enfrenta problemas similares a la justicia ordinaria, es distinta a ésta debido a que tiene que lidiar con serios abusos a larga escala, cometidos o tolerados en el pasado³.

Al tratar el tema de la justicia transicional, diferentes autores han identificado una tensión entre el enfoque hacia el pasado y hacia el futuro del “imperio de la ley”; en otras palabras, la dicotomía entre juzgar y castigar versus perdonar y olvidar. Teitel afirma que el imperio de la ley es contingente, pues más que ser la base de un orden legal, sirve para mediar un cambio normativo en la justicia que caracteriza estos periodos extraordinarios⁴.

En cuanto a la conceptualización de la justicia transicional, la noción presentada en el Informe del Secretario General de las Naciones

¹ HAYNER, Priscila. “Unspeakable Truths, facing the challenge of truth commissions”. Nueva York: Routledge. 2002. p.11.

² Ibidem.

³ AMBOS, Kai. “The Legal Framework of Transitional Justice. Study prepared for the International Conference “Building a Future on Peace and Justice”. En: http://www.peace-justice-conference.info/download/Ambos_NurembergStudy_070512.pdf

⁴ TEITEL, Ruti. “Transitional Justice”. Nueva York: Oxford University Press. 2000. p.11.

Unidas al Consejo de Seguridad sobre el imperio de la ley y la justicia transicional en conflictos y post-conflictos armados, comprende un amplio rango de procesos y mecanismos asociados con el intento de la sociedad de finalizar con el legado de pasados abusos a larga escala con el propósito de asegurar que se designe responsabilidad de los hechos, se administre justicia y se logre la reconciliación. Estos mecanismos pueden ser tanto jurídicos como no jurídicos, con diferentes niveles de intervención internacional —o ninguna—, interposición de acciones judiciales individuales, programas de reparación, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, investigaciones y vetos, o una combinación de los mismos⁵.

Estos procesos y mecanismos deben estar en armonía con las obligaciones y estándares jurídicos internacionales. Y como lo especifica el Secretario General de Naciones Unidas en el Informe sobre una aproximación a la justicia transicional, ésta última debe buscar la raíz de la causa de los conflictos y las violaciones de todos los derechos incluyendo los civiles, políticos, económicos y culturales⁶. Por este motivo, como afirma De Greiff, en un espíritu reconstructivo las medidas de justicia transicional deben ser vistas como mecanismos que promuevan el reconocimiento, la confianza cívica y un Estado de Derecho democrático como fin último⁷.

A pesar de los desacuerdos sobre los límites del concepto de justicia transicional, se ha establecido que hay unos elementos mínimos que deben ser incluidos para que se restablezca la dignidad de las víctimas y sus familiares. Así, la justicia transicional implementa medidas con el propósito de reparar el legado de masivos y serios crímenes sancionados por el Derecho Internacional. El deber de castigar estos crímenes anula la postura discrecional de un Estado soberano.

Finalmente, cabe enfatizar que la justicia

transicional debe ponderar las exigencias del Derecho Internacional, entre las que se encuentra toda la regulación sobre reparaciones que se desarrollará a continuación, con las necesidades políticas de cada conflicto. Este documento no entrará a debatir dichas valoraciones políticas y se limitará a analizar el origen y desarrollo de la normativa internacional sobre reparaciones.

III. ORIGEN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE REPARACIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En relación con el origen de la normativa sobre reparaciones, cabe destacar tres aspectos. En primer lugar, hay que remitirse a la influencia del derecho romano en el establecimiento de la normativa sobre reparaciones. El Derecho Internacional toma en un principio el concepto de *restitutio in integrum*, el cual se entiende como un recurso de carácter extraordinario que era concedido por el pretor con el fin de rescindir los efectos de un acto y restablecer una situación existente que se ha visto modificada por ese determinado acto⁸. Es entonces con la base de *restitutio in integrum*, como antecedente conceptual, que la reparación integral se constituye en la reparación ideal, concepto que ha recogido el Derecho Internacional.

En segundo lugar hay que mencionar la noción de reparación entre Estados. Tradicionalmente el Derecho Internacional ha considerado a los Estados como sus principales sujetos pero en nuestros días es más que evidente que esta rama del Derecho no puede reducir su desarrollo únicamente a las relaciones interestatales. Antes de la proclamación de la protección internacional de los derechos humanos, la perspectiva que predominaba en el Derecho Internacional era que los actos ilícitos cometidos por un Estado en contra de sus nacionales eran esencialmente un asunto

⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Report of the Secretary-General. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies". En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>

⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Guidance Note of the Secretary-General: NACIONES UNIDAS Approach to Transitional Justice". En: http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf

⁷ DE GREIFF, Pablo. "Transitional justice, security and development. Security and justice thematic paper". En: World Development Report 2011 (Background paper). p. 9.

⁸ BUIGUES, Gabriel. "La Rescisión de los Hechos y Actos Jurídicos en Derecho Romano, Premisas para un Estudios de la Restitutio in integrum". Valencia: Nomos. 1992. p. 21.

doméstico y que los actos ilícitos cometidos en contra de los nacionales de otros Estados podrían ser reclamados sólo por aquel, reclamándolos como su propio derecho⁹.

Y en tercer lugar se identifica la responsabilidad internacional, que es aquella en la que incurre un Estado, o un organismo internacional, por acción u omisión, cuando infringe las normas o compromisos del Derecho Internacional. Es pertinente referirse aquí al famoso caso de la fábrica de Chorzow, donde la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció en 1927 uno de los principios más valiosos del Derecho Internacional en cuanto a la reparación del daño, cuando declaró que “la reparación debe, tanto como sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiere existido si aquel acto no hubiese sido cometido”¹⁰.

Adicionalmente en esta materia, resulta importante mencionar el Proyecto de Responsabilidad de los Estados por actos ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 53 Período de Sesiones en el año 2001¹¹. Aunque este documento se refiere exclusivamente a la responsabilidad de un Estado frente a otro, y no tiene en cuenta a particulares como víctimas de los actos estatales, se hace énfasis en que el Estado responsable debe poner fin al acto ilícito y repararlo integralmente, mediante restitución, indemnización o satisfacción. Esto se refleja en su artículo 31 referido al tema de la reparación, según el cual el Estado responsable debe corregir las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiera existido anteriormente, si el acto no se hubiera cometido¹².

IV. ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE REPARACIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Después de la segunda guerra mundial, el

nacimiento de Naciones Unidas y la evolución del Derecho Internacional, se empezó a construir un marco legal internacional de cooperación. Con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos, se reconoció que los asuntos relativos a la violación de los derechos humanos no eran más un asunto de exclusiva jurisdicción nacional, sino que los constantes patrones de violaciones graves de derechos humanos, requerían una intervención internacional¹³.

Por su parte, entre las fuentes del Derecho Internacional se encuentran los tratados internacionales suscritos por los Estados, en los cuales se adoptan los compromisos de respeto, protección y garantía de los derechos humanos y, en caso de ser necesario, su respectiva reparación.

Estos compromisos se encuentran plasmados en instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2); la Convención contra la Tortura y otros Tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 14); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (artículo 6) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 39).

El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional también han sido relevantes en este ámbito, especialmente la Convención de la Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (artículo 3); el Protocolo Adicional de las convenciones de Ginebra sobre protección a víctimas de conflictos armados internacionales—protocolo I— (artículo 91) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 68 y 75).

El caso del Estatuto de Roma se debe estudiar con detenimiento, ya que la participación y reparación de las víctimas dentro del proceso tramitado ante la Corte Penal Internacional

⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Rule of Law Tools for Post Conflict States: Reparations Programmes”. En: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47ea6ebf2.html>. p. 5.

¹⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Case concerning the Factory at Chorzów. Twelfth Ordinary Session” En: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm

¹¹ ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”. En: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

¹² Ibid. p. 91.

¹³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op.cit. Loc. cit.

constituye un hito en el desarrollo del Derecho Penal Internacional. La posición procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma¹⁴, instrumento que ha marcado un significativo inicio desde la simple conceptualización de los derechos de las víctimas en términos de reparación.

La Corte Penal Internacional debe establecer los principios relacionados con la reparación a las víctimas (o sus causahabientes), los cuales deberán incluir restitución, compensación y rehabilitación. La Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas, todo esto indicando los principios en que se basan¹⁵. Desafortunadamente tales principios no han sido todavía establecidos, durante los primeros años operativos de la Corte un comité de jueces trabajó en un conjunto de principios, pero el proyecto fue abandonado¹⁶.

Igualmente, es importante destacar el desarrollo que le han dado los instrumentos regionales de protección de derechos humanos al tema de reparación, cada uno con sus características particulares. El Convenio Europeo de Derechos Humanos hace mención al tema en su artículo 5.5 (en el marco del derecho a la libertad y seguridad) cuando señala que “toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”; y en el artículo 41 (satisfacción efectiva) cuando estipula que “si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción

equitativa”.

En relación con el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) éste se presenta de manera ambigua, si bien en su definición en español está claro a qué se refiere, su título en inglés “*effective remedy*” podría interpretarse también como “reparación efectiva”. Aunque en apariencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se evidencia un peso normativo relevante en cuanto a la reparación, en la realidad es poco lo que se hace al respecto, pues cuando se ejecuta una sentencia en este orden en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es sólo la indemnización la medida de reparación que se ejecuta.

Por su parte, en el sistema interamericano hay que remitirse artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Adicionalmente, en su extensa y progresiva jurisprudencia al respecto, la Corte ha indicado que la violación de una obligación internacional que haya producido algún daño debe repararse de manera adecuada y que el citado artículo 63.1 recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹⁷.

Por último, en cuanto al caso del sistema de protección africano, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos en su artículo 21.2 establece que “en caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de

¹⁴ Ver: OLÁSULO, Héctor. “Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la Posición de las Víctimas en las Actuaciones ante la Corte Penal Internacional”. En: AMBOS, Kai y Montserrat DE HOYOS SANCHO, “Cuestiones Esenciales en la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”. Buenos Aires: Editorial AD-HOC. 2010. p. 75; y, FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia. “Definition of Victims and General Principles”. En: LEE, Roy. “The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence”. New York: Transnational Publishers. 2001. p. 427.

¹⁵ Véase el artículo 75.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹⁶ Véase SCHABAS, William. *The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, New York, 2010, p. 881.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párrafo 62. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf

su propiedad así como a una compensación adecuada". Si bien la reparación está referida a los aspectos territoriales, es una base para la consiguiente interpretación del deber de reparar por parte de los Estados y reclamar el derecho de reparación por parte de las víctimas.

V. ESTABLECIMIENTO DE LA NORMATIVA DE REPARACIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Antes de entrar en materia sobre el establecimiento del derecho a la reparación en el ámbito internacional conviene definir brevemente un par de conceptos fundamentales: el concepto de víctima y el concepto de violaciones graves de derechos humanos.

Sobre la noción de víctima, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder determinó que se entiende por víctimas a "las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder".

A pesar de que en muchos de los tratados sobre derechos humanos no se define expresamente el concepto de víctima, éste ha sido objetivo de interpretación en la jurisprudencia internacional¹⁸. Así el concepto de víctima ha sido desarrollado de manera, que incluye no sólo a la víctima de la violación, teniendo en cuenta que muchas ocasiones ya no está presente, sino también a sus familiares (considerados víctimas directas) e inclusive a las mencionadas víctimas indirectas, entendidas como aquellas personas que han sido afectadas y le han sido causados daños físicos, mentales, materiales o morales, aunque las acciones que originaron la violación no hayan estado dirigidas hacia ellos.

En cuanto a qué se puede determinar como una violación grave de derechos humanos en el marco del Derecho Internacional, hay distintas acepciones que son utilizadas a modo de calificativo tales como "graves", "sistemáticas", "serias", "flagrantes" o "manifiestas". Por su parte la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que, aun cuando se emplean indistintamente estas nociones, todas ellas se dirigen a calificar y caracterizar el mismo tipo de violaciones de derechos humanos¹⁹.

El elemento principal que determina la gravedad de la violación es el carácter inderogable de los derechos humanos afectados y/o la vulneración de normas imperativas del Derecho Internacional o de *jus cogens*²⁰. Adicionalmente, las violaciones graves de derechos humanos están estrechamente relacionadas con los crímenes de Derecho Internacional establecidos en el Estatuto de Roma en su artículo 5, como el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Como antecedente del establecimiento de la reparación a víctimas en la normativa internacional cabe resaltar la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Esta declaración fue adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Este documento hace un buen desarrollo del concepto de víctima, como se puede apreciar anteriormente, a las condiciones y al ámbito de aplicación personal. Se determina el acceso a la justicia y a un trato justo, que hace énfasis en el trato digno que se debe dar a las víctimas, en el derecho de acceso a los mecanismos de la justicia en el cual se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles (párrafo 5 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder). A su vez, se exige una pronta reparación del daño causado y el fortalecimiento del entramado judicial.

¹⁸ Véase como ejemplo la progresiva jurisprudencia en materia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del famoso caso Velásquez Rodríguez v. Honduras de 1988 disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

¹⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. "Impunidad y graves violaciones de derechos humanos" En: Guía para profesionales 3. En: <http://www.icj.org/dwn/database/PGNo-3-ElectrDistribution.pdf>. p. 19.

²⁰ Ibid. p. 20.

Igualmente aparecen los temas de resarcimiento e indemnización, planteándose tanto el contexto como sus condiciones de aplicabilidad. Sobre el primer punto, se establece que los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos (párrafo 8 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder).

Por su parte, en relación con las víctimas de abusos de poder se señala a grandes rasgos: una conceptualización del término de víctimas; la posibilidad de negociación de tratados internacionales referente a víctimas y la inclusión en las legislaciones nacionales de normas que detengan los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esas reparaciones incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios (párrafo 19 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder).

A. Las directrices de Van Boven: el primer paso sólido hacia la construcción de un marco normativo internacional sobre el derecho de reparación a víctimas

En el marco de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías de Naciones Unidas, se adoptó la Resolución 1989/13 por la cual se encarga a Theo Van Boven, relator especial, realizar un estudio sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En 1993, Van Boven presentó su Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho

Internacional Humanitario, a obtener reparación²¹. Al año siguiente se estableció un grupo de trabajo sobre la administración de justicia y la indemnización para avanzar en el tema de los principios y directrices básicos sobre la reparación a víctimas. En 1995, se presenta la versión revisada de los principios y directrices, en la cual se tienen en cuenta los instrumentos internacionales en vigor, las observaciones de los Estados, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, y el informe del grupo de trabajo. En 1996 la Subcomisión presenta el proyecto a la Comisión de Derechos Humanos para su estudio, y finalmente, en 1997 se presenta el documento sobre principios y directrices básicos al Secretario General de las Naciones Unidas.

Acerca de los deberes de los Estados, en el documento se señalan: prevenir las violaciones, investigarlas, tomar medidas apropiadas contra los violadores y proporcionar recursos jurídicos y reparación a las víctimas (párrafo 2 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación). Igualmente, se establece que se deberá proporcionar una atención especial a la prevención de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y a la obligación de juzgar y castigar a los perpetradores de crímenes de Derecho Internacional. En relación con este punto, la redacción en términos muy genéricos potencializa la ambigüedad del principio.

Hay que detenerse brevemente en la cuestión de la definición de violaciones graves a los derechos humanos y serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario, pues en los documentos normativos no se define este concepto. Bassiouni afirma que estas violaciones involucran la protección de la vida, la integridad física y otros "contenidos esenciales a la persona y a su dignidad humana"²².

Pero inclusive con este acercamiento todavía no hay un concepto unívoco y la interpretación seguirá siendo ambigua. Cabe resaltar que la separación de los

²¹ El Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación puede encontrarse en: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/0451f5fe0cbd9c27802566f7005ea309?Opendocument>

²² BASSIOUNI, M. Cherif. "International Recognition of Victim's Rights". En: Human Rights Law Review 6

términos “violaciones graves de los derechos humanos” y “violaciones serias del Derecho Internacional Humanitario” deberá ser entendida para calificar situaciones con la perspectiva de establecer una serie de hechos que puedan convertirse en base para reclamar su adjudicación, más que para separar los regímenes legales de reparación²³. Es muy significativa la resistencia de los Estados para llegar a una conceptualización de estos términos, y como es habitual en Derecho Internacional, es muy probable que no se logre un consenso debido al interés particular de cada Estado de proteger sus acciones.

Siguiendo con la revisión de este documento se encuentra la sección de normas aplicables: éstas deberán ser incorporadas y aplicadas de manera efectiva en los ordenamientos jurídicos nacionales. Aquí el punto importante se remite a que es importante anotar que en caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre sí, se aplicarán siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección (párrafo 3 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación). Sin duda se trata de un interesante postulado, aunque deja amplia discrecionalidad para decidir qué normas representan un nivel mayor de protección.

Igualmente, se establece el derecho a disponer de recursos, lo que se desarrolló y se conoce como el derecho a la justicia, o el acceso efectivo a la justicia. En relación con éste, el Estado deberá garantizar los recursos jurídicos apropiados para que cualquier individuo que considere violados sus derechos pueda hacer uso de ellos. Asimismo, el sistema jurídico estatal deberá proporcionar procedimientos disciplinarios, administrativos, civiles y penales, que sean rápidos y efectivos, a fin de asegurar una reparación adecuada y fácilmente accesible, así como protección contra todo acto de intimidación o represalia (párrafo 5 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a

obtener reparación).

La efectividad de la justicia en estos casos se convierte en eje principal del proceso de reparación. En el marco del derecho a la justicia, los Estados tienen el deber de crear el entramado judicial necesario para la denuncia, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos casos de violaciones de los derechos humanos²⁴.

El siguiente punto en el documento se denomina “Reparación”, un apartado aclarativo donde se plantea cómo debe ser reclamada la reparación, el deber del Estado frente a ésta, el objetivo de la reparación y la prescripción. A destacar, el carácter rápido y plenamente eficaz de cómo debe ser la reparación, así como el logro de soluciones de justicia que eliminen o reparen las consecuencias del perjuicio padecido. Es en este apartado donde se establece el principio de proporcionalidad de la reparación y las formas que esta comprende: la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Igualmente, que la prescripción no podrá ser aplicada cuando se trate de reclamar la reparación por violaciones graves.

Aquí conviene resaltar que las violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario que se buscan reparar son en la mayoría de los casos “irreparables”. Ningún programa de reparación devolverá a la víctima a su anterior *status quo*, ni mucho menos traerá de vuelta a su esposo(a), hijo(a) o familiar desaparecido, por no discutir los casos de tortura, detención ilegal y demás abusos que se cometen durante regímenes totalitario o conflictos armados. Pero como lo estipula la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ninguna de estas razones es motivo para la inacción²⁵.

De vuelta al último apartado del documento Van Boven, éste puntualiza las formas de reparación que se determinarán de acuerdo con el derecho de cada Estado. En cuanto a su definición, la reparación es entendida en un sentido amplio, incluyendo, además de la tradicional compensación económica, aspectos simbólicos que pretenden una

²³ Ibid. p. 251.. Nueva York: Oxford University Press. 2006. p. 251.

²⁴ GOMEZ, Felipe. “Justicia y Reparación para las Víctimas de Violaciones Graves y Sistemáticas de los Derechos Humanos”. En: <http://www.revista-critica.com/articulos.php?id=2051>

²⁵ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op. cit. p. 10.

satisfacción plena y equitativa y aspectos médicos y psicosociales que tienen como objetivo la rehabilitación de las personas que han sufrido las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos²⁶.

Como primera forma de reparación se considera la restitución. Esta se dirige a restablecer la situación existente antes de la violación de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario. Exige, entre otras cosas, restablecer la libertad, la vida familiar, la ciudadanía, el retorno al país de residencia anterior y la restauración del empleo o de la propiedad (párrafo 12 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación).

Como segunda forma de reparación, se contempla la compensación por todo el perjuicio resultante de una violación de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario que pueda ser evaluada económicamente; tales como el daño físico o mental, incluyendo el dolor, sufrimiento y angustias emocionales, la pérdida de oportunidades, incluidas las relativas a la educación, los daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante, el daño a la reputación o a la dignidad y los gastos efectuados para poder tener asistencia jurídica o de expertos, y disponer de medicinas y de servicios médicos (párrafo 13 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación).

Para las indemnizaciones, se tienen en cuenta tanto el aspecto material como el moral. Se debe aclarar que, como menciona Pablo De Greiff²⁷, el concepto de daños inmateriales va más allá del sufrimiento emocional, pues también incorpora otros efectos perjudiciales a la dignidad de la persona y el bienestar de las víctimas, que a diferencia del sufrimiento personal no puede ser remunerado económicamente, ni siquiera en términos nominales.

Para continuar con las formas de reparación se encuentra la rehabilitación, Van Boven estipula que ésta incluirá atención médica y psicológica así como la prestación de servicios jurídicos y sociales (párrafo 14 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación). Aunque en el documento la rehabilitación está descrita de manera muy simple, tiene gran importancia para que la reparación se lleve a cabo de una forma integral.

Por este motivo, es fundamental que dentro del proceso de rehabilitación, comprendido desde un enfoque psicosocial, se identifique a la persona como un individuo que vive un contexto social y cultural particular, basado en procesos que restringen, facilitan y dan significado a su subjetividad social²⁸. Adicionalmente, trabajar dentro de un marco alternativo de rehabilitación, implica no sólo buscar mecanismos dirigidos a aliviar el sufrimiento individual, sino también entender que tanto el individuo como la sociedad dependen fundamentalmente de cómo se regeneren, bajo nuevos términos, las relaciones sociales y las delimitaciones morales que fueron destruidas²⁹.

Finalizando el documento aparecen las últimas medidas de reparación: satisfacción y garantías de no repetición; las cuales según Van Boven se proveerán cuando sean necesarias. Estas medidas no sólo servirían para reparar a las víctimas, sino que se configurarían en un compromiso de actuación y prevención de violaciones de derechos humanos para el Estado y de confianza para las víctimas, sus familiares y la comunidad en general, por lo cual para estas medidas, en su totalidad, debería haberse establecido de forma expresa su carácter ineludible.

Las garantías de no repetición es una amplia categoría que incluye reformas institucionales encaminadas hacia el control civil de las fuerzas militares y de seguridad, el fortalecimiento de la independencia judicial, la protección de los defensores de derechos humanos, la promoción del Derecho Internacional de los derechos humanos dentro del aparato

²⁶ GOMEZ, Felipe. Op. cit.

²⁷ DE GREIFF, Pablo. "The Handbook of Reparations. The International Center for Transitional Justice". Nueva York: Oxford University Press. 2006. p. 525.

²⁸ DE GREIFF, Pablo. Op. cit. p. 600.

²⁹ Ibid. p. 601.

gubernamental, la ejecución de la ley, los medios, la industria y los servicios sociales³⁰.

Las medidas de satisfacción y garantías de no repetición en el documento de Van Boven comprenden: la cesación de las violaciones existentes; la verificación de los hechos y difusión pública y amplia de la verdad de lo sucedido; una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella; una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; conmemoraciones y homenajes a las víctimas y la inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia y manuales escolares, de una versión fiel de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho humanitario internacional (párrafo 15 del Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a obtener reparación).

Igualmente, estas medidas comprenden la prevención de nuevas violaciones asegurando un control efectivo por parte de la autoridad civil sobre las fuerzas armadas y de seguridad; restringiendo la jurisdicción de los tribunales militares únicamente a delitos específicamente militares, cometidos por personal militar; reforzando la independencia del sistema judicial; protegiendo a las personas que ejercen la profesión jurídica y a los defensores de derechos humanos e impartiendo y fortaleciendo la capacitación en derechos humanos en todos los sectores de la sociedad y, especialmente, en las fuerzas armadas y de seguridad y en los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Los programas de reparación tienen como propósito reparar (parcialmente) graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, antes que violaciones esporádicas o excepcionales. Esto tiene consecuencias de largo alcance, ya que supone un gran universo de potenciales beneficiarios que posiblemente

sufrieron múltiples abusos³¹. Por este motivo, las reparaciones no están dirigidas sólo a hacer justicia para las víctimas, sino también a restablecer los sistemas normativos que se debilitan durante los conflictos armados o regímenes autoritarios.

Por otra parte, el tema de género es una variable fundamental en los programas de reparación, éste debe ser diseñado y ejecutado de manera transversal en los diferentes mecanismos que comprenden un programa de reparación integral. La presencia de las mujeres en todos los momentos del proceso es crucial, de esta forma aumentan las posibilidades de que se tengan en cuenta las necesidades específicas de este colectivo.

Sobre este tema, es significativo el enfoque de género que se estableció en el Plan Integral de Reparaciones del Perú, convirtiéndose éste en referencia para posteriores trabajos en materia de reparación. En éste, todos los esfuerzos dirigidos hacia la ejecución de las diversas acciones de los programas de reparación deben reconocer las situaciones de desventajas y diferencias que existen entre hombres y mujeres al acceder a recursos y tomar decisiones, y estimular la creación de condiciones especiales para facilitar la participación y presencia de las mujeres en la toma de las mismas (artículo 7 inciso g) del Reglamento del Plan Integral de Reparaciones aprobado por Decreto Supremo 015-2006-JU).

Por último sobre los programas de reparación hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, el contexto en que estos se llevan a cabo está caracterizado por una capacidad institucional debilitada, por una grave ruptura de la estructura social y por escasos recursos financieros para su ejecución. Pero como afirma De Greiff, estos asuntos en la práctica no pueden convertirse en una excusa para su incumplimiento³².

B. Antecedentes del trabajo de actualización de Cherif Bassiouni: el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad

Con la perspectiva de entregar el documento

³⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op. cit. p. 7.

³¹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op. cit. p. 10

³² DE GREIFF, Pablo. Op. cit. p. 3..

de principios y directrices básicos a la Asamblea General de Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1998/43 del 17 de abril de 1998 designó como experto independiente a Cherif Bassiouni para preparar una versión revisada de los principios de Van Boven.

Como antecedentes en relación con la reparación a víctimas, sirvieron de referencia para Van Boven, pero en mayor medida para Bassiouni, el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad³³, presentado en 1997 por el Relator Especial sobre la cuestión de la impunidad Louis Joinet.

Concerniente al conjunto de principios de Joinet, en éste se plantea que los derechos de las víctimas, como sujetos de derecho, se dividen en tres categorías: el derecho a saber de la víctima, el derecho de la víctima a la justicia y el derecho a la reparación de la víctima.

Cabe resaltar que el tema de la impunidad cobra importancia en el análisis de los procesos de reparación. Y es que la impunidad tiene efectos devastadores para las víctimas de las violaciones³⁴, pues no sólo genera frustración y decepción en ellos y sus familiares, sino que se convierte en una dificultad tangible en la reparación, ya que los perpetradores de las violaciones no serán juzgados ni condenados.

En cuanto al derecho a saber de las víctimas, se hace énfasis no sólo en el derecho individual que cada víctima y familiares tienen de saber qué sucedió, sino también un derecho colectivo que tiene como propósito evitar que se reproduzcan en el futuro violaciones a los derechos humanos. En contrapartida al reconocimiento de este derecho, se determina la obligación del Estado del deber de la memoria, en el cual el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que concierne al Estado. Esas medidas tienen por objeto la finalidad de preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas (principio 2 del Conjunto de principios para la protección y la

promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad).

Por su parte conforme al derecho de la víctima a la justicia, se establecen obligaciones a los Estados en el ámbito de administración de la justicia. Entre las obligaciones encontramos la de investigar las violaciones de derechos humanos, perseguir a los perpetradores, y si se determina la culpabilidad de éstos, a garantizar una sanción.

De igual forma en este punto se constituyen principios sobre la delimitación de las competencias entre las jurisdicciones nacionales e internacionales, mientras también se establecen una serie de mecanismos restrictivos enfocados hacia la lucha contra la impunidad, como la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de amnistías, el asilo, la extradición, los procesos en ausencia, las leyes de arrepentimiento, los tribunales militares, la inmovilidad de los jueces, entre otros.

En cuanto al derecho de reparación, el informe de Joinet manifiesta que toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima, de sus parientes o compañeros que implica, por parte del Estado, el deber de reparar y la facultad de dirigirse contra el autor (principio 33 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad). Este derecho comprende preceptos sobre los procedimientos de reparación y el ámbito de aplicación, determinado en sentido individual y social, y garantías de no repetición de las violaciones. El informe es actualizado, aunque principalmente se mantienen los mismos conceptos que en el original, por la experta independiente Diane Orentlicher y es presentado en la Comisión de Derechos Humanos en su periodo 61 de sesiones el 8 de febrero de 2005.

C. Revisión de los principios y directrices básicos por Cherif Bassiouni

Con base en los proyectos anteriores, en otros informes y documentos, en las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en las observa-

³³ El Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad puede encontrarse en: <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.En>

³⁴ GOMEZ, Felipe. Op. cit.

ciones de distintos gobiernos, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, Bassiouni elabora la versión final de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”³⁵.

El documento presenta una estructura diferente incluyendo el cambio de nombre, el cual hace referencia no solamente al derecho de reparación, sino también al derecho a interponer recursos para obtener reparación.

Se establece la obligación de respetar, asegurar que se respeten y que se apliquen las normas internacionales de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario; estas obligaciones son las establecidas en los tratados, en el Derecho Internacional Consuetudinario y las incorporadas los ordenamientos jurídicos internos. Se hace énfasis en la necesidad que tienen los Estados de asegurar que harán compatible su derecho interno con las obligaciones internacionales que estos han adquirido.

En cuanto al alcance de la obligación, se determina el contenido de la obligación internacional al mencionar que ella comprende la adopción de mecanismos preventivos, de investigación de las violaciones, la toma de medidas contra los perpetradores, brindar acceso a la justicia, proporcionar recursos y facilitar el proceso de reparación.

Igualmente, se estipula que las violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario constituyen crímenes en el Derecho Internacional. Se establece, a grandes rasgos, la obligación de los Estados de investigar, y en su caso, enjuiciar y castigar a los autores y a cooperar con otros Estados y con los procesos de los órganos judiciales internacionales competentes.

Por su parte, se define ampliamente el concepto y la condición de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional

Humanitario. Se define a la víctima como “la persona que, individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales” (principio 8 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las Víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones). Igualmente se pone de manifiesto en este mismo principio que se podrán considerar como víctimas a “los miembros de la familia directa o personas a cargo de la víctima directa, así como a las personas que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos”.

Sobre el tratamiento de las víctimas, se plantea que deberán ser tratadas tanto por el Estado como por las organizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas privadas y demás agentes de la sociedad, con compasión y respeto por su dignidad y sus derechos. Asimismo, se expresa que “el Estado deberá velar por que, en la medida de lo posible, el Derecho interno prevea para las víctimas de violencias o traumas una consideración y atención especiales, a fin de evitar que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a lograr justicia y reparación den lugar a un nuevo trauma” (principio 10 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las Víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones).

Es así entonces, que se reafirma la importancia de un enfoque psicosocial en cuanto a procesos de reparación a víctimas se refiere. Por este motivo es primordial la participación y el reconocimiento de las víctimas dentro de estos procesos, ya que se genera en ellas un sentimiento de apropiación del proceso

³⁵ Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones pueden encontrarse en: [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a95951591da189ab802568a200647ece/\\$FILE/G0010239.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a95951591da189ab802568a200647ece/$FILE/G0010239.pdf)

de reparación. Esto es algo esencial cuando lo que está en juego es la autoestima de las víctimas, víctimas que han sufrido mucho y cuya recuperación psicológica descansa en buena parte en ese sentimiento de reconocimiento público y de participación³⁶.

Bassiouni agrega que el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (que comprende de los principios 12 al 14) incluye todas las acciones judiciales, administrativas o de otra naturaleza, sean estas nacionales o internacionales. Asimismo, establece que el derecho interno debe procurar garantizar el derecho al acceso a la justicia, sea individual o colectivo.

De los principios 15 al 20 se establece el derecho de las víctimas a una reparación, sus características, condiciones, y las obligaciones del Estado frente a este, globalizando las variables determinantes para que se lleve a cabo un proceso de reparación.

Las formas de reparación se encuentran comprendidas desde el principio 21 hasta el 25, guardando el contenido básico de los principios de Van Boven.

Los últimos dos principios que incluye Bassiouni se refieren al acceso público a la información y a la no discriminación entre las víctimas. El primero se refiere a que los Estados deberán proporcionar mecanismos para informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de los derechos y recursos presentes en el documento; y el segundo establece que la aplicación e interpretación de estos principios y directrices, se llevará a cabo conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin hacer distinción alguna por "motivos de raza, color, género, orientación sexual, edad, idioma, religión, creencia política o religiosa, origen nacional, étnico o social, situación económica, nacimiento, situación familiar o de otra índole o impedimento físico" (Principio 27 de los Principios y directrices básicos sobre el

derecho de las Víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones).

D. Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (RES 60/147)

En el año 2000, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas le solicita al Secretario General que haga público este documento para que los Estados miembros, la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos y demás entidades consultivas del Consejo Económico y Social presenten sus observaciones. Finalmente el 21 de marzo de 2006, después de más de 20 años de trabajos y gestiones, a través de la resolución A/RES/60/147, la Asamblea General adopta los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones³⁷, habitualmente reconocidos como los Principios Van Boven/Bassiouni.

En general este documento mantiene el contenido básico de los principios de Bassiouni, pero se le adicionan o realizan cambios a algunos principios. En la sección I que se refiere a la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se determina que el Estado debe asegurar que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales (principio 2.d de los Principios Van Boven/Bassioun).

Adicionalmente se incluye el principio 16, el cual establece que los Estados han de procurar establecer programas nacionales

³⁶ GOMEZ, Felipe. Op. cit. Loc. cit.

³⁷ Estos Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones fueron adoptados por la Resolución A/RES/60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006. Puede encontrarse en: <http://www.arxiv.org/docs/N0549645.pdf>

de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones, principio que se materializa institucionalmente en la actualidad en países como Perú, Timor Oriental, Liberia, entre otros. Por último, este documento dispone de dos secciones adicionales, la XII que hace referencia al efecto no derogatorio de estos principios y la XIII donde se estipulan los derechos de otras personas.

Y aunque existen mecanismos nacionales, regionales e internacionales que proveen algunas provisiones en relación con la reparación, hay varias razones por las cuales no siempre pueden asegurar el acceso de las víctimas a la reparación. Sólo algunos documentos son vinculantes jurídicamente, mientras otros como los principios y directrices básicos son vinculantes en la medida que sean reflejados como principios consuetudinarios del Derecho Internacional, aunque pueden llegar a convertirse en tratados o convenios e inclusive los tratados vinculantes que proporcionen reparación a las víctimas pueden estar limitados bajo la voluntad de los Estados³⁸.

Por su parte, el tema de la implementación es vital. Si un instrumento internacional designa un organismo para la vigilancia del cumplimiento del mismo, un Estado debe explícitamente reconocer su competencia mediante su ratificación³⁹. En muchos casos los Estados que perpetraron las violaciones no reconocen la jurisdicción de los instrumentos, y adicionalmente muchos de estos Estados no pueden proporcionar reparación a las víctimas debido a la falta de recursos. Por esto, lo clave es la implementación de los programas nacionales de reparación, así

como la voluntad de los Estados para llevarlos a cabo a través del tiempo y de manera sostenida.

Para finalizar hay que concretar que este documento, en la actualidad, es la culminación que ha dado lugar a todo el entramado internacional del derecho a la reparación. A pesar que su desarrollo debe continuar y hay todavía mucho por hacer en esta materia, la resolución 60/147 significa la consolidación de un amplio esfuerzo normativo y político en el marco del Derecho Internacional.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A partir de los años setentas y teniendo como marco la caída de diferentes gobiernos totalitarios, la justicia transicional aparece como respuesta a la necesidad de establecer un orden democrático, de garantizar el reconocimiento de las víctimas y promover la reconciliación.

Luego de este recorrido, se observa que de la mano del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde mediados del siglo veinte, el tema de reparación a víctimas hizo presencia inicialmente en los diversos tratados, para luego establecer su propio marco normativo.

Por último, el trabajo jurídico-político hecho hasta el momento en relación con la reparación a víctimas en el ámbito internacional merece reconocimiento y genera un fuerte compromiso para su posterior consolidación. Pero todavía hace falta un mayor esfuerzo por parte de los Estados, de los organismos internacionales y de la sociedad civil para finalizar el legado de los abusos del pasado, para administrar justicia y dignificar a las víctimas.

³⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. "International Recognition of Victim's Rights". Op.cit. p. 246.

³⁹ Ibid. p. 246.

LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES Y SUS CAMBIOS FRENTE A LA ACTUAL CRISIS FINANCIERA

Marco Zaldívar Chauca*
Miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS

Talía Díaz Rodríguez**
Miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS

La actual crisis financiera mantiene en vigilia a los mercados de la mayoría de Estados en el mundo, incluyendo a los más poderosos. Afortunadamente, el nuestro no se ha visto afectado tan gravemente por ésta. En dicho contexto, en nuestro ordenamiento se ha dado una serie de reformas; el cambio de denominación de CONASEV a Superintendencia del Mercado de Valores es uno de los más llamativos.

El presente artículo busca explicar en qué consiste la regulación del Mercado de Valores y los cambios que ella ha sufrido este último año. Además de preguntarse por su solidez, teniendo en cuenta la actual crisis económica.

* Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Alumna de décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. EL MERCADO DE VALORES

A. Situación actual del Mercado de Valores peruano

Para poder estudiar este sector es indispensable empezar por definir las normas que lo regulan. En ese sentido, corresponde traer a colación el Decreto Ley 26126, Ley Orgánica de la Superintendencia de Mercado de Valores y el Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores. Ambas normas han sufrido recientes modificaciones. La primera cambiando la denominación de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores a Superintendencia del Mercado de Valores, por medio de la Ley 29782. En el segundo caso, se promulgó la Ley 29720, Ley que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales, introduciendo una serie de cambios en la Ley del Mercado de Valores que serán tratados más adelante.

Dicho esto, podemos pasar a presentar escuetamente la evolución cronológica de la regulación del mercado de valores en Perú. En ese sentido, es posible afirmar que todo comenzó con la que puede ser considerada la primera Ley del Mercado de Valores, promulgada a principios del primer gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. Se trata del Decreto Legislativo 755 por medio del cual se establecieron los cimientos del Mercado de Valores nacional como hoy lo conocemos. De acuerdo con la introducción de la citada norma, dentro de sus objetivos estuvieron el impulsar el desarrollo del mercado de valores, estableciendo los cauces para una adecuada protección de los inversionistas minoritarios y la consiguiente difusión del accionariado de las empresas. Todo esto enmarcado en el intento por modernizar el estado y abrir nuestra economía. Es relevante recalcar que éste es el momento en que nacen las AFPs, principales demandantes de títulos en nuestro país.

Años después se presenta un nuevo paquete de normas siguiendo el mismo fin que las anteriores pero intentando cubrir las falencias que había. En concreto, se trata del Decreto Legislativo 861, de octubre de 1996.

Este último deroga el Decreto Legislativo 755. El Decreto Legislativo 861 es vigente hasta el momento y ha sido modificado y complementado por diversas normas, entre las cuales se cuenta el Decreto Supremo 93-2002, que recoge su texto único ordenado.

Las recientes modificaciones se dan en este contexto y complementan las normas ya existentes, al mismo tiempo que realizan ciertas modificaciones que serán tratadas en la siguiente sección.

En general podemos decir que en el Perú, la supervisión del marco regulatorio del sistema financiero ha sido encargada a dos organismos supervisores, a saber, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)¹. Ahora, según la Ley Orgánica de la SMV, ésta tiene como finalidad regular y supervisar el cumplimiento de la legislación del mercado de valores, así como del mercado de productos y sistema de fondos colectivos.

En el portal de la SMV se hace una presentación del mercado de valores en la que se plantea lo siguiente: “el mercado de valores es uno de los canalizadores de recursos financieros más importante de la economía puesto que facilita el proceso de Financiamiento-Inversión, el cual sirve de enlace directo entre las empresas productivas denominadas “emisores”, con necesidad de financiamiento para sus planes de inversión, y los “inversionistas” ,con deseos de obtener una rentabilidad atractiva por su inversión”².

Se trata -no cabe duda alguna- de una máxima simplificación pero que para efectos de este artículo basta para tener una idea general del tema que se está tratando.

Cabe señalar que el Decreto Legislativo 861 concede a la SMV la prerrogativa de regular e interpretar su contenido. Es así que la SMV es también un emisor de normas, evidentemente de menor jerarquía. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, manuales, reglamentos, directivas y otros.

¹ “Normas legales del Mercado de Valores, Mercado de Productos y Sistema de Fondos Colectivos”. En: Portal Oficial de la Superintendencia del Mercado de Valores. Consultada el 03.10.2011 (http://www.smv.gob.pe/sil2/sil_menu.asp).

² *Ibidem*.

Una vez hecha esta breve introducción al tema, es posible proceder a presentar propiamente la situación actual del mercado de valores. La SMV busca contribuir a la difusión de las estadísticas del mercado de valores para así hacer que éste funcione de una forma más eficiente y transparente. Con ese objetivo se publica, entre otros, el “Reporte Mensual del Mercado de Valores”³. Nos basamos en este reporte para describir la situación actual de nuestro mercado de valores.

Todos sabemos que actualmente nuestra economía no presenta los índices de crecimiento de años anteriores. Esto debido a diversos factores como fueron las crisis política y económica que se observaron en el último par de años y que continúan en el actual. Cabe recordar que las clasificadoras de riesgo han reducido la calificación de la economía más fuerte del mundo y que recientemente hicieron lo mismo con algunos países de la unión europea, es el caso de Grecia, Italia y España. Limitándonos a una vista regional, se presentaron niveles de pérdida no vistos desde la crisis de 2008. La bolsa de Buenos Aires –que sufrió la mayor pérdida– cerró con una baja de 10.7%, según el mencionado informe mensual publicado por la SMV. Ya en un punto más cercano, las especulaciones producto del triunfo de Ollanta Humala en las últimas elecciones, en opinión de algunos, han contribuido a que se disminuya el ritmo de crecimiento que veníamos experimentando. Cierto es que esto comenzó en años anteriores, pero la causa resulta intrascendente en este momento, pues no analizaremos dicho aspecto.

En concreto, lo que podemos decir es que en los primeros ocho meses del año 2011,

el sector privado obtuvo un financiamiento en el mercado de valores por US\$ 887 700 000 –correspondientes a cincuenta y nueve colocaciones– siendo este monto menor en 0.6% al reportado en el mismo período del año anterior⁴. Es el caso que los fondos mutuos toman un papel predominante en este mercado, pues son los mayores demandantes de títulos colocados, después de las AFPs.

También es pertinente señalar que, según publicaciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la producción nacional acumuló un crecimiento de 8.5% en el período entre julio de 2010 y junio de 2011.

B. La Regulación del Mercado de Valores

Como ya hemos mencionado, con el transcurso del tiempo, nuestro Mercado de Valores ha ido evolucionando, creciendo y se ha ido sofisticando. Es por ello que resulta inevitable, que en el día a día escuchemos noticias o comentarios sobre su desenvolvimiento, no sólo a nivel local, sino regional y mundial. Y no sólo no dejamos de escuchar sobre sus alzas y bajas, sino que, además, es imposible no unirse a las alegrías o preocupaciones colectivas cuando éstas se presentan –aunque verdaderamente no sepamos de qué traten o en qué nos afecten– ya que actuamos bajo la premisa de que indirectamente nos va a afectar (aunque no sepamos exactamente cómo). Y es que sucede que en la actualidad el Mercado de Valores, está íntimamente relacionado con el desarrollo de las economías y de los Mercados Bancarios, esto debido al fenómeno de la “bancarización del sistema financiero”⁵, por lo que se vuelve mucho más probable que terceros, aparentemente ajenos a estos mercados, se vean afectados, como

³ “Reporte Mensual del Mercado de Valores 2011”. En: Portal Oficial de la Superintendencia del Mercado de Valores. Consultada el 02.10.2011 (<http://www.smv.gov.pe/Estadistica/Reporte.asp?txtAnio>).

⁴ *Ibid.* p. 1.

⁵ Este término se utiliza en España para hablar del proceso por el cual en los últimos veinte años, la participación de las entidades de crédito se expandió del sector bancario a los sectores del Mercado de Valores y de Seguros. Algunos relacionan esta expansión con la reforma de las bolsas que se dio en 1989. ÁLVAREZ-MANZANEDA, en su nota de pie número 97 menciona algunos como SÁNCHEZ ANDRÉS, A. “A modo de prontuario sobre una reforma polémica: La Ley 24/88 Ley Mercado de valores”. Número 192. 1989. p. 264; ID. “La nueva legislación del mercado de valores (Fundamentos económicos y jurídicos para la regulación de la materia)”, en AA.VV., (Coord. SÁNCHEZ CALERO, F.) *Perspectivas actuales del derecho mercantil*. Pamplona: Editora Aranzadi. 1995. pp. 110 y 111; VERDERA Y TUELLS, E. “Las actividades para bancarias, innovación y desintermediación en el sistema financiero”. *Op. cit.* p. 147; ORTEGA, R. “Los intermediarios bursátiles. Situación actual y problemas futuros”. P.E.E. número 54. 1993. pp. 197 y 211; BERGES, A. SORIA, P. “Comportamiento bursátil de la banca”. Madrid: Cívitas. 1992. p. 24. (ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen Rojo. “Efectos jurídicos de los avances tecnológicos en la defunción de las entidades de crédito”. En: *Revista de Contratación Electrónica* 57. Madrid. 2005).

No obstante, consideramos que este fenómeno no sólo se ha desarrollado en España, sino a nivel mundial, a lo largo de los últimos años, como se ha evidenciado por la última crisis financiera mundial.

aprendimos a consecuencia de la última crisis mundial.

Es por esto que los Mercados de Valores son organizados, regulados y supervisados porque son mercados altamente especializados y sofisticados, donde participan innumerable cantidad de actores y que poseen una alta probabilidad de afectar la economía, entre otras cosas.

1. Definición

Para definir al Mercado de Valores es necesario tratar primero el tema del Mercado Financiero, del cual éste forma parte. El Mercado Financiero es el “conjunto de canales de interrelación entre oferta y demanda de fondos. [Donde] se hacen intercambios de dinero hoy por una promesa de dinero futuro, denominados también activos financieros⁶”. Por él, los sujetos que intervienen asignan los recursos económicos con forme a sus necesidades e intereses. Éste está formado por tres sectores: (i) el Mercado Bancario, (ii) el Mercado de Valores y (iii) el Mercado de Seguros. Estos tres segmentos se encuentran interrelacionados, aunque de manera asimétrica. Este fenómeno se produce porque los sujetos del primer mercado (los bancos y las entidades de crédito) participan directa e indirectamente en todos los sectores, mientras que los sujetos de los otros dos, no pueden actuar por sí mismos en un mercado distinto al suyo⁷. Es importante recordar esto ya que las regulaciones que se dan en estos sectores deben mantener pautas en común para responder a esta interrelación y pertenencia al mismo gran mercado.

Ahora, propiamente, el Mercado de Valores se puede definir como: “un mercado especializado que forma parte del de capitales, en el cual se realizan operaciones de carácter monetario o financiero, expresados en valores mobiliarios, emitidos por personas naturales y jurídicas públicas o privadas con el fin de captar el ahorro de

los inversionistas y público en general⁸. Y es que Montoya Manfredi, considera que este mercado se encuentra, además, relacionado con los Mercados de Capitales, Financieros y Monetarios, de los cuales se debe diferenciar; trabajo que considera difícil de realizar a consecuencia de la amplitud terminológica⁹. Para este autor, el Mercado Financiero sería el concepto más amplio que incluiría a los Mercados de Capitales (a corto plazo) y Monetarios (a largo plazo)¹⁰.

Como ya mencionamos, este Mercado se encuentra regulado y la labor recae, obviamente, en el Derecho del Mercado de Valores. En nuestro ordenamiento, la norma que lo rige es el Decreto Supremo 093-2002-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores; y lo hace junto con una serie de normas reglamentarias y normas que regulan a los distintos actores de este Derecho (tal es el caso de los fondos de inversión por ejemplo) salvo algunos tales como la Superintendencia del Mercado de Valores que se regula principalmente por su Ley Orgánica.

Este Derecho tiene como funciones: “(i) facilitar la transferencia de recursos entre agentes económicos, (ii) permitir optimizar los escasos recursos económicos disponibles al canalizarlo a las inversiones más rentables y, (iii) crea un nivel adecuado de liquidez a través del desarrollo de mercados secundarios¹¹”.

En el artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores se señala que la finalidad de esta es “(...) promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista (...)”.

Además el Mercado de Valores, a través de esta norma regula:

- a) las Ofertas Públicas de valores mobiliarios y sus emisores,
- b) los Agentes de Intermediación,

⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. “Derecho Comercial: Títulos Valores. Mercado de Valores”. Décimo primera edición. Tomo II. Lima: Grijley. 2004. p.440.

⁷ Ver: TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. “Derecho del mercado de valores”. Barcelona: Bosch. 2000. pp. 19 y 20

⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. cit.

⁹ *Ibid.* p. 439.

¹⁰ *Ibid.* p. 440.

¹¹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. cit. p. 441.

- c) las Bolsas de Valores,
- d) las Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores,
- e) las Sociedades Titulizadoras,
- f) los Fondos Mutuos de Inversión en valores y sus sociedades administradoras,
- g) los Fondos de Inversión y sus sociedades administradoras¹²,
- h) los demás participantes en el mercado de valores y,
- i) el organismo encargado de la supervisión y control.

2. Estructura del Mercado de Valores

El Mercado de Valores se puede clasificar de acuerdo con el tipo de colocación en:

- a) **El mercado primario.**- En el cual se negocian los valores emitidos por primera vez. En estos se da “la interrelación de al menos, cuatro elementos: oferentes (referido al emisor), demandantes (genéricamente el público en general o inversionistas institucionales), objetos del comercio (los valores mobiliarios) y medios de pago”¹³. Estos elementos se expresan en operaciones como las ofertas públicas primarias.
- b) **El mercado secundario.**- Este “comprende la negociación posterior de los títulos. O sea, el intercambio de valores previamente emitidos y colocados (...). Son estos mercados los que permiten resolver la aparente contradicción entre los intereses de las empresas (de obtener recursos a largo plazo) y los de los inversionistas (de tener la facultad de recuperar rápidamente lo invertido)”¹⁴. Se ve ejemplificado en operaciones efectuadas en la Rueda de Bolsa.

Y estaría conformado, a grandes rasgos, por:

- a) **El Organismo de supervisión y control: La Superintendencia del Mercado de Valores.**- Por el artículo 7 de la Ley del Mercado de Valores, se atribuye competencia a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV,

para ser supervisor y garante de la mencionada Ley, así como la facultad de interpretar administrativamente los alcances de esta norma, dejando abierta la posibilidad de auto regularse. Por la Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, Ley 29782 se cambia la denominación de esta institución a Superintendencia del Mercado de Valores. Adicionalmente se realizan ciertas variantes a la regulación que serán tratadas más adelante.

- b) **Los Mecanismos Centralizados de negociación: la rueda de bolsa y, su plaza, la Bolsa de Valores.**- El artículo 130 de la Ley del Mercado de Valores contempla la existencia de las bolsas de valores (las que son reguladas en el Título VI de dicha norma). Este artículo indica: “Las Bolsas son personas jurídicas de especiales características que pueden adoptar la estructura legal de las asociaciones civiles o de las sociedades anónimas. Tienen por finalidad facilitar la negociación de valores inscritos, proveyendo los servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación de manera justa, competitiva, ordenada, continua y transparente de valores de oferta pública, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva que se negocien en mecanismos centralizados de negociación distintos a la rueda de bolsa que operen bajo la conducción de la bolsa”.

Las bolsas de valores tienen la facultad de auto regularse, siempre dentro de los límites de la regulación pública de la SMV. Deben cumplir con una serie de requisitos y obligaciones como: tener un capital mínimo de cuatro millones de soles, íntegramente aportado y pagado, que debe ser actualizado anualmente en función del índice de precios al por mayor; no tener accionistas con más de un 10% de participación. En el Perú, sólo funciona una bolsa de valores, la Bolsa de Valores de Lima (BVL). Ésta es una sociedad anónima que se encarga de: “(i) proporcionar a los participantes del mercado los

¹² Es importante destacar que los fondos de inversión no se regulan directamente por esta norma, sino por una norma específica que a su vez los refiere a la Ley del Mercado de Valores.

¹³ SERRA PUENTE-ARNAO, Gerardo. “El mercado de valores en el Perú”. Lima: Cultural Cuzco. 2002. pp. 4 y 5.

¹⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. cit. p.443.

locales, sistemas y mecanismos que les permitan, en sus diarias negociaciones, disponer de información transparente de las propuestas de compra y venta de los valores, la imparcial ejecución de las órdenes respectivas y la liquidación eficiente de sus operaciones; (ii) fomentar las negociaciones de valores, realizando las actividades y brindando los servicios para ello, de manera de procurar el desarrollo creciente del mercado; (iii) inscribir, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias, valores para su negociación en Bolsa, y registrarlos; (iv) ofrecer información al público sobre los Agentes de Intermediación y las operaciones bursátiles; y, (v) divulgar y mantener a disposición del público información sobre la cotización de los valores, así como de la marcha económica y los eventos trascendentes de los emisores”¹⁵.

La rueda de bolsa es un mecanismo por el cual las sociedades agentes (agentes de intermediación) realizan transacciones con valores inscritos e instrumentos derivados aprobados previamente por la SMV.

La rueda de bolsa no es el único mecanismo centralizado previsto por la norma y de igual manera se permite que los valores inscritos en rueda puedan ser negociados fuera de ésta (negociación extrabursátil). Para esto último se necesita la participación de una sociedad agente que certifique la transacción y su liquidación oportuna.

- c) **Las instituciones de compensación y liquidación de valores:** De acuerdo con el artículo 223, éstas “son sociedades anónimas que tienen por objeto principal el registro, custodia, compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados autorizados por Conasev; así como instrumentos de emisión no masiva y productos, entendidos estos últimos de acuerdo con la Ley 26361, Ley sobre Bolsa de Productos.”.

De acuerdo con el artículo 227 de la Ley del Mercado de Valores, las funciones

de las instituciones de compensación y liquidación de valores son:

- “Llevar el registro a que se refieren los Artículos 212 y 219;
- Registrar valores no inscritos en bolsa;
- Efectuar la transferencia, compensación y liquidación de valores que se deriven de la negociación de éstos en las bolsas o, en su caso, en mecanismos centralizados que operen fuera de éstas, así como la correspondiente compensación y liquidación de efectivo;
- Expedir certificaciones de los actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, sólo a solicitud de una de las partes intervinientes o por mandato judicial;
- Administrar el fondo de liquidación;
- Velar porque la información de sus registros sea consistente con la que mantengan los participantes, las bolsas u otras entidades encargadas de mecanismos centralizados y los emisores;
- Velar porque los participantes cumplan con las normas relativas a la compensación y liquidación y las establecidas en sus reglamentos internos;
- Proporcionar a los emisores la información concerniente a las transferencias de los valores; e,
- Administrar los márgenes asociados a las operaciones que se liquiden en ellas.

Asimismo, están autorizadas para actuar como contraparte en todas las operaciones de compra y venta de valores en las que participe, de acuerdo a las disposiciones de carácter general que dicte CONASEV”.

En nuestro país esta labor recae sobre la Caja de Valores de Lima -CAVALI.

- d) **Los agentes de intermediación: las SAB y las SIV.-** De acuerdo con la Ley del Mercado de Valores, artículo 167, se dedican a la intermediación de valores en el mercado. En esta misma línea, el artículo 6 de la citada norma define intermediación a “la

¹⁵ De acuerdo al Estatuto de la BVL. En línea: http://www.bvl.com.pe/acerca_funciones.html.

realización habitual, por cuenta ajena, de operaciones de compra, venta, colocación, distribución, corretaje, comisión o negociación de valores. Asimismo, se considera intermediación las adquisiciones de valores que se efectúen por cuenta propia de manera habitual con el fin de colocarlos ulteriormente en el público y percibir un diferencial en el precio”.

Son agentes de intermediación las Sociedades Agentes de Bolsa y las Sociedades Intermediarias de Valores. Como se mencionó anteriormente, ambos sujetos se dedican a realizar la intermediación de los valores, sólo que los primeros lo hacen con respecto a los inscritos en bolsa, mientras que los segundos se dedican fundamentalmente a la intermediación de los valores no inscritos (artículos 185 y 204 de la Ley del Mercado de Valores). Estas sociedades se encuentran reguladas en la misma norma y por un reglamento específico y poseen normas de conducta para evitar perjudicar al mercado con su actuación.

3. La Regulación del Mercado de Valores

Como ya hemos visto, en el Mercado de Valores participa una gran cantidad de sujetos en diferentes roles, cada uno con su propia regulación y normativa, y estos realizan una serie de actividades bursátiles o no, primarias o secundarias, que también poseen sus propias especificaciones. En este contexto es válido preguntarse, ¿por qué es necesaria tanta regulación? Pregunta que pasaremos a responder brevemente, pero que ya hemos ido trabajando a lo largo del presente documento.

Y es que sucede que el Mercado de Valores es uno que busca “poner en contacto de la forma más eficientemente posible las unidades de ahorro con las unidades de gasto, es decir, asegurar el correcto funcionamiento de los flujos financieros de la economía, la función de la regulación de los mercados financieros será favorecer dichos flujos”¹⁶.

“Lo normal es que el emisor de un valor mobiliario cuente con mucha más

información que los inversores potenciales en el título respecto de la rentabilidad y el riesgo esperado del instrumento que aquel emite. Este nivel de asimetría informativa podría por sí mismo justificar algún nivel de regulación. Sin embargo, el elemento fundamental es el papel que cumple el mercado de valores en la asignación de recursos en la economía. Por su importancia central como “centro nervioso de la economía” es esencial que inversores, emisores, compradores y vendedores, cuenten con acceso a la información relevante y puedan adoptar sus decisiones de manera informada, de manera que el juicio colectivo reflejado en los precios corresponda a la mejor predicción del valor posible con base a la información disponible”¹⁷. Es por esto que esta regulación tiene por objetivos lograr: la divulgación de información oportuna (para que se pueda dar una correcta valorización de los títulos; permitiendo la adecuada distribución de los recursos); y, conseguir la integridad del mercado, lo que quiere decir prohibir las conductas que puedan afectar su libre desenvolvimiento¹⁸.

Esto se lleva a cabo mediante una regulación “marco” y una de comportamiento. Según Serra Puente-Arno, la primera está relacionada con la organización y condiciones de acceso al mercado; mientras que la segunda regula las operaciones permitidas en dicho mercado y el comportamiento, en sentido estricto, de sus participantes.

Para esto, podemos reconocer: normas que regulan la transparencia del mercado y normas que regulan la integridad de estos, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores.

II. RECIENTES MODIFICACIONES A LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES

A. Principales aspectos de la Ley 29720

La presente norma fue publicada el 25 de junio de 2011 e introdujo una serie de cambios tanto a la Ley General de Sociedades como a la Ley del Mercado de Valores. El objeto de dichas modificaciones es promover las emisiones

¹⁶ SERRA PUENTE-ARNO, Gerardo. Op. cit. p. 8.

¹⁷ PAYET PUCCIO, José Antonio y Susan CASTILLO LOO. “Integridad y Manipulación en el Mercado de Valores”. En: Revista Derecho y Sociedad 32. 2009. p.26.

¹⁸ *Ibidem*.

de valores mobiliarios; realizar cambios en la normativa interna que nos permitan mejorar nuestra posición en el *ranking* Doing Business, en el rubro de protección al inversionista; y fomentar la transparencia en la información y operaciones del mercado.

La norma empieza por establecer una flexibilización para generar una mayor emisión de ofertas públicas primarias de valores. Es en esa línea que el artículo 1 de la ley en cuestión señala que tratándose de aumentos de capital por oferta pública primaria, se podrán emitir y transferir certificados de acciones antes de la inscripción registral correspondiente, siempre y cuando la emisión de estas acciones haya estado sujeta al pago del 100% de su valor nominal. Un punto relevante en este artículo es que se utiliza el término certificado de acciones y en realidad correspondería hablar de “certificados provisionales de acciones” ya que el aumento de capital aún no ha sido inscrito y en consecuencia lo que se está permitiendo es negociar con certificados de carácter provisional. Esto es acorde a lo establecido en el artículo 87 de la Ley General de Sociedades.

Una segunda modificación importante es la referente a la inclusión de un nuevo supuesto de responsabilidad civil que se otorga a los directores y gerentes de los emisores de acciones inscritas en las bolsas de valores por los daños y perjuicios que se puedan generar a la sociedad por las transacciones en que hubiesen participado.

Adicionalmente, la Ley 29720 modifica una gran cantidad de artículos del Decreto Legislativo 861, de los cuales sólo comentaremos algunos. El primero de ellos es el artículo 5 referente a la oferta privada. Se ha incluido como literal c) de este artículo la facultad de la hoy SMV de establecer supuestos adicionales. Esta modificación es especialmente importante porque facilita la labor de la SMV para determinar los casos en que una oferta pueda ser considerada privada. Esta modificación es concordante a una afirmación hecha por Mariella del Barco, Gerente Legal de la Bolsa de Valores de Lima, quien señala que debemos dejar un mayor margen de actuación para el organismo regulador, permitiéndole determinar, entre otras cosas, qué es oferta privada.

Otra modificación de considerable importancia se presenta en los cambios hechos a los artículos 43 y 44. El primero se refiere a la devolución de los beneficios obtenidos en casos de uso de información privilegiada relativa a las operaciones de fondos administrados por inversionistas institucionales. El segundo trata de la devolución de ganancias a corto plazo, incluyendo a los directores, gerentes y todo personal vinculado al proceso de inversión como obligados a ello. Sin embargo, se deja una excepción en el segundo párrafo del artículo otorgando una importante labor a la SMV estableciendo que mediante disposiciones de carácter general, podrá regular lo dispuesto por la norma para establecer los supuestos de excepción a la obligación de devolver ganancias. Con esto se reconoce la realidad, aceptando que no todos los casos son iguales y que se puede llegar a obtener ganancias involuntarias en cuyo caso no resulta razonable privar al sujeto del beneficio obtenido. Consideramos que es positivo el dejar libre la posibilidad de la excepción.

Dicho esto, destacamos que la intención de la norma es buena, sin embargo la redacción es no es precisa y puede prestarse a interpretaciones. Una muestra de ellos se ejemplifica en el caso de los fondos mutuos y los fondos de inversión. Al respecto, vale mencionar que las cuotas son valores mobiliarios, por lo tanto cabría preguntarse que sucedería en el caso en que un gerente de un fondo mutuo suscriba cuotas de un fondo que administra. Consideramos especialmente importante que la SMV precise los alcances de la obligación de la devolución de las ganancias de corto plazo para dejar claro, si esta persona debería devolver esas ganancias a corto plazo al fondo. Más aun, sería importante también que se precisen los alcances en el caso en que realicen operaciones con valores que componen la cartera distinguiendo el tratamiento que se daría a las operaciones realizadas con valores nacionales y extranjeros.

Una tercera variante que nos parece valiosa se da en los artículos 119 y 121 de la Ley del Mercado de Valores. En estos se trata el tema del Director de Rueda cuya figura se fortalece, detallando sus facultades y funciones. Una innovación importante se da en la creación de la figura de un suplente de este Director.

En el artículo 121 se estipula que corresponde al directorio o consejo directivo de cada bolsa designar al Director de Rueda y a su suplente. Cabe resaltar que la SMV puede oponerse a esta designación por el incumplimiento de alguno de los requisitos e impedimentos establecidos en el reglamento de la materia. Anteriormente, la designación era hecha por la Bolsa de Valores de Lima y luego ratificada por la SMV. En cuanto a los requisitos para ser director, es relevante señalar que se han tomado aquellos exigibles a los intendentes de la SBS.

Otro aspecto de gran relevancia es el del mercado de productos. Vale decir que la Bolsa de Productos de Lima quebró, lo que llevó a la Bolsa de Valores de Lima a crear la Bolsa de Productos de Perú, también sin éxito. Los artículos 130, 132, 194 y 223 tratan el tema y hoy se permite que las bolsas de productos sean administradas por una bolsa de valores. Esto como parte de las funciones establecidas en el artículo 132, en concreto el literal k).

El último punto clave que vamos a tratar es el del fondo de garantía. Se trata de un aporte que el inversionista debe pagar por cada operación que realiza. Debe aclararse que se trata de un patrimonio autónomo, que no se trata de dinero ni de la SMV, ni de la Bolsa de Valores de Lima, patrimonio que responde en el supuesto de incumplimiento de un agente de intermediación frente a algún comitente. En un principio este fondo fue administrado por la BVL, luego la SMV se asignó esa labor, pero dicho trabajo suponía crear una nueva estructura de administración. Es en ese contexto que la Ley 29720 crea a una tercera entidad que administre el fondo en cuestión. Se trata de una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, a cuyo cargo queda la administración del Fondo de Garantía (Administrador del Fondo de Garantía). La SMV precisará los criterios y límites a establecerse para el respaldo del Fondo de Garantía. Asimismo, determinará la cobertura máxima por comitente en cada sociedad agente. Todo ello se encuentra recogido en los artículos 158-160 y 162-164.

B. Principales aspectos de la Ley 29782

El punto básico de esta ley se ve ya en su primer artículo. Se trata del cambio de

denominación. Es por medio de esta ley que se convierte a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores en Superintendencia del Mercado de Valores. Las posteriores modificaciones giran en torno al proceso de adaptación que implica esta transformación. Vale recalcar que con este cambio de denominación también se dieron modificaciones en la definición relacionadas al sentido de la creación y se dieron variantes en cuanto a las funciones que la institución tenía. Así, en la definición se establece en el artículo 1 del Decreto Ley 26126, Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores que “[l]a Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción”.

En la modificación del artículo 2 del Decreto Ley 26126 se plantean puntos importantes. En primer lugar, se cambia a la máxima autoridad ejecutiva que solía ser el Presidente de CONASEV y hoy es el Superintendente del Mercado de Valores. Al ser este un puesto de gran importancia y que debe, idealmente, ser ajeno a pretensiones políticas, es beneficioso que el cargo se ejerza por seis años. Esto porque de esa forma el Superintendente puede mantenerse al margen de cambios políticos, al no coincidir su período con el del Presidente de la República y el Congreso. Es por ello que las causales de remoción están claramente estipuladas y además son considerablemente graves. Con ello se otorga una protección superior a la que antes tenía el máximo funcionario de Conasev.

Las atribuciones del Superintendente están ampliamente desarrolladas en 28 numerales del artículo 3 de la citada norma. Al respecto sólo plantearé unas pocas de considerable relevancia. Es importante destacar que varias de las atribuciones colisionan con las que tenía antes el directorio por lo que algunas de ellas serán tratadas cuando nos refiramos a dicha institución. Ahora, una diferencia clave se da en que hoy

el Superintendente puede autorizar él solo el funcionamiento de mecanismos centralizados de negociación. Asimismo, corresponde señalar que el Superintendente está facultado a imponer sanciones. Si bien la persona tiene esta prerrogativa, también la tiene la institución. Es así que la Superintendencia comparte esa facultad. Este tema debe ser reglamentado para poder ser aplicado correctamente. Al respecto, aparece una variante con consecuencias interesantes y es que según esta nueva ley se podrán aplicar medidas coercitivas. Ahora al incumplir una sanción impuesta, se podrá volver a sancionar generando un mayor perjuicio al administrado. Esta capacidad ayuda a la gestión y presión que pueda imponer la SMV para así asegurarse de que sus administrados cumplan con las disposiciones que este ente regulador emita.

El artículo 4 se refiere al Directorio de la SMV. Éste es indiscutiblemente distinto al que tenía CONASEV. La primera diferencia es evidente y se refiere al número de directores que lo conforman. Ellos solían ser nueve, hoy está conformado por cinco directores. El Presidente del Directorio es el Superintendente del Mercado de Valores quien estará acompañado de 4 directores más, nombrados por el Poder Ejecutivo. Ellos serán propuestos por el Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) y la SBS. El último director será uno independiente. Es pertinente resaltar que ninguno de los directores es representante del sector que lo designó y en ese sentido, no deberían actuar a favor de aquellos, sino únicamente como funcionarios de la SMV.

Al revisar las atribuciones del Superintendente y las del Directorio y compararlas con las atribuciones que se tenían antes, encontramos una situación que debe ser aclarada. Ello en relación a los procedimientos administrativos. Antes el Directorio funcionaba como una segunda instancia, pues a éste llegaban las apelaciones. Hoy al considerar la figura del Directorio y la del Superintendente no queda claro cual será el procedimiento a seguir. No podemos dejar de aclarar que por lo pronto –según la Resolución de Superintendente

001-2011-EF/94.01.2– y para que se pueda mantener un funcionamiento ininterrumpido de la nueva SMV, corresponde que la SMV continúe ejerciendo sus atribuciones como lo hacía hasta el momento. En ese sentido, el artículo 1 de la mencionada resolución señala que el Tribunal Administrativo, entre otros, mantiene su competencia y funciones establecidas en lo que no se oponga a la Ley 29782. Aun así es importante esperar a ver la reglamentación que emitirá la SMV al respecto. Lo mismo sucede en cuanto a la autonomía presupuestaria que se otorga a la SMV. Es cierto que se tendrá una mayor independencia económica pero resulta indispensable recordar que el presupuesto tendrá que ser solicitado al Ministerio de Economía y Finanzas para que éste sea otorgado. En ese sentido, la autonomía es relativa y aún debe ser reglamentada para determinar como es que este punto se tratará.

C. Utilidad de las modificaciones efectuadas en la regulación del sector

En los dos subcapítulos anteriores se presentaron las principales variantes hechas, en los últimos meses, al marco regulatorio del mercado de valores de nuestro país. Una vez revisadas esas normas podemos pasar a analizar su utilidad. En las líneas precedentes se han hecho comentarios relativos a artículos en particular, ello hecho de forma escueta. En esta sección buscamos presentar un vistazo general a los beneficios y perjuicios que pueden derivarse de los mencionados cambios.

Este punto ya ha sido tratado por Renzo Abanto en un artículo, publicado por la revista *Capitales*, en el que el autor busca estudiar las principales propuestas contenidas en el Proyecto de Ley 4770/2010-PE que finalmente derivaría en la recientemente publicada Ley 29720. Asimismo, se concentra en el impacto que, el entonces proyecto, puede llegar a tener en el mercado de valores.

En el artículo “Comentarios sobre cambio normativo: En busca del fortalecimiento del mercado de capitales” se presenta el siguiente cuadro¹⁹:

¹⁹ ABANTO, Renzo. “Comentarios sobre cambio normativo: En busca del fortalecimiento del mercado de capitales”. En: *Capitales – La Revista de Procapitales*. 2011. p. 4.

Cuadro 1
Principales medidas de la Norma de Promoción

MEDIDAS	OBJETIVO		
	REDUCCIÓN DE COSTOS	COMPATIBILIZACIÓN	
PROPUESTAS GENERALES			
Art. 1°	Limitación de supuestos de impugnación de acuerdos de aumento de capital por oferta pública.	X	X
Art. 2°	Excepción al requisito de garantía específica para ofertas públicas primarias y ofertas privadas descritas en la Ley del Mercado de Valores (LMV).	X	
Art. 5°	Publicidad de información financiera de empresas no supervisadas.	X	
PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LMV			
Art. 51° c)	Auditoría externa de operaciones entre empresas sujetas a control común.	X	
Art. 79°	Excepción de requisitos de la LMV para ofertas globales.		X
Art. 102°	Forma de representación de certificados de suscripción preferente (CSP) provenientes de valores desmaterializados.		X
Art. 108°	Representación de titular de CSP por parte de agente de intermediación.	X	X
Art. 194° u)			
Art. 291°	Precisión de conceptos a fin de incluir a terceros distintos a titulares de valores titulizados como “fideicomisarios”.		X
Art. 292°			

Podemos apreciar que el cuadro contempla dos objetivos, siendo ellos la reducción de costos y la compatibilización. Podemos observar como no todas las modificaciones cumplen con ambos factores. Ahora, Renzo Abanto empieza su artículo preguntándose cuál es el verdadero objetivo de un proceso de fortalecimiento como el que se plantea²⁰. Él sostiene -y compartimos su opinión- que el objetivo es alcanzar las características propias de un mercado desarrollado. Esto se traduce en un mercado que se caracterice por “su profundidad y liquidez y en el cual existe un nivel de oferta de valores que permite tanto la reducción de costos de financiamiento para emisores como una adecuada diversificación de riesgo para inversionistas”²¹.

Es este tenor que señalamos que se debe incentivar la oferta y demanda de valores y

en ese sentido, las modificaciones deberían buscar reducir costos tanto del emisor cuanto del inversionista. La limitación de supuestos de impugnación hace más atractivo para inversionistas extranjeros el acercarse a nuestro mercado. Por ello consideramos que es una medida favorable. Como se puede apreciar en el cuadro, la modificación reduce costos y además cumple con la compatibilización.

Además de lo ya mencionado, el autor teme que se deje de lado la supervisión por buscar favorecer desmesuradamente la promoción. Sin duda se presenta un problema al otorgar a un mismo ente la función de supervisar y la de promover que nace de las funciones intrínsecas de la SMV: La SMV debe al mismo tiempo que promueve el desarrollo ordenado del mercado proteger al inversionista. Estas

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibid.* p. 5.

dos tareas se contraponen en un punto fundamental y es que al supervisar se tiene que velar por el interés de todos, lo que puede colisionar con intereses individuales. Sucede que cada agente va a buscar maximizar sus beneficios y el fomentar que estos inviertan en nuestro mercado puede significar ofrecerles mayor libertad para que puedan desarrollar su actividad sin tener que pasar por excesivos controles. Evidentemente ello se contrapone casi por definición al concepto de supervisión. Incluso si no se quiere tomar esta perspectiva, un poco más liberal, y deseamos enfocarlo desde el punto de vista del organismo supervisor, es importante tener en cuenta que lo que hace sostenible al mercado es la seguridad que tiene el inversionista de que este se encuentra debidamente supervisado. Es claro que encontrar el equilibrio entre supervisión y fomento no es imposible pero compartimos la preocupación de Abanto en pensar que se pueden generar distorsiones cuando se privilegia una de las tareas en desmedro de la otra. En tal sentido, por ejemplo, la reducción de requisitos de información o revelación de información puede beneficiar a los emisores de valores por la reducción de costos, sin embargo, podría perjudicar a los inversionistas, que tendrán que incurrir en mayores costos para determinar o seleccionar sus potenciales inversiones.

El autor nos explica que la promoción no puede estar separada de la fiscalización, ambas deben ir de la mano. Le preocupa que con algunas de las reformas se ha generado una sobrecarga de trabajo en funcionarios poco incentivados por los salarios que reciben. Cabe resaltar que los aumentos salariales aún no se han concretizado en la SMV. Para explicar mejor este punto podemos referirnos al cambio dado en cuanto al aumento de plazo para la prescripción. Solía ser un plazo de tres años y el cambio plantea uno de cuatro. Ésta modificación ya se dio a diferencia del aumento salarial, recientemente mencionado. Entendemos que en la práctica, si un caso no se ha resuelto, por norma general, la situación no cambiará en un año más. Es importante tomar en cuenta que si bien se da más tiempo para investigar, no se entregan mayores recursos para cumplir con esta tarea. Finalmente, la prescripción es una forma de reducir la carga procesal.

Respecto del marco regulatorio en nuestro ordenamiento Mariella del Barco, Gerente Legal de la Bolsa de Valores de Lima dice:

“El sistema regulatorio que se emplea en nuestro país es bueno pero debemos tener en cuenta que la rigidez del regulador puede limitar la actividad del Mercado. El regulador ha buscado contemplar todos los supuestos posibles, lo que termina siendo improductivo. En mi opinión, deberíamos tender a dejar normas abiertas que permitan que vía reglamentos se toquen los temas nuevos, distintos y no previstos. Ocurre así en Chile por ejemplo, país en el que se han realizado modificaciones sin necesidad de tener que cambiar la ley madre. En nuestro país, la nueva ley se ha inclinado un poco en esa dirección”.

Ésta fue una sugerencia que la abogada nos dio al preguntársele que opinaba con respecto a las recientes modificaciones. Queda claro que el dar un mayor margen de actuación a los organismos reguladores puede favorecer a que cumplan su función. De esa manera, se contribuye al dinamismo que debe tener todo ordenamiento jurídico para así poder adaptarse a los cambios que en la práctica se dan.

Estamos de acuerdo con que nuestro marco regulatorio es bueno, y la mayor parte de agentes del mercado lo cree también. Es claro que quedan muchos puntos por mejorar y que las modificaciones no han sido perfectas. Sin embargo, se han dado muchos avances y la situación ha mejorado con respecto al tiempo antes de las reformas. En esa línea se expresa Marco Antonio Zaldívar García²² al preguntársele qué opinaba sobre las reformas.

“En Procapitales pensábamos que las reformas eran positivas aunque había muchos temas que corregir. Un informe muy negativo [sobre las modificaciones a la Ley del Mercado de Valores], con todos los errores apreciables, podría causar que el proyecto no se concretice. Ahora, la norma actual es mejor a la que teníamos pero el comité legal de Procapitales es muy crítico y busca que la norma se acerque a la perfección. Debíamos pensar hasta qué punto podíamos llegar con

²² Presidente del Consejo Directivo de Procapitales y socio de Ernst & Young.

una reforma inicial. Finalmente decidimos que lo mejor era apoyar la ley y luego buscar modificaciones”.

Este testimonio nos muestra la necesidad que se tenía de observar el marco regulatorio como un todo y no artículo por artículo. Queda claro que hay puntos que aún deben ser tratados y que no todos los artículos tienen la redacción más feliz. A pesar de ello, consideramos que el avance que se ha hecho es bastante valioso y plantea un buen inicio a lo que debe ser un proceso de reformas para volver más atractivo nuestro mercado. Debemos tomar en cuenta que toda decisión de esta magnitud tiene un evidente costo político y en consecuencia, no es viable que se den reformas dramáticas en un contexto como el actual. Es vital que se genere presión para que eventualmente se lleguen a dar las correcciones necesarias.

III. EL MERCADO DE VALORES FRENTE A LAS CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA

A. La crisis (2007-20XX)²³ y el Mercado de Valores:

En el 2007 se inició la actual crisis económica mundial como consecuencia de la explosión de la burbuja que se creó en el mercado hipotecario de Estados Unidos. Ahora en el 2011, cuatro años después, continuamos viendo como esta crisis se ha esparcido a lo largo de todo el Sistema Financiero Internacional afectando a los más grandes participantes de estos. Y es que, en ese entonces, era impensable que lo ocurrido en Estados Unidos en el 2007 fuera a ser el desencadenante de la actual crisis de la eurozona.

Como todos ya habremos escuchado a estas alturas, simplificando un poco las cosas, la crisis comenzó cuando, a consecuencia de los altos precios de los inmuebles y las bajas

tasas de interés en EEUU, se promovieron medidas de créditos fáciles y riesgosos. Así se empezó a otorgar créditos hipotecarios de manera indiscriminada. Estos derechos de crédito fueron asegurados y sucesivamente colocados en paquetes financieros que luego se negociaron en el mercado. Por cuestiones de regulación y de la misma naturaleza de estos paquetes financieros-además de lo que algunos señalaran como una mala labor de las empresas calificadoras de riesgos- los competidores en este mercado no tenían mucha información sobre dichos valores. Se negociaron muchas veces, subestimando su verdadera peligrosidad. Y no sólo eso, la real peligrosidad de los mencionados instrumentos se manifestaba en que incluso había acreedores que no tenían como conocer verdaderamente los riesgos reales de sus inversiones.

Esta crisis permitió que la sociedad tome una real conciencia de la verdadera interrelación que existe en los mercados mundiales. Además, se debe considerar la participación de las empresas financieras en actividades muy variadas en el mercado, por lo que había una gran concentración y un elevado riesgo sistémico. Este riesgo, de acuerdo a Torres se puede explicar como el: “riesgo [que] se produce debido a la interdependencia que existe entre las entidades que integran el sistema debido a las interrelaciones facilitadas por las plataformas de negociación., instrumentos financieros y contrapartes, que interactúan de manera simultánea debido a la globalización”²⁴. Este autor señala, que posee dos características que lo hacen especialmente crítico: (i) no puede ser controlado fácilmente y (ii) el propio sistema y sus participantes lo retroalimentan. La actual crisis ha permitido que tomemos conciencia de su existencia y de alguna manera ha hecho que se introduzcan cambios para controlarlos.

Es por estas razones, que ante la explosión

²³ Como la llama Tommaso, Padoa-Schippa en la conferencia que dio con el mismo nombre para la fundación Per Jacobsson. El nombre se debe a la incertidumbre de la duración de la actual crisis. La que comenzó en el 2007 y todavía continúa. “Markets and Government. Before, During, and After de 2007-20XX Crisis”. En: The Per Jacobson Lecture 2010. Basilea: Jacobsson Foundation. www.perjacobsson.org.

²⁴ TORRES, Narghis. “Alineando intereses: nuevos paradigmas, riesgo sistémico y conflicto de interés en la regulación financiera y del mercado de valores”. En: *Ius Et Veritas* 37. pp. 96 y 97.

de la burbuja del mercado hipotecario en Estados Unidos entidades financieras en todo el mundo se vieron comprometidas por estos ocultos créditos riesgosos. La mayoría de analistas señala que la crisis se ha expandido a estas magnitudes por una serie de errores: como malas políticas monetarias y fiscales, junto con una equivocada visión del rol de la regulación en el mercado. Se señala que “existen diferentes conjuntos de explicaciones sobre los orígenes de la crisis financiera internacional, desde la perspectiva más simplista en que se atribuyen al superávit comercial chino, a los problemas de falta de ética y más recientemente a errores por los rescates selectivos. Un segundo conjunto de explicaciones alude a la presencia de fallas de mercado y de gobierno, donde existe un mayor consenso y confluyen elementos como la desregulación bancaria y financiera norteamericana, la política monetaria expansiva, el incremento general de endeudamiento y la formación de burbujas, los problemas de incentivos incorrectos y fallas de gobierno corporativo, entre otros. Una tercera perspectiva agrega a estos elementos el proceso de transición incompleto en los ciclos económicos de largo plazo y los problemas estructurales de la economía norteamericana, donde destaca el de demanda efectiva asociados a la concentración a favor de los segmentos de altos ingresos”²⁵.

Aunque la crisis ha estado contenida, en mayor medida, dentro del Mercado Bancario; cabe resaltar, que a consecuencia de esta interrelación es que ha afectado a los mercados de valores y a las economías de la mayoría de los Estados. Sucede que ante la incertidumbre, lo que se ve afectado en un primer orden son los mercados de valores.

Lo antes mencionado no puede leerse sin tomar en cuenta que la segunda ola de crisis ha surgido por el sobreendeudamiento que se ha producido en diversos países por desordenadas políticas monetarias y fiscales. Éste fue claramente el caso de Estados Unidos y lo que finalmente generó la reducción de la calificación de dicho país.

B. La crisis y el Mercado de Valores Peruano

“La crisis financiera y el Perú: ¿Nos afectará? Es la pregunta de moda”²⁶; “Kuczynski: Crisis económica mundial afectará al Perú a mitad del 2009. Kuczynski consideró que el Perú está en buenas condiciones para afrontar los embates de la crisis económica, pero debe cuidarse del “peligro de la inflación”²⁷”; “Banco Mundial: Perú respondió “bien” ante crisis financiera internacional”²⁸”; y, “Perú y América Latina soportarán razonablemente bien la crisis financiera internacional, señala BBVA”²⁹. Estos son algunos de los encabezados que se leían sobre la crisis internacional en el Perú a lo largo de los últimos meses. De estos podemos ver que la sombra de la crisis ha estado presente en nuestro país, con todas las preocupaciones que esta conlleva; pero, se hace mucho más evidente que a pesar de todos estos temores, a nuestro país le ha ido relativamente bien.

Como señala Alarco: “Son diversos los factores que explicarían la menor incidencia relativa de la crisis internacional sobre el Perú sobre lo ocurrido en otros países. Sin embargo, como en cualquier otra, sufrió los embates a través de los diversos canales de transmisión: contagio en el mercado de valores, menor demanda externa que afectó volúmenes y precios de los bienes y servicios exportados,

²⁵ ALARCO TOSONI, Germán. “Crisis financiera internacional y patrón de crecimiento de una economía mediana y dependiente: el caso del Perú”. En: *Convergencia* 54. Volumen 17. México: Universidad Autónoma del Estado de México. 2010. p. 144. En donde cita a HNYLICZA, Esteban. “La teoría económica: ¿puede explicar la crisis?”. En: ALARCO, Germán [comp.], “Crisis, análisis y perspectivas de la crisis económica mundial desde el Perú”. Lima: Norma y Centrum, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp. 29-63.

²⁶ FERRERO, Alberto. Perú 21. Publicado el 2 de octubre de 2008. En línea: <http://peru21.pe/imprensa/noticia/crisis-financiera-peru/2008-10-02/226245>.

²⁷ RRP Noticias. Publicado el 20 de febrero de 2009. En línea: http://www.rpp.com.pe/2009-02-20-kuczynski--crisis-economica-mundial-afectara-al-peru-a-mitad-del-2009-noticia_165605.html.

²⁸ RRP Noticias. Publicado el 9 de agosto de 2010. En línea: http://www.rpp.com.pe/2010-08-09-bm-peru-responديو-bien-ante-crisis-financiera-internacional-noticia_286503.html.

²⁹ ANDINDA. Publicado el 25 de marzo de 2008. En línea: <http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?Id=ZN0ZNcMNfos>.

restricción de la liquidez internacional mediante la reducción de líneas de crédito y mayores primas de riesgo, transferencias externas negativas por las salidas de capital de corto plazo y la menor inversión extranjera directa, en un entorno de expectativas negativas³⁰.

No obstante, se podría decir que en verdad la crisis no nos ha afectado tanto como a otros países. El economista Ricardo Lago propone que existen doce factores que explican la solidez de nuestra economía ante la actual crisis: algunos estructurales y otros coyunturales. Él señala que son los siguientes³¹:

- a) Las reservas en divisas de nuestro Banco Central de Reserva, que sumaban 36 mil millones de dólares en el 2008. Esto permitió que nuestra moneda tenga un fuerte respaldo.
- b) Un sector público acreedor neto internacional.
- c) Un sistema financiero solvente y líquido. A diferencia de lo que sucede en otras partes del mundo. Con un apalancamiento de 10 a 1.
- d) Sistema bancario sub-hipotecado.
- e) Existe un margen para tomar medidas anticíclicas.
- f) Credibilidad del equipo económico.
- g) Cartera de inversión extranjera.
- h) Diversificación en el portafolio de las exportaciones de metales.
- i) Nuestra historia de reformas.
- j) La reducción sostenida de la pobreza.
- k) El consenso en las políticas económicas.
- l) Y el bajo riesgo, percibido, de volver populismo, lo que le da estabilidad y credibilidad a nuestro mercado.

Por lo que, no obstante, según Alarco la crisis no nos afectó tanto debido a que “la crisis internacional impactó a la economía peruana en circunstancias en que ésta crecía a tasas muy elevadas (9.8% en 2008). El *shock* externo

frenó el crecimiento, pero no la condujo a tasas negativas, por la inercia de los sectores de la construcción, financieros y seguros y agropecuarios que mostraban un desempeño muy positivo. Un segundo elemento se asocia a la paradoja de la pobreza en medio de la abundancia, mediante la cual las economías de menores ingresos son más estables, en virtud de que la participación del consumo privado en el PIB es más elevada. De esta forma, el Perú fue menos afectado respecto de aquellas economías donde la inversión y el ahorro tienen mayor incidencia³².

Como observamos, la crisis tiene un trasfondo predominantemente bancario. Es rescatable que en nuestro país las amplias políticas implementadas desde los 90's a consecuencias de las terribles crisis económicas de los 80's han permitido que la enfrentemos sin mayores contratiempos. Como todos habremos visto en los medios, nuestros mercados de valores se han visto afectados por estos problemas, pero en realidad son problemas coyunturales más que estructurales. La regulación de nuestro sistema nos ha permitido enfrentar ya cuatro años de crisis mundial, sin que nuestro crecimiento económico se vea gravemente afectado. Por lo que consideramos que debemos aceptar y seguir buscando promover nuevos cambios. Para lograr la eficiencia del mercado, pero no sólo ésta sino regular para evitar que todo el sistema altamente interconectado colapse. Asimismo, consideramos indispensable que aprendamos de los errores del pasado y de las experiencias que podemos apreciar en otras economías. Esperamos que las nuevas reformas dadas a la regulación del mercado de valores contribuyan a modernizar al mismo y así lo haga más atractivo para inversionistas extranjeros. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la promoción debe estar íntimamente relacionada a la supervisión. Los inversionistas sólo verán nuestro mercado como atractivo si es que se les garantiza que

³⁰ ALARCO TOSONI, Germán. Op. cit. pp. 145-146.

³¹ LAGO, Ricardo V. “Hatunrumiyoc” o de la piedra grande”. En: Los blogs de semana económica. El nuevo sol. Publicado el 29 de Mayo del 2010. <http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/el-nuevo-sol/posts/hatunrumiyoc-o-de-la-piedra-grande>.

³² ALARCO TOSONI, Germán. Op. cit. Loc. cit.

lo riesgos son mínimos y que las condiciones en nuestro país son estables. Debemos rescatar que la regulación en nuestro país es buena, el problema se da en la debilidad del regulador. Finalmente, hacemos referencia a lo mencionado por el presidente del Consejo

Directivo de Procapitales. Esta norma, no es perfecta pero es un buen primer intento de generar las reformas necesarias para nuestro sistema pero debe ser considerada como tal, el inicio de un proceso que tomará muchos años y reformas.

INTERDISCIPLINARIA



INTERDISCIPLINARIA

PLURALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO INDIANO

Fernando de Trazegnies*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

La conquista de las américas por parte de la Corona Española trajo consigo la imposición de una nueva cultura, la cual acarrea religión, organización de la república, organización social y nuevas costumbres. Así, se puede plantear que Francisco Pizarro intentó crear un modelo de pluralismo jurídico, en el cual los representantes de la corona reconocían el título del Inca, como soberano de sus tierras y de su gente, en tanto no vaya en contra de lo dispuesto por los reyes.

Fernando de Trazegnies, desde su perspectiva jurídico-historicista, nos ofrece una visión distinta de la conquista, criticando el modelo político jurídico pluralista, y exponiendo las razones por las cuales el modelo fracasa en su intento de implantarse en nuestro país.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil (1996-2001). Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua y de la Academia Nacional de Historia.

El pluralismo jurídico se presenta como un tema postmoderno que, confrontando la uniformidad del Derecho liberal, así como la concepción del Estado como sinónimo de nación, pretende validar un reconocimiento a las diversidades culturales y, sobre esta base, admitir —a diferencia del Estado-Nación preconizado por la filosofía política moderna— un Estado plural conformado por varias naciones.

Sin embargo, a pesar de que estos conceptos parecerían ser una reacción contra un cierto dogmatismo liberal, los encontramos también en la conquista española, dentro de otro contexto político e histórico.

En realidad, el espacio político y jurídico que pudiéramos llamar España, estaba conformado por reinos diferentes con sus propios reyes y sistemas administrativos, los que con el tiempo habían llevado adelante una unificación de las Coronas a través de los matrimonios entre las distintas familias reales. Sin embargo, aunque existiera una sola Corona, la diversidad de los reinos se mantenía, con sus propios fueros, con su derecho nacional.

De manera que, al tomar posesión de América, la Corona de Castilla procede de forma semejante que en España para manejar la diversidad; y es así como reconoce dos grandes reinos: el de Nueva España (hoy México) y el de Nueva Castilla (hoy Perú). Y su primera reacción es gobernarlos en la misma forma plural como en España, es decir, integrando las costumbres y autoridades locales dentro de una perspectiva política mayor representada por la Corona de Castilla.

No puedo hablar respecto de México porque no conozco suficientemente su historia. Pero la conquista española del Perú sin duda está marcada por los propósitos y los problemas derivados de esta concepción pluralista, que pretende crear dos “repúblicas” bajo una misma Corona: la “república de españoles” y la “república de indios”, cada una con sus autoridades y reglas propias, aunque ambas sometidas a los mandatos de la Corona.

Como era evidente que el Rey español no podía gobernar personalmente pueblos y territorios tan lejanos, establece que tales reinos son Virreinos, es decir, espacios políticos con identidad propia que están a cargo de un

representante personal del Monarca, que era el Virrey. Esta no era una forma política opresiva que colocara en inferioridad de condiciones al pueblo gobernado por el Virrey. Tampoco es una invención especialmente diseñada para someter a los indios de América. Los virreinos existen en Europa y la propia Corona española ha gobernado de esa manera algunos de los diferentes reinos hispanos; así, Valencia y Nápoles fueron virreinos de Aragón y, luego de la anexión de Navarra a la Corona de Castilla, ésta quedó como un virreinato.

La conquista española del Perú pretende desarrollarse al estilo de las conquistas romanas, es decir, subordinando los pueblos conquistados a una autoridad superior de carácter más amplio, pero dejando en el sitio las estructuras sociales y políticas locales. Hay que tener en cuenta no sólo que ésa era la forma como se venía produciendo en la península la amalgama de reinos que formarían la unidad política de España, sino que, además, la Corona española acababa de cambiar de manos: deja de ser el Rey de Aragón quien la ocupa y la asume Carlos I de España, un Habsburgo y además heredero de la Corona Imperial del Sacro Imperio Romano Germánico. No es de extrañar entonces que esta nueva dinastía, conocida como los Austrias, utilizara un modelo imperial de corte pluralista también para anexar las nuevas tierras de América. Por otra parte, la propia Bula Papal que otorgaba a los Reyes Católicos el dominio de estas nuevas tierras, establecía el Principado Supremo y Universal para la Corona de Castilla, pero no privaba a los reyes y señores naturales de Indias de sus señoríos.

La conquista no podía ser sino violenta, sin duda, como lo habían sido las conquistas romanas. Pero, paralelamente la Corona española pensaba que debía intentarse tender puentes que permitieran comunicar a invasores e invadidos, guardando los respetos correspondientes. Es así como el Conquistador Francisco Pizarro, si bien detiene al Inca Atahualpa en tanto que líder político vencido en una guerra, intenta familiarizarse con él posiblemente con el propósito de afirmar el poder español sin derrocar el poder inca.

La idea era llegar a hacer convivir una “república de españoles” y una “república de indios”. Ciertamente, la palabra “república” no es utilizada en su sentido reciente, posterior

a la Revolución francesa, que identifica a un Estado democrático y organizado sobre la base de elecciones. En el siglo XVI “república” es más bien sinónimo de Estado a secas, en tanto que cuerpo social organizado. Esta acepción proviene de su antecedente latino *res publica*, donde *res* significa “cosa” y *publica* significa algo próximo a “estatal”. De manera que la idea de las dos repúblicas era crear dos Estados con sus autoridades y características propias, pero vinculados y sometidos ambos a la Corona española.

Sin embargo, otro de los conquistadores, Almagro, decide que el Inca que ha combatido y ha sido apresado por los españoles es muy peligroso estando vivo por los rencores que pudiera tener y el anhelo de recobrar su poder sobre el mundo inca que había obtenido hacía muy poco tiempo en la lucha con su hermano Huáscar. Es así como, aprovechando la ausencia de Pizarro, procede a ejecutarlo.

Pero, desde la perspectiva del programa imperial antes mencionado, Pizarro necesitaba un Inca para desarrollar su modelo político-social. Por ese motivo, de inmediato reconoce como inca a Túpac Huallpa, también llamado Toparpa, quien era el hijo mayor cuzqueño de Huayna Cápac, padre de Atahualpa. Sin embargo, éste muere en el camino entre Cajamarca y el Cuzco. Ya en esta ciudad, reconoce como Inca a otro hijo de Huayna Capac, llamado Manco Inca Yupanqui.

Paralelamente, a este reconocimiento inicial de la vigencia del sistema político inca, la Corona española reconoce también la existencia de una nobleza inca que debía actuar como un puente con la república de españoles a nivel de las clases más altas de uno y otro lado. Y es así como se producen matrimonios entre los conquistadores y la nobleza incaica, dando lugar a un mestizaje que dará nacimiento en las futuras generaciones a los llamados criollos.

Cabe preguntarse por qué las clases políticas incas aceptaron tan fácilmente esta constitución de dos “repúblicas”. El número de españoles era muy reducido frente al número de indios y perfectamente pudieron haber planeado éstos últimos derrotar a los primeros. Sin embargo, es posible que esa aceptación obedeciera a una suerte de patrón de conducta que estaba incorporado a la cultura india. Las conquistas de los distintos

grupos étnicos y culturales andinos por los incas, antes de la llegada de los españoles, dentro de ese inmenso territorio que llegaron a poseer en muy poco tiempo, tenían el mismo espíritu pluralista que el que prometían los españoles. Si uno de los pueblos indios se resistía a la conquista inca, era terriblemente castigado y sus jefes masacrados; en cambio, si aceptaba ser conquistado, los señores de tales pueblos eran incluidos en la nobleza inca. Y, una vez asegurada la conquista, los incas proporcionaban conocimientos para la agricultura y otras técnicas de gran valor para el hombre común, así como también establecían una suerte de reservas alimentarias comunes para los casos de desastre. De esta forma, esos pueblos se sometían porque eran bien tratados y porque recibían ventajas con la conquista.

Dentro de este panorama, parte de la nobleza incaica puede haber sentido que se había invertido la situación. Ahora ellos eran los vencidos y eran quienes representaban una cultura más incipiente a la cual la cultura española tenía mucho que darles. De manera que, aplicando la misma lógica que ellos exigían de sus conquistados, lo mejor era aceptar a los conquistadores y procurar que la propia cultura y organización política no desaparezca.

Sin embargo, este interesante ensayo de pluralismo estaba asediado por múltiples factores que llevaron a pensar en la imposibilidad del modelo.

En primer lugar, si bien la política de la Corona era interesante, muchos conquistadores sólo buscaban su propio provecho y trataban de explotar a los indios de cualquier forma. Un caso flagrante fue la conducta de los hermanos de Pizarro, que gobernaban el Cuzco, frente al Inca Manco II, a quien no le guardaban respetos y, por el contrario, lo colocaban continuamente en la cárcel porque no quería decirles dónde estaban escondidos los tesoros antiguos. Manco II se quejó ante Pizarro por este trato incompatible con su dignidad de Inca. Dada la gravedad de la situación que ponía en crisis el modelo político de la Corona española y particularmente de los Austrias, viajó al Cuzco y, según cuenta Diego de Castro Tito Cusi Yupanqui Inca, hijo de Manco II, Pizarro trata al Inca con mucha reverencia e incluso se excusa por no haber venido antes alegando haber estado enfermo:

“Dios guarde a Vra. Merced señor Mango Inga. Por haber estado algo mal dispuesto no vine justamente con estos caualleros a besar las manos de vuestra merced (...)”¹. Hay que tener en cuenta que Titu Cusi Yupanqui era hijo de Manco II y pudo haber exagerado en los términos de respeto como el besar las manos que atribuye a Pizarro frente a Manco II. Sin embargo, después del regreso de Francisco Pizarro a Lima, sus hermanos siguieron hostilizando y faltándole el respeto al Inca. Como consecuencia de ello, Manco no soportó más ese trato que desconocía la pluralidad de regímenes y consideró que el sistema era inviable. Por ese motivo, se levantó contra los españoles y, derrotado en el Cuzco, se retiró a una región lejana denominada Vilcabamba donde el Imperio incaico prosiguió durante tres generaciones, al margen de los españoles.

También muchos conquistadores, desconociendo las órdenes de la Corona, pretendían apropiarse de las tierras de la nobleza inca; y, por ello, propugnaban el desconocimiento del carácter de noble del indio. Esto dio origen a vibrantes reacciones de otros españoles que acusaban esta actitud tendenciosa y abusiva de algunos de sus connacionales. Es así como Bartolomé de las Casas llega a sostener que los nobles indios son “(...) tan príncipes e infantes como los de Castilla”².

Otro elemento complejo fue que, a diferencia de lo que sucedía con las conquistas romanas y también con las conquistas incas de otros pueblos andinos donde romanos e incas eran politeístas, los actuales conquistadores eran monoteístas y, más aún, la justificación de sus conquistas estaba en la difusión de las doctrinas de un Dios excluyente. Como es natural, las medidas españolas dirigidas a erradicar las idolatrías y llegar a dominar lo más recóndito del alma india, tenía necesariamente que desbalancear la relación entre las dos repúblicas y provocar reacciones contra la dominación española. Si bien es verdad que el trabajo evangelizador fue muy completo y en relativamente poco tiempo habían desaparecido o se habían cristianizado los cultos nativos, ello no elimina

la sensación de ruptura interna y de violación cultural de los pueblos conquistados que produce un poco confortable sentimiento de diferenciación y apartamiento.

La revolución de Manco y la existencia de un reino inca en la clandestinidad en Vilcabamba durante más de treinta años, produjo el convencimiento en los españoles radicados en el Perú de que el proyecto político basado en la coexistencia de manera significativa de dos “repúblicas”, era irrealizable. Era preciso desconfiar del hombre andino y establecer mecanismos de control que proporcionaran seguridad. Todavía hay la intención de la Corona de reconocer a un Inca, Paullu, pero con carácter más bien decorativo, quitándole todo su poder de acción. Pero aun esa figura desaparece con la revolución de Túpac Amaru I, el último de los Incas de Vilcabamba, que lleva al Virrey Toledo, personaje de carácter enérgico y severo, a suprimir toda estructura política incaica a nivel monárquico, permitiendo solamente la existencia de curacas locales que tienen además a su cargo la cobranza del impuesto español.

La existencia de una nobleza inca reconocida legalmente, sobre todo de aquella cuyos títulos derivan de las panacas imperiales, como los descendientes de Huayna Capac y de Túpac Yupanqui, subsiste durante todo el Virreinato. Sin embargo, aquí también, esa nobleza incaica no tiene ninguna relevancia política.

En el siglo XVIII, con el gobierno de los Borbones en España, se produce en América, como también en España, una tendencia a la integración administrativa de las diferentes partes del Estado con miras a acentuar la unidad política. Esto va a llevar a una cierta desacreditación de los curacas rurales y a la pérdida de valor legal de las costumbres para dar preeminencia a las leyes de la Corona.

Una crisis importante se produce con la revolución de Túpac Amaru II, a fines del siglo XVIII. En ella, la nobleza incaica forma un batallón y pelea junto con los regimientos españoles en contra de Túpac Amaru II. Sin

¹ DE CASTRO TITO CUSI YUPANQUI INCA, Diego. “Relación de la conquista del Perú y hechos del Inca Manco II”. Lima. Sanmartí y ca. 1916. p. 40.

² DE LAS CASAS, Bartolomé. “Carta de Las Casas a Miranda”. Tomo 2. Fabié. 1879. p. 602. Cit. p. LUQUE TALAVAN, Miguel. “Tan príncipes e infantes como los de Castilla. Análisis histórico-jurídico de la nobleza indiana de origen prehispánico”. Anales del Museo de América 12. 2004. pp. 9-34.

embargo, una vez debelada la revolución, la tendencia del gobierno español es a no reconocer en adelante privilegio ni título alguno a los indios en general. Pero, dado que los nobles incaicos habían apoyado a los españoles, se decidió que se respetaran siempre los títulos nobiliarios incas; sin embargo, se recortaron las funciones de los curacas.

La Independencia, aun cuando surge dentro de un espíritu democrático e implementa un nuevo tipo de organización política que identifica —a la francesa— la Nación con el Estado, respeta en un primer momento los títulos nobiliarios tanto españoles como incas. Sin embargo, Bolívar se encargará de

pasar una ley por la cual todo título queda abolido y desaparecen los curacas.

Así termina ese intento jurídico-político de organización pluralista de la sociedad, que se había vuelto cada vez más tenue con los siglos. La nobleza inca se esfuma. Algunos de sus miembros han pasado a formar parte de la nueva clase alta republicana, olvidándose o renegando incluso de sus ancestros incas. Otras familias nobles incas, quizá la mayoría, se sumergen en ese agujero negro constituido por los mestizos de las pequeñas ciudades provincianas y los campesinos indios, donde ya no se distingue entre nobles y comunes: simplemente, todos son indios y todos son pobres.

The background features a complex, layered design. On the left, there are overlapping white and light gray geometric shapes, including triangles and rectangles, creating a sense of depth. On the right, there are concentric, semi-transparent gray circles. At the bottom, a dark gray silhouette of a tree with many small leaves is visible, partially overlapping the other elements.

Liga

THEMIS

contra el estrés

DANIEL ALCIDES CARRIÓN: EL MÉTODO EXPERIMENTAL *IN EXTREMIS*

Carlos Ramos *

Es conocido el aporte que la muerte de Daniel Alcides Carrión realizó a la medicina; sin embargo, su muerte también constituye una importante pieza con relevancia jurídica. A partir de ella se inicia un debate en torno a la responsabilidad penal de los médicos y estudiantes que ayudaron a Carrión a inyectarse la verruga. ¿La muerte de Carrión constituyó un homicidio?, ¿o es que se configuró un suicidio?

En el presente artículo el autor realiza una narración cronológica situándonos en el contexto que condujo a la muerte de Daniel Alcides Carrión, para luego analizar el proceso instaurado, desde el informe fiscal hasta la consulta a la Corte Superior de Lima, en torno a la naturaleza de la conducta, punible o no, tanto del mismo Carrión como de quienes colaboraron en su experimentación, la cual condujo a su muerte –o sacrificio. Asimismo, el autor, remitiéndose a los actuados en el proceso instaurado, no deja de enaltecer la figura heroica de Daniel Alcides Carrión.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

I. EL PERSONAJE Y SU TIEMPO

La efigie del mártir de medicina peruana, Daniel Alcides Carrión (Cerro de Pasco, 1857 - Lima, 1885) no estaría completa sin la consideración de un aspecto poco conocido en el imaginario colectivo, a saber: el sumario criminal instaurado al día siguiente de su deceso¹. La instrucción había sido promovida de oficio por la policía limeña, aunque el examen de las fuentes revela que en ello concurrieron no sólo disquisiciones jurídicas y médicas, sino también cuestiones relativas a la ética profesional y aún una coyuntural disputa política. Así, el incidente Carrión se revela como una inesperada pieza de casuística histórico-jurídica. Los involucrados fueron los leales compañeros de estudios del joven cerreño, el médico que, a instancias de Carrión, realizó la inoculación del germen de la verruga y el facultativo y maestro universitario Leonardo Villar, quien a la sazón se desempeñaba como jefe responsable de la sala del Hospital Dos de Mayo, lugar donde se efectuó el experimento.

Carrión nace en Cerro de Pasco el 13 de agosto de 1857, como hijo no reconocido del inmigrante ecuatoriano Baltasar Carrión y Torres, abogado y médico, y de la señora Dolores García Navarro, natural de la floreciente ciudad minera. En 1873, luego de recibir las primeras letras en su ciudad natal y en Tarma, el joven es enviado a Lima, donde concluye su educación escolar como alumno interno del Colegio Nuestra Señora de Guadalupe. Allí traba amistad con los que más tarde serían sus condiscípulos universitarios: Mariano Alcedán, Julián Arce, Enrique Mestanza, Ricardo Miranda, Manuel Montero y Casimiro Medina². Importa destacar el paso de Carrión por el claustro guadalupano, que, por entonces, se erigía como un centro de formación liberal y abierto a las nuevas corrientes experimentales en las distintas

ramas del conocimiento. Habían enseñado allí José Gálvez, Sebastián Barranca, Cesáreo Chacaltana, Miguel Aljovín y otros educadores forjados en el humanismo liberal.

Concluida su educación secundaria, el galeno en ciernes se matricula en la Facultad de Ciencias de la Universidad de San Marcos y, en abril de 1879, es aceptado como alumno en la Facultad de Medicina de San Fernando. Curiosamente, el año anterior había sido rechazada su postulación. Esta vez, presidía el jurado examinador uno de los introductores del positivismo científico en el Perú, el doctor Celso Bambarén, catedrático de Anatomía General en San Fernando, miembro del Partido Civil y que, en cierta ocasión, durante un debate sobre la libertad de cultos en el Congreso, se declaró *enemigo personal de Jesucristo*. Así, el positivismo experimental, humanista y laico, que ganaba espacios en la enseñanza médica nacional desde fines de la década de 1840, añadía una impronta más en la formación espiritual del joven Carrión³.

Durante los seis años de estudios de medicina, en las aulas y en la práctica hospitalaria, que desarrolla en los nosocomios de la *Maison de Santé* (hospital francés), Dos de Mayo y San Bartolomé, Daniel Carrión demostraría un tenaz interés por desentrañar los secretos de la denominada *verruga peruana*. Incluso proyectaba escribir su tesis de bachiller sobre aquel tema, para lo cual reúne amplia información bibliográfica y bosqueja unos apuntes alusivos, a más de redactar nueve historias clínicas completas sobre verrugosos de distinta gravedad⁴. ¿Qué determinó esa elección, que a la larga le costaría la vida? Desde antaño se confundían tres males de nosología incierta: (i) el *ticte* o verruga común, de origen viral; (ii) la verruga peruana, eruptiva y endémica en algunas quebradas del Perú; y, (iii) la *fiebre de La Oroya*, semejante a la anterior, aunque

¹ El estudio más completo sobre el personaje es el de DELGADO-MATALLANA, Gustavo. "Daniel Alcides Carrión, mártir de la medicina peruana. Héroe Nacional, Ley 254322". Lima: Fondo Editorial UNMSM – Asociación de la Historia de la Medicina Peruana. 2001. Otro trabajo indispensable es el de LASTRES, Juan. "Daniel A. Carrión y el contexto científico de su tiempo". Segunda edición. Lima: Fondo Editorial UNDAC - Editorial San Marcos. 2006.

² MEDINA, Casimiro y otros. "La verruga peruana y Daniel A. Carrión, estudiante de la Facultad de Medicina, muerto el 5 de octubre de 1885". Segunda edición. Lima: Imprenta Americana. 1946. p. 10.

³ Se señala el auge del positivismo médico en el Perú en el lapso que corre entre 1848 y 1914. Véase sobre el particular: LASTRES, Juan B. Op. cit. pp. 25-30.

⁴ CARRIÓN, Daniel Alcides. "Apuntes". En: MEDINA, Casimiro y otros. "La verruga peruana y Daniel A. Carrión, estudiante de la Facultad de Medicina, muerto el 5 de octubre de 1885". Segunda edición. Lima: Imprenta Americana. 1946. pp. 13-38.

acompañada de elevación de la temperatura, anemia y de pronóstico fatal⁵. Poco se había investigado sobre el particular, a excepción de un par de tesis en las décadas de 1860 y 1870. No obstante, el interés por la dolencia (o dolencias) se animaría entre científicos y médicos cuando la *fiebre de La Oroya* empezó a diezmar a los contingentes de trabajadores que participaban en el tendido del ferrocarril Lima-La Oroya en 1870 y 1871.

Lo cierto es que el estado de los conocimientos médicos en el país se hallaba en un período de incertidumbre. El positivismo experimental era cultivado asiduamente en el orden especulativo, bien que en la práctica se mantenían vigentes los cánones hipocráticos basados en la observación de síntomas. En Europa, Pasteur, Koch y Lister, fundadores de la bacteriología, demostraron que los verdaderos causantes de las infecciones eran microbios y que cada enfermedad era causada por una cepa específica de esos gérmenes. Sin embargo, para Carrión, sus compañeros y sus profesores, la bacteriología era virtualmente desconocida, en tanto que había quienes aún abrazaban las teorías miasmáticas, basadas en la influencia del clima, los humores y la difusión de éstos a través de los vientos. En un nivel más riguroso, se confrontaban dos posturas: una teoría unicista, que identificaba la verruga peruana y la maligna fiebre de La Oroya como una misma entidad nosológica; y la posición que las consideraba enfermedades diferentes. Se desconocían tanto el agente patógeno como el vector o transmisor. Unos se inclinaban por asimilar la fiebre de La Oroya anemizante y mortal con alguna forma de paludismo; otros sostenían que se trataba de una (o más de una) enfermedad aún desconocida para la ciencia⁶.

La decisión de Daniel Alcides Carrión se entiende con claridad dentro del contexto científico y cultural de su tiempo. En 1884, cuando el estudioso cerreño cursaba el quinto año de Medicina, arriban al país las primeras noticias sobre la existencia de gérmenes patógenos.

Aun cuando fue recibida con escepticismo, la posibilidad de que organismos microscópicos fuesen los causantes de la verruga y de las fiebres terminaría por afianzar las convicciones de Carrión. Sus propósitos fundamentales eran dos: por un lado, averiguar si la verruga peruana, eruptiva y de tránsito benigno, y la fiebre de La Oroya, de curso mórbido y frecuentemente fatal, eran una o dos enfermedades diferentes; de otro lado, merced al advenimiento de la microbiología, intentó establecer si el mal —o males— eran susceptibles de ser transmitidos de un ser vivo a otro. No le bastaban para ello sus cuatro años de lecturas y su cuidadoso análisis de casos: resultaba indispensable *estudiar la enfermedad del hombre en el hombre*. De ese modo, pretendía asimilar la tradición hipocrática, basada en la observación clínica, con el moderno método experimental, divulgado en medicina por el fisiólogo francés Claude Bernard (1813-1878) y su *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865), rápidamente traducida a varios idiomas, incluyendo el castellano. Por lo demás, existían antecedentes llamativos de experimentos en humanos: el seccionamiento del vago, la generación intencional de la diabetes, la provocación de procesos anafilácticos, la inyección de pus o de albúmina de huevo⁷.

II. LOS HECHOS

El 27 de agosto de 1885, en la sala Nuestra Señora de las Mercedes del Hospital Dos de Mayo, donde realizaba su internado, Daniel Alcides Carrión, asumiendo el riesgo para su salud que ello suponía, se dispone a producirse a sí mismo la inoculación de la verruga. Luego de ser disuadido por sus compañeros, es asistido por el doctor Evaristo M. Chávez, quien le inflige cuatro lancetazos impregnados con secreciones de un paciente verrugoso de catorce años de edad, Carmen Paredes, quien se hallaba ya en período de convalecencia. El doctor Leonardo Villar, jefe de la sala, otorgó su conformidad, tras expresar su total desacuerdo con la experiencia⁸. Dos estudiantes y amigos de Carrión, Julián Arce

⁵ LASTRES, Juan B. Op. cit. pp. 99-112.

⁶ HERRERA, Aristides. "Epidemiología de la verruga peruana". Lima: Imprenta Propaceb. 1990. pp. 25 y siguientes.

⁷ LASTRES, Juan B. Op. cit. p. 29.

⁸ ALZAMORA CASTRO, Víctor. "Mi hospital. Historia, tradiciones y anécdotas del Hospital Dos de Mayo". Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva. 1963. p. 81. Sobre Villar y el Hospital Dos de Mayo, véase las páginas 87-88.

y José Sebastián Rodríguez, actuaron como testigos.

Daniel Carrión sabía bien que no existía terapia alguna de eficiencia comprobada en el caso de que adquiriese el mal. Sin embargo, su decisión fue perfectamente racional, que hoy llamaríamos, utilizando el lenguaje de la responsabilidad civil, *asunción del propio riesgo*: la inoculabilidad no estaba demostrada; además, el paciente de quien se tomó la muestra, como muchos otros, se había restablecido espontáneamente, después de un lapso de infección, maduración y declive de la enfermedad. En ningún momento el adolescente había experimentado fiebre ni anemia, síntomas que anunciaban a la forma letal de la verruga. En la más grave de las situaciones, Carrión esperaba quedar, cuando mucho, con alguna leve deformación facial como secuela de las erupciones. De todos modos, el joven ocultó a sus padres su arriesgado propósito⁹.

El 17 de setiembre, mientras se hallaba en una pequeña habitación cedida por su madrina en la calle Pulpito, barrio de Cocharcas, el joven estudiante experimenta el primer síntoma: un dolor en la articulación de la pierna izquierda, además de un ligero malestar general. Poco después, se manifiestan calambres en los músculos abdominales, decaimiento, escalofríos, fiebre alta elevadísima y sudoración profusa. El 20 de setiembre se añaden a la fiebre otros signos de alerta: sopor, anorexia, náuseas, sed y diarreas. Dos o tres días después, para alarma de sus amigos Arce, Medina, Alcedán, Montero, Miranda y Mestanza, los dolores se generalizan y comprenden cefalea, dolor constrictivo en el tórax y en las paredes abdominales, dolores óseos, articulares y musculares, así como insomnio, ictericia y erupciones en la nariz y en la frente.

El 26 de setiembre, Carrión abandona la transcripción de su proceso infeccioso, que delega a sus compañeros. Su aspecto es pálido. Adolece de debilidad extrema, inapetencia, insomnio y de un soplo *suave y ligero* en la base del corazón. Arce y sus condiscípulos acuden al doctor José María Romero, quien prescribe un tratamiento con preparados de hiposulfito

de soda, quinina, almicia y valeriana. El curso de la enfermedad acusa las características de la forma grave de la verruga. Hacia fines del mes de setiembre, Carrión experimenta agitación motora, ansiedad, vómitos, vértigos y mareos. Hacia el 2 de octubre la condición general de Carrión había empeorado rápidamente: los vómitos y las diarreas son cada vez más frecuentes, mientras que la sed es apremiante. Es convocada entonces una junta médica, integrada por los doctores Leonardo Villar, Mariano Macedo y Evaristo M. Chávez, que recetan algunos paliativos. En medio del delirio, alcanza a señalar que la verruga eruptiva y la fiebre anemizante eran dos etapas de una misma enfermedad, y que el tránsito hacia la etapa mortal dependía de factores desconocidos.

El 3 de octubre aparece la taquicardia, signos de colapso e inapetencia absoluta. No tolera medicación alguna, en tanto que la anemia adquiere un carácter pernicioso. La incontinencia urinaria, la pérdida del control de los esfínteres, la debilitación del pulso y la actitud delirante auguran un próximo desenlace fatal. Al día siguiente, la junta médica decide su traslado para practicarle una transfusión de sangre en el hospital francés.

En estado agónico, Daniel Alcides Carrión es llevado a la *Maison de Santé*, donde expira el 5 de octubre de 1885, pasadas las 11 de la noche. Habían transcurrido cuarenta días desde la inoculación. Sus últimas palabras fueron: *C'est fini* (esto se acabó). Antes, el joven cerreño expresó su deseo de que los estudios siguieran adelante, consciente de haber contribuido al mejor conocimiento de la dolencia que hoy lleva su nombre: "Aún no he muerto (...) amigo mío; ahora les toca a ustedes terminar la obra comenzada, siguiendo el camino que les he trazado (...)".

En la Facultad de Medicina se produjo una revuelta de los profesores contra el gobierno dictatorial de Miguel Iglesias. Los docentes, simpatizantes de Cáceres, fueron reemplazados por sucedáneos, a veces improvisados y carentes de los requisitos del grado académico. No tardó en surgir una agria disputa entre los dos grupos de

⁹ Seguimos el texto "Historia de la enfermedad de Carrión", reproducido en el folleto: MEDINA, Casimiro y otros. Op. cit. pp. 39-53.

profesores enfrentados¹⁰. Los docentes de la facultad oficialista acusaron a los profesores de la recién formada Academia Libre de la Medicina, a los que imputaron la responsabilidad por el experimento que acabaría con la vida de Carrión y a quienes señalaron como cómplices en la muerte del infortunado estudiante.

Durante los días que duró el experimento, hasta que el malestar se tornó en intolerable, Carrión había decidido consignar en un cuaderno los síntomas que padecía. Luego, uno de sus compañeros de aulas, Mariano Alcedán (Iquique, 1860 - Lima, 1920) se encarga de proseguir con la elaboración la historia clínica, que lee en la Sociedad Médica "Unión Fernandina"¹¹. En esa ocasión, demanda que la dolencia sea conocida como *Enfermedad de Carrión*¹².

III. EL PROCESO

Al día siguiente de la muerte de Daniel A. Carrión, el 6 de octubre de 1885, la Subprefectura e Intendencia de Policía del Cercado de Lima, a través del subprefecto,

Ezequiel del Campo, solicitó de oficio, ante el Juez del Crimen de Turno, la correspondiente apertura de instrucción. Como indica Basadre, Del Campo pensaba que Evaristo M. Chávez había cometido homicidio calificado¹³. El auxilio al suicidio estaba contemplado en el artículo 238 del Código Penal de 1862, con la pena de cinco años de carcelería: "El que a sabiendas preste a otros, medios para que se suicide, será castigado con cárcel en quinto grado. El que lo ayude a la ejecución del suicidio, cooperando personalmente, sufrirá la pena del homicida"¹⁴. El penalista José Viterbo Arias consideraba que el suicidio, si desde el punto religioso es una impiedad, puesto que "cada hombre tiene, a nuestro juicio, un misión que realizar en la tierra"; sería una insensatez tipificar el acto como delito¹⁵. Distinto, claro está, es el caso de la ayuda¹⁶.

La policía adujo: (i) que existía la sospecha de que la muerte del estudiante se debiera a un suicidio o a un homicidio; y, (ii) que convenía practicar "los esclarecimientos respectivos para descubrir a las personas que hayan tenido participación en la ejecución de uno u otro delito"¹⁷. La apertura del sumario fue

¹⁰ Sobre estos incidentes, véase: VALDIZÁN, Hermilio. "La Facultad de Medicina de Lima. 1811-1911". Lima: Imprenta y Fábrica de Fotograbados Sanmartí y Ca., s. f. 1913. pp. 277-307.

¹¹ VALDIZÁN, Hermilio. "Diccionario de medicina peruana". Tomo 1. Lima: Talleres Gráficos del Asilo "Víctor Larco Herrera". 1923. pp. 86-87.

¹² ALCEDÁN, Mariano. "Enfermedad de Carrión. Historia clínica del caso Carrión. Discurso leído por el Señor Mariano Alcedán". En: La Crónica Médica. Año 3. 1886.

¹³ BASADRE, Jorge. "Historia de la República del Perú", Tomo 7. p. 41. En forma errónea indica Basadre que se calificó el delito como suicidio y homicidio calificado. En realidad, el Código Penal de 1862 no contemplaba la figura de la tentativa de suicidio.

¹⁴ SEOANE, Guillermo. Op. cit. p. 137.

¹⁵ ARIAS, José Viterbo. Op. cit. p. 36. En la historia legislativa del Perú sí se produjo esa insensatez. En efecto, el Código Sanitario promulgado por ley 17505 del 18 de marzo de 1969 establecía en el artículo 185, inciso h) que la huelga de hambre, al final una tentativa suicida sino consumada, constituía delito contra la salud. Las sanciones *post mortem*, desde una perspectiva teológica y del Derecho canónico, a saber, las prohibiciones de celebrarse misas de cuerpo presente o recordatorias, así como el impedimento de enterrarse en los sitios comunes de los cementerios y, claro está, el castigo eterno todavía se hallan formalmente en vigor, pero su rígida aplicación se ha atenuado, especialmente desde la secularización de los cementerios por ley de la dictadura de Mariano Ignacio Prado, promovida por el ministro José Simeón Tejeda del año 1868.

¹⁶ Conviene señalar que años más tarde, en el artículo 157 del Código Penal de 1924 se tipificó el delito de instigación y ayuda al suicidio en los siguientes términos: "El que por un móvil egoísta instigare a otro al suicidio o lo ayude a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años". ESPINO PÉREZ, Julio. "Código Penal". Lima: Librería Importadora Sevillano. 1982. p. 199. Adviértase que el elemento *móvil egoísta* permite una interpretación *contrario sensu*. De manera que si el móvil de la acción hubiera sido noble sencillamente no existiría delito.

Un libro emblemático sobre las doctrinas piadosas o *muerte buena* de a época es el trabajo de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia". Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Losada S. A. 1942. El código penal de 1991 en el artículo 113, si bien no eliminó la causa o el móvil egoísta, lo convirtió en una circunstancia agravante: "El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos años, si el agente actuó por un móvil egoísta".

¹⁷ EGUIGUREN, Luis Antonio. "El estudiante de medicina Daniel Carrión. (Proceso judicial sobre su gloriosa muerte)". Lima: Editorial Ahora. 1942. p. 13.

efectuado por el doctor Adolfo Villagarcía, quien se desempeñaba como Juez del Crimen de Lima desde 1883¹⁸.

Las pesquisas fueron iniciadas de inmediato por el juez Villagarcía, con presencia del escribano, don Manuel M. Rodríguez¹⁹. Actuaron como peritos clínicos, los médicos de policía Ignacio La Puente, Leandro Loli y Manuel M. Vega. Los informantes se constituyeron en el hospital de la *Maison de Santé* el 7 de octubre de 1885, con el objeto de practicar la necropsia del cuerpo de Carrión y establecer las causas que determinaron su muerte²⁰. Corroboraron, por declaraciones de la hermana superiora del establecimiento y de un practicante de medicina, que Carrión había sido conducido al hospital el domingo anterior en muy mal estado, hasta fallecer el 5 de octubre de 1885 a las 11 p.m.

Se comprobó que, por propia petición, el joven estudiante había sido inoculado en el Hospital Dos de Mayo el 27 de agosto de 1885, por acto del doctor Evaristo M. Chávez, quien empleó una lanceta empapada con la sangre de un verrugoso convaleciente. Chávez practicó dos picaduras en cada brazo de Carrión. Asimismo, esclareció que el intento perseguido por el estudiante cerreño era “determinar con precisión la naturaleza infecciosa de las verrugas, cuyos puntos necesitaba dilucidar en su tesis para optar el grado de bachiller en la respectiva Facultad”²¹.

Los peritos opinaron que, en el modo y forma en que se realizó la inoculación, “sin virus atenuado, sin ensayo previo en animales, del principio infeccioso de las verrugas, estaba sujeta a las más funestas consecuencias”²². Realizada la autopsia en el cadáver de Carrión, se comprobó que, en efecto, el estudiante había fallecido como consecuencia de la inoculación. A juicio de los galenos informantes, aparecían como

circunstancias agravantes el riesgo de una septicemia y las escasas medidas preventivas que acompañaron a la inoculación:

“Grande imprudencia—señalan los doctores La Puente, Loli y Vega—, tanto del operado como del operador, fue llevar a cabo la inoculación de que se trata, olvidando toda precaución; y hace menos disculpable la falta el hecho de *haber padecido antes*, como se sabe, el señor Carrión la enfermedad que se proponía estudiar; por manera, pues, que toda la experiencia quedaba reducida, en último término, a averiguar *si era contagioso o no el mal*, y eso podía haber sido categóricamente resuelto por inoculación en perros, gatos, gallinas, etc., que, como se sabe, están sujetos, como el hombre, a contraer esa enfermedad”²³.

El diario *El Callao* no tardó en publicar una nota editorial en la que se extrañaba por el curioso proceso que se acababa de instaurar:

“Mal aconsejado ha sido el señor Subprefecto de Lima al expedir el decreto relativo a la iniciación de un juicio criminal, destinado a juzgar la responsabilidad de los que intervinieron en la inoculación del virus que ha ocasionado la muerte del malogrado joven Carrión.

Esa autoridad ha creído ver un delito de suicidio o de homicidio calificado en donde el buen sentido encuentra una audaz tentativa o una temeraria resolución solamente.

No es necesario ser versado en el Derecho penal para saber que, sin la deliberada intención de infringir la ley moral, sin el propósito libremente ejecutado de hacer un mal, falta la condición primera y más esencial del delito que no está constituido de un modo exclusivo por el daño hecho, cualquiera que sea su magnitud, como parece que es la opinión formada por esa autoridad.

¹⁸ Adolfo Villagarcía nació en Ica en 1850 y falleció en Lima en la década de 1920. Villagarcía tuvo una exitosa carrera en la judicatura. Fue, sucesivamente, Juez del Crimen de Lima desde 1883; vocal superior de la Corte Superior de Lima a partir de 1900; vocal de la Corte Suprema de Justicia, desde 1909; y presidente del máximo tribunal entre los años de 1916 y 1918. Véase: TAURO DEL PINO, Alberto. “Enciclopedia ilustrada del Perú”. Tercera edición. Tomo 17. Lima: Peisa. 2001. p. 2745.

¹⁹ EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. pp. 7-12.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibid.* p. 8.

²² *Ibid.* p. 11.

²³ *Ibidem*.

Es doctrina vulgar que los daños inferidos sin esa intención no entrañan otra responsabilidad que la civil, y que, para hacerla efectiva, sólo tiene acción el damnificado o sus más cercanos parientes, cuando concurren las circunstancias previstas por nuestra legislación, para los hechos que califica como cuasi-delitos.

Por eso el código penal ha considerado como caso de perfecta irresponsabilidad criminal el mal hecho por mero accidente al practicarse un acto ilícito en el cual se puso la debida diligencia, restringiendo la obligación del autor de un daño involuntario, cuando consistiese en la muerte de una persona, a los gastos de funeral y al pago de cierta cantidad, en compensación de los alimentos de las personas que hubiesen quedado en la orfandad.

¿Y podrá concebirse siquiera que al consentir el estudiante Carrión se inoculase en su organismo el germen de la verruga hubo propósito de ocasionarle la muerte? Tal suposición no ha debido encontrar acogida, por un solo momento, en el ánimo de una autoridad juiciosa, después de la notoriedad que han alcanzado los sucesos desgraciados de que nos ocupamos.

Se dirá que importa averiguar si se puso la debida diligencia en la inoculación de la verruga y si debe calificarse como acto lícito la infiltración de ese veneno. Los efectos desconocidos de esa atrevida operación, antes de que tuviese el heroísmo de practicarla el malogrado estudiante de medicina, bastan para demostrar la inutilidad de esa averiguación judicial.

Si la ciencia hubiese descubierto ya con exactitud la naturaleza del virus de la verruga y precisado sus consecuencias fatales en el organismo, así como las precauciones que deben emplearse para evitarlas, como pasa con muchas sustancias activas, que

diariamente emplea la medicina en sus curaciones, podría exigirse que se demostrase si hubo o no diligencia en el cumplimiento estricto de esos preceptos.

Todo quedará reducido, por consiguiente, en esa sumaria información provocada por un celo imprudente del Sub-prefecto de Lima, a probar que la lanceta fue debidamente manejada y que el triste fin del infortunado Carrión, cuyas cenizas se trata de remover para dar pábulo a desviados consejos, no fue precipitado por las heridas de ese instrumento, sino por los efectos de un líquido cuya naturaleza y acción forman parte todavía de los misterios de la Medicina²⁴.

Fueron citados a comparecer el autor material de la inoculación, el doctor Evaristo Manuel Chávez, quien no ejercía cargo alguno en el Hospital Dos de Mayo; el doctor Leonardo Villar, médico titular del Hospital Dos de Mayo; así como los practicantes de medicina, Julián Arce y José Sebastián Rodríguez, que se hallaban presentes durante la maniobra²⁵.

Por su parte, el 7 de octubre, el decano de la Facultad de Medicina de San Marcos, José Jacinto Corpancho, solicita, mediante oficio de la fecha, al entonces director de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima – institución regente del Hospital Dos de Mayo– se proceda a informar “detalladamente sobre lo ocurrido”²⁶. En el citado oficio, Corpancho recomendaba se proceda a individualizar a “los médicos que hubieran presenciado o formado parte de la operación”, a la vez que insta a las autoridades internas del Hospital para que se transmitiese el informe en cuestión al Decanato, “para los efectos que correspondan”²⁷.

El 8 de octubre de 1885, la Sociedad de Beneficencia, en respuesta a la solicitud de la Facultad de Medicina, emitió una providencia a la administración del Hospital Dos de Mayo, a fin de que sea preparada, “con carácter

²⁴ Reproducido en: MEDINA, Casimiro y otros. Op. cit. pp. 87-88.

²⁵ EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. pp. 14-19.

²⁶ El doctor José Jacinto Corpancho nació en Lima en 1822 y fallece en la misma ciudad en 1889. Ejerció el decanato de la Facultad de Medicina entre 1884 y 1886. Accedió a ese cargo en reemplazo de Manuel Odriozola, quien fuera destituido por las autoridades durante la crisis que afectó a la Facultad en 1884. VALDIZÁN, Hermilio. “Diccionario de medicina peruana”. Tomo 2. Lima: Talleres Gráficos del Asilo “Víctor Larco Herrera”. 1938. pp. 160-161.

²⁷ EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. p. 20.

de toda preferencia”, una relación de los hechos que rodearon a la infección del estudiante ocurrida en el recinto hospitalario. La providencia pasó a manos del inspector del nosocomio, Don Juan José Moreyra,²⁸ quien, en virtud de los artículos 39 y 40 del Reglamento de Hospitales, derivó al jefe de sala, doctor Leonardo Villar a efectos de que elabore su informe.

El 16 de noviembre de 1886, se remiten el expediente al Agente Fiscal, José A. Carbajal. Con fecha 26 de noviembre, Carbajal emite su dictamen en el sentido que no se acreditó la existencia de delito ni “el menor indicio de culpabilidad contra el doctor D. Evaristo M. Chávez”. Recomienda proceder según el artículo 91 del Código de Enjuiciamientos, “de un modo absoluto en el conocimiento de esta causa”²⁹. El 12 de diciembre el juez Villagarcía emite el auto de sobreseimiento:

“De conformidad con el dictamen del Agente Fiscal y considerando: Que a consecuencia de haber fallecido el estudiante de la Facultad de Medicina, Don Daniel Carrión, víctima de la fiebre producida por la inoculación de la sangre de un enfermo de verrugas, la Subprefectura mandó instaurar un juicio con el objeto de descubrir si se había cometido un suicidio; que al ordenarse esta investigación, no ha podido tenerse otra mira que averiguar si a sabiendas se ha prestado medios para un suicidio o ayudado en su ejecución, únicos actos en este orden, que tienen su sanción en nuestro código (artículo 238), en el título de homicidio, puesto que el suicidio mismo no constituye, ni puede constituir un delito social; que a mérito del informe de foja 1, expedido por los médicos de policía, en el que se refiere que el doctor don Evaristo Chávez realizó la inoculación, se ha tomado a éste la instructiva de foja 1; que el doctor Chávez confiesa haber practicado la inoculación, pero en el momento en que Carrión se preparaba a hacerla por sí mismo, y con el objeto de evitar los defectos de incisiones hechas por la propia mano del paciente, después de haberse negado a realizarla en otras ocasiones, y de

haber aconsejado a Carrión que desistiese de su propósito, para evitarle las molestias y dolores de la enfermedad que podía contraer; que los testigos doctor don Leonardo Villar y practicantes don Julián Arce y don José Sebastián Rodríguez, a fojas 11 y 13 corroboran en todas sus partes la deposición del doctor Chávez; que para calificar la acción de éste es preciso calificar antes la de Carrión, que a este efecto *debe dejarse establecido que el propósito de la inoculación nació y se mantuvo en el espíritu de Carrión bajo el ardiente deseo de dilucidar un punto oscuro de la ciencia médica, sin sugestión alguna extraña, pues así lo declararían* (i. e.: declararon) *los referidos testigos de una manera uniforme; que esta admirable resolución, sostenida a pesar de los naturales temores que lo desconocido, juntamente con las observaciones de los doctores Villar y Chávez, debieron inspirarle, revela lo acendrado de su amor a la verdad y eleva su acción hasta la altura del heroísmo; que, con arreglo a los principios de la Filosofía Moral, sería absurdo calificarla de suicidio, puesto que este delito supone el ánimo deliberado de destruir la propia existencia, idea que estuvo muy distante de abrigar Carrión, desde que el ensayo que hacía debía servirle de materia, en la tesis de bachillerato; que “sólo es culpable de suicidio el que obra libremente con intención de matarse, mas no el que al practicar una bella acción halla la muerte en el camino”; que, en conformidad con esta doctrina, la humanidad ha ensalzado siempre a los mártires de la Religión o de la Patria, que han llevado su culto a las ideas hasta sacrificarle la vida a que se siente tan natural apego; que proclamar la teoría contraria sería establecer el egoísmo como regla de moral y olvidar que el hombre no se debe a sí mismo, sino que su destino está íntimamente unido al de sus semejantes; que si Carrión no ha sido un suicida, mal puede considerarse al doctor Chávez como homicida, con arreglo al artículo 238 del Código Penal antes citado; y que esto es tan cierto que si se pensase lo contrario no podría conciliarse la responsabilidad criminal de Chávez con la gloria que rodea ya el nombre de Carrión.*

²⁸ ALZAMORA CASTRO, Víctor. Op. cit. p. 209.

²⁹ El artículo 91 del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal del año 1862 estipulaba: “Cuando del sumario no resulte acreditada la existencia del delito, ni la culpabilidad del enjuiciado, aunque sea semiplenamente, se sobresserá en el conocimiento de la causa (...) El auto de sobreseimiento se consultará al Superior Tribunal”. “Código de Enjuiciamientos en Materia Penal”. Lima: Edición oficial, Imprenta Calle de la Rifa. 1862. p. 29.

Por tales consideraciones, que revelan que no se ha cometido en el caso de que se trata delito alguno, ni menos que hay indicios de culpabilidad en el enjuiciado: sobreeso en el conocimiento de esta causa; y consúltese este auto al Tribunal Supremo³⁰.

A falta de apelación del Ministerio Público el caso fue remitido en consulta a la Corte Superior de Lima. El 22 de diciembre el Fiscal Superior, Teodomiro A. Gadea; emite su informe.

“Este Ministerio nada tendría que agregar al erudito y luminoso dictamen expedido por el Agente Fiscal a fojas 26 vuelta y con cuya conformidad se ha pronunciado el auto de fojas 32 vuelta, si no fuera que, por su parte, debe deplorar, como deplora, la iniciación misma del presente juicio; *sensible es que, acaso la mezquindad de extraviadas pasiones, haya sido el móvil que dio lugar a que se levantase sumario sobre un acto que lejos de merecer calificarse como punible, presenta todos los caracteres de hecho loable y digno de ser admirado, en razón del innegable heroísmo que revela su autor*; así como tampoco han podido prestarse a reprobación alguna los actos de las personas que en especialísimas circunstancias concurrieron a su realización.

El procedimiento criminal sólo se halla expedito para actos que, directa o indirectamente, reúnen las condiciones de penalidad establecidas por la ciencia jurídica y adoptados en nuestra legislación positiva; esas condiciones se han fijado acertadamente en los citados, dictamen del Agente Fiscal y auto consultado. Pues bien, nadie que no hubiese procedido a impulsos de un lamentable extravío, ha podido vislumbrar ni remotamente siquiera, que el descubrimiento científico que se propuso hacer el joven estudiante Daniel Carrión, hubiese sido precedido de la intención deliberada de causarse la muerte; ni tampoco que el doctor don Evaristo M. Chávez, facultativo que trató de disuadirlo hasta el momento de llevar a cabo su deseo de completar los serios estudios de la enfermedad de *verrugos* del modo como iba a verificarlo, haya podido tener complicidad punible en el hecho; tanto

menos cuanto que su intervención consistió únicamente en evitar la irregularidad con que se hubiera efectuado la operación si Carrión la hubiese practicado por sí mismo, como lo intentaba.

El hecho solo de que se trataba de estudiar los efectos desconocidos de la inoculación del virus verrugiento en el organismo humano era bastante para haber considerado, así a Carrión como al doctor Chávez, exentos de toda intención punible. Las íntimas relaciones de amistad y buena armonía que existían entre uno y otro, no menos que la esmerada asistencia médica que le prodigara ésta a aquél, durante la dolencia que precedió al fatal término de su vida, constituyen ciertamente circunstancias muy atendibles para ni haber sospechado siquiera que hubo la menor intención en el doctor Chávez de causar daño al que era su amigo y predilecto discípulo.

Por lo demás *hay, Ilustrísimo Señor, hechos que, por su importancia e índole, se imponen al sano y recto criterio como verdaderos adelantos realizados en bien de la humanidad; hechos que por lo mismo sólo pertenecen al proceso de la historia, y jamás al orden de los que dan mérito para que se levante un sumario que tenga por objeto descubrir la existencia de un delito y la persona del delincuente, en satisfacción de la vindicta pública.*

De la naturaleza de aquellos hechos es, pues, el que motiva el actual sumario; y si reverentes nos inclinamos al altar de la verdad, cuyo culto es el perfeccionamiento de las ciencias, *no podemos menos que creer que el juicio que la historia formará respecto de la rara abnegación de Carrión, será el de ensalzar su conducta, y presentarlo como ejemplo a los que estuvieron en condición de imitarlo.*

Preciso se hace conservar íntegro el noble estímulo que deja Carrión a los amantes de la ciencia médica, cuyo carácter es el de ser experimental; y para que ello suceda debe recaer tanto sobre la persona del malogrado Carrión, como sobre la del doctor Chávez, la resolución legal más eficaz, a efecto de dejar los nombres de ambos limpios de la menor huella de responsabilidad criminal.

³⁰ “Amor a la ciencia”. En: El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia y Diario de Noticias Judiciales 4. Año 1. 1886. pp. 28-29. También en: EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. pp. 35-37.

La primera parte del artículo 91 del Código de Enjuiciamientos satisface sabia y previsoramente tan imperiosa exigencia, en el caso particular que se trata; y es en tal condición que este Ministerio, reproduciendo en todas sus partes el citado dictamen de fojas 26 vuelta, opina que U. S. I. apruebe el auto consultado de fojas 32 vuelta”³¹.

Razona el fiscal Gadea que no existía móvil criminal alguno. No se trataba de un informe estrictamente *técnico*, sea desde el punto de vista clínico o desde la perspectiva jurídica. Finalmente, se confirma el auto de sobreseimiento el 23 de diciembre que autorizan los vocales de la Corte Superior de Lima Mariátegui, Jiménez y Lanfranco³².

IV. COROLARIO

En 1886, a poco de cumplirse el primer año del fallecimiento del estudiante cerreño, un grupo de sus condiscípulos guadalupanos y fernandinos, encabezados por el joven Casimiro Medina, elevó a las autoridades una subvención oficial para que fuesen publicados los manuscritos de Carrión. Para entonces los hechos habían dejado de ser un asunto de actualidad. Días antes de celebrarse la efeméride, el 2 de octubre de 1886, el Ministerio de Gobierno, a través de su titular, el doctor Pedro A. del Solar, emitió una resolución mediante la cual, “considerando que es necesario estimular a los que se dedican al estudio de asuntos importantes a la humanidad y a la ciencia”. Merced a ello, en el mismo año sería publicado en Lima un folleto alusivo, por cuenta del Estado: *La verruga peruana y Daniel A. Carrión*³³.

Suscribían el prólogo los estudiantes Casimiro Medina (bachiller en 1886), Enrique Mestanza (bachiller y médico en 1887), Mariano Alcedán (bachiller y médico en 1887, doctor en medicina en 1908), Julián Arce (bachiller y médico en 1887, doctor

en medicina en 1889), Ricardo Miranda (sin datos) y Manuel Montero (bachiller en 1886 y doctor en medicina en 1896)³⁴. Precisamente uno de los compañeros de Carrión, Don Julián Arce (1863-1931), proseguiría la senda del estudiante cerreño, en su tesis de doctor: *La fiebre de La Oroya*³⁵. Con el paso de los años, Arce se convertiría en un especialista en verruga, enfermedades tropicales y asuntos de salubridad pública³⁶. El impreso, cuya publicación auspiciaran el joven Medina y sus colegas, contenía la transcripción de los apuntes dejados por Daniel Carrión en torno a la verruga y diversos recortes periodísticos, además de una introducción y una breve biografía del mártir.

El mundo médico nacional e internacional se enteró y analizó las nueve historias clínicas, que desde 1881 Carrión había recopilado y escrito minuciosamente sobre la base de sus observaciones en pacientes verrugosos de los hospitales limeños de San Bartolomé, Santa Ana y Dos de Mayo. En ellas señaló con detalles las fechas y el tiempo de permanencia en las zonas endémicas, el consumo de agua de los manantiales, y por su puesto la sintomatología de la enfermedad. Completó estos apuntes con su propia historia clínica, que en los últimos días de su enfermedad, fue concluida por sus leales compañeros, que lo atendieron solícitamente.

La muerte de Daniel Carrión conmovió a la opinión pública internacional. Dieron cuenta del sacrificio del estudiante peruano, publicaciones médicas de gran prestigio académico en el mundo, le brindaron su postrer reconocimiento: *Le Progrès Médical*, *L'Union Medicale*, la *Revue Scientifique* y la *Gazzete Hebdomadaire de Medicine et de Chirugie* de Francia; *El Siglo Médico* de Madrid; la *Crónica Médico Quirúrgica* de La Habana; los *Anales del Circulo Médico Argentino*; y el *Boletín de Medicina de Santiago* de Chile, entre otros. Lo hicieron

³¹ “Amor a la ciencia”. En: El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia y Diario de Noticias Judiciales 7. Año 1. 1886. p. 52. También en: EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. pp. 35-37.

³² EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. p. 40.

³³ MEDINA, Casimiro y otros. “La verruga peruana y Daniel A. Carrión, estudiante de la Facultad de Medicina, muerto el 5 de octubre de 1885”. Lima: Imprenta del Estado. 1886.

³⁴ VALDIZÁN, Hermilio. Op. cit. pp. 332, 333, 354, 376.

³⁵ Ibid. p. 333. La tesis fue publicada como impreso autónomo. Véase ARCE, Julián. “La verruga andina o enfermedad de Carrión: fiebre de La Oroya”. Lima: Benito Gil. 1889.

³⁶ VALDIZÁN, Hermilio. Op. cit. pp. 281-282.

miembro póstumo de cuanta corporación científica existente. No obstante sus rasgos indígenas se confeccionaron retratos suyos con facciones europeas³⁷.

Carrión logró distinguir cuatro períodos de la enfermedad: incubación, invasión, erupción y desecación. También describió los hallazgos de las autopsias de los pacientes fallecidos con esta enfermedad. El análisis de la evolución clínica de la enfermedad Carrión, después de la inoculación de sangre verrugosa, demostró el tiempo prolongado de incubación de la dolencia, que en su caso alcanzó 20 días. También quedó demostrada la unidad etiológica de la verruga peruana y de la fiebre de La Oroya; posteriormente al definirse el ciclo biológico del agente patógeno en el sujeto enfermo, se determinó que correspondían a la fase histioide y a la fase

hemática respectivamente³⁸. Su mérito fue demostrar *in corpore* la unidad etiológica de la enfermedad y la existencia de dos formas: una benigna y otra con fiebre alta y anemizante³⁹. Más tarde, Alberto Barton aislaría al agente patógeno, *Bartonella bacilliformis*, y su vector, *Lutzonia verrucarum*, o *titira*, único y principal agente transmisor de la enfermedad.

Sus discípulos representados por Mariano Alcedán, en la ceremonia del primer aniversario de la muerte de Daniel A. Carrión en la Sociedad “Unión Fernandina”, propusieron como homenaje a su memoria denominar a la Verruga peruana y a la Fiebre de La Oroya, como la *Enfermedad de Carrión*, noción que fue apoyada unánimemente por todos los asistentes a este acto. En 1886 la bartonellosis o *verruga peruana* fue llamada, en homenaje al mártir, *Enfermedad de Carrión*.

³⁷ Como dato anecdótico me permito citar RAMOS NÚÑEZ, Carlos y GÁLVEZ, José Francisco. “Historia del Palacio Nacional de Justicia”. Lima: Fondo Editorial. 2008. p. 223. Una secretaria despistada, ya fuera por desidia o simple ignorancia en lugar de colocar el retrato de José Faustino Sánchez Carrión, *El Solitario de Sayán*, uno de los primeros vocales de la Corte Suprema, en la sección de ilustraciones, optó por descender de la internet una fotografía de Daniel Alcides Carrión. En realidad, los autores no podíamos haber advertido el error, pues, a diferencia de lo que ocurre normalmente, no controlábamos la edición. Ni las fotografías ni las leyendas nos fueron alcanzadas previamente.

³⁸ EGUIGUREN, Luis Antonio. Op. cit. pp. 23-40.

³⁹ HERRERA, Arístides. Op. cit.

Desarrollo Social

En THEMIS sentimos la necesidad de estar comprometidos con la realidad social de la que somos parte, por ello, en el 2006, se creó la Comisión de Desarrollo Social, que busca difundir la cultura jurídica a personas que viven en situación de pobreza mediante la realización de talleres de derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales como paternidad, alimentos, seguridad ciudadana, violencia familiar, denuncias, entre otros. De tal manera, queremos proveerles de las herramientas necesarias para que conociendo cuáles son sus derechos y deberes en diferentes ámbitos, puedan participar en nuestra sociedad y mejorar, tanto su vida como la de su familia. A lo largo de la historia de THEMIS, hemos logrado capacitar a más de 500 personas.



“Los papás valoran bastante esto y ellos lo aplican. Lo van a saber transmitir. Ya no van a quedarse con los brazos cruzados, sin saber qué hacer. Van a valorar más a su familia y los derechos que tienen.” – Profesora del Colegio Fe y Alegría

De esta manera promovemos la responsabilidad social. Así, ya sea en la realización de un seminario, el lanzamiento de una revista o las publicaciones de Enfoque Derecho, hacemos que la cultura jurídica sea más accesible, promoviendo una formación legal integral.



ENTREVISTAS



ENTREVISTAS

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO Y ECONOMÍA EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW Y EL DERECHO CIVIL*

Entrevista a Guido Calabresi** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

¿Cómo ha logrado tal arraigo el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía en la jurisprudencia norteamericana?, ¿por qué trasciende al país del norte y busca adecuarse a países que poseen un sistema jurídico distinto? En la actualidad el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía cobran cada vez mayor importancia entre los operadores jurídicos de nuestro país; sin embargo, aún subyacen ciertas dudas en torno a la aplicabilidad que podrían tener estas disciplinas en el Sistema de Derecho Civil.

En la presente entrevista Guido Calabresi realiza una diferenciación entre las disciplinas del Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía. Comenta cómo son aplicadas ambas en el ámbito del Common Law. Asimismo, plantea las pautas para la aplicación de estas disciplinas en aquellos países que adoptaron el sistema jurídico del Derecho Civil.

* La entrevista fue realizada en el "Seminario de análisis económico del Derecho: ¿Solución al problema?" organizada por la Asociación Civil THEMIS. Las preguntas fueron hechas por el Doctor Alfredo Bullard, ex director de la Comisión de Contenido de THEMIS y socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra - Abogados.

** Abogado por la Universidad de Yale. Magister por la Universidad de Oxford. Ex Decano y Sterling Professor Emeritus of Law and Professorial Lecturer in Law en la Yale Law School. Actualmente se desempeña como juez de la corte del circuito de apelaciones de Nueva York en los Estados Unidos además de seguir dictando en la escuela de derecho de la Universidad de Yale.

Guido es quizá uno de los mayores exponentes de lo que es el Análisis Económico del Derecho –casi le quitaría el quizá– y siempre tiene una particularidad: cualquier artículo que lean de él tiene la visión omnicomprendensiva del sistema legal económico. Siempre aspira a encontrar la piedra filosofal del sistema, así hable de responsabilidad objetiva, de culpa, de *cheapest cost avoider* –que tantas veces habrán escuchado en clase–, de trasplantes de órganos o de teoría legal. Siempre aspira a encontrar la piedra angular. Quizá el mejor ejemplo sea el artículo que ustedes más conocen: “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: un vistazo a la catedral”. Por eso creo que es oportuno –y hoy día vamos a hablar un poco de eso y vamos a abusar de la generosidad de Guido– comentar, además del libro, cómo ve él el análisis económico del Derecho y el Derecho y Economía en relación al rol del juez y al rol del legislador frente a dos sistemas que son distintos. Yo les confieso que una de las cosas que más me impactó es que cuando yo decidí estudiar cosas de Derecho y Economía pensé que era un mero interés académico pero tiene una importancia práctica muy importante en el ejercicio profesional, particularmente cuando uno tiene que decidir un caso. Ustedes saben que yo trabajé en INDECOPI decidiendo casos administrativos y ahora trabajo mucho como árbitro y la verdad, el Análisis Económico del Derecho me ayuda mucho a entender el centro del problema y encontrar muchas veces la mejor solución. No es lo único, hay muchos otros elementos. Los casos no se resuelven solo por Economía, Análisis Económico del Derecho y por Derecho y Economía pero sí ayuda a ver las cosas desde otra perspectiva. Ayuda –como dice el propio Guido– a entender que en el mundo donde los recursos son escasos desperdiciar es injusto y el Análisis Económico del Derecho nos ayuda precisamente a evitar el desperdicio. En consecuencia no voy a decir más y los voy a dejar con quien en realidad ustedes quieren escuchar, Guido Calabresi.

Muchas gracias a todos ustedes. Es una gran felicidad para mí ser parte de esta conferencia y poder estar allá a pesar de no poder estar en persona como quisiera haberlo estado. El solo ver los temas de responsabilidad civil extracontractual me hace desear estar con ustedes y el hecho que están presentando mi libro –un libro que ha generado esta conversación con THEMIS a través de los años– me hace querer llorar de felicidad. A Alfredo se le ve igual como cuando estaba acá hace veinte años cuando le toque la espalda, sigue siendo un muchachito y creo que por eso es el tipo de persona, el tipo de profesor que inspira a sus alumnos. Quisiera hablarles algunos minutos sobre un par de temas respecto al libro y del trabajo que yo he hecho en este tema. Se pueden decir muchas cosas pero me voy a tratar de concentrar en solo dos de estos temas. Uno de ellos es la diferencia entre el Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía; y la otra es algo que yo creo que es importante tomar en cuenta: El por qué ambos en Estados Unidos han sido utilizados por los jueces y los tribunales y por qué tenemos principios que pueden ser aplicados en todos los tribunales alrededor mundo. Ahora yo les voy a hablar un poco sobre cómo los jueces en Estados Unidos utilizan el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía; les voy a contar por qué nosotros empezamos a utilizar esto en el ejercicio de las actividades jurisdiccionales. Ahora, déjenme darles dos puntos que son los paradigmas de cada uno de ellos. Richard Posner representa lo mejor del Análisis Económico del Derecho ¿Qué nos dice Richard? Desde una perspectiva teórica –por si acaso, no como juez y sí como académico–, él toma la teoría económica y la utiliza para analizar, criticar, confirmar y cambiar la ley. La Economía es el motor y la teoría económica es la forma en que nosotros observamos el Derecho y los artículos; y nos dice si son correctos o incorrectos desde una perspectiva económica. Eso es muy importante porque le da una perspectiva que puede cambiar el mundo jurídico. La ley ya no es un sistema auto-contenido, un sistema que no puede ser criticado ni cambiado. Tenemos que tener algún elemento fuera de la ley que nos permita analizarla y mejorarla; y la Economía –según Richard y muchos otros incluyéndome a mí a veces y según qué artículo están leyendo– es una forma de hacerlo. Pero la Economía no es lo único, hay personas que hacen lo mismo desde la

perspectiva filosófica, histórica y desde la misma perspectiva de Richard. Se trata de ver cómo los problemas se analizan en la literatura donde utilizan estas diferentes perspectivas para analizar la ley. Esto se contrasta con el Derecho y Economía ¿Por qué? Para mí este paradigma lo representaba Ronald Coase –y yo también porque yo también he trabajado ese tema. Desde esta perspectiva esto es lo que sucede: el abogado o el institucionalista como Coase lo que hace es analizar el mundo real, las instituciones, ve muchas cosas y luego se pregunta: ¿La teoría económica puede explicar esto? ¿La teoría económica nos pueda decir si esto se puede resolver en el mundo real de tal y cual forma? Y si no lo puede hacer –bueno si lo puede resolver en hora buena–, en vez de decir que el mundo real es irracional, que es incoherente, que necesariamente tiene que ser cambiado, el abogado economista se pregunta lo siguiente: ¿La Economía, la teoría económica se puede cambiar de tal forma que nos ayude a explicar el mundo real? ¿Eso quebrantaría la teoría económica o la volvería más compleja? A ver, pensemos en la primera obra de Coase que es “La naturaleza de la empresa”. En ese entonces se decía que los mercados no tenían ningún costo, esa fue la premisa. Y siempre se recurría a la teoría económica cuando Coase dijo: “Si los mercados no tuvieran costos, no habría ninguna empresa, nosotros haríamos todo a través de contratos, no habría ninguna estructura de comando o de jerarquía como hay en las empresas”. Sin embargo, Coase dijo que sí hay empresas y la teoría económica no explica por qué existen. Podría explicarla muy bien si es que la teoría económica eliminara la premisa de que los mercados no tienen costos y asumiera que sí los tienen. Luego, partiendo de esa premisa podemos establecer por qué tenemos una empresa con un sistema de dirección acá, y por qué en una estructura de mercado distinta tenemos otro tipo de empresa. Entonces tomando esto en cuenta la teoría económica se cambió y fue mucho más poderosa. Ese fue el origen de otro artículo de Coase: “El costo social”, el cual habla sobre lo mismo –que la dirección de una empresa y los mercados cuestan y que el mercado cuesta menos que la dirección. Al haber hecho esto el abogado contribuyó a la Economía y como resultado de ello la Economía se hizo más sofisticada, más capaz de abarcar y abordar el mundo real. La teoría económica se benefició del análisis de la estructura legal no sólo en el área en el que empezó, sino que en otras

áreas. Ahora tenemos una teoría económica mucho más compleja. Ambas perspectivas son útiles, ambas nos dan mucha información. Espero que todos ustedes hagan un poco de cada uno de estos enfoques, en algunos casos será sumamente importante tomar la teoría económica y analizar qué nos dice sobre el Derecho pero existen otras áreas en las cuales la ley es una herramienta maravillosa que nos permite cambiar la teoría económica para que sea una teoría mucho mejor y así poder analizar mejor la ley utilizando estas herramientas. Puedo seguir hablando de esto porque estoy trabajando sobre este tema en la actualidad pero mejor pasemos ahora a otro tema.

¿Por qué el Derecho y Economía y el Análisis Económico del Derecho en Estados Unidos son enfocados tanto en los jueces en la actividad jurisdiccional? Bueno en cierta medida esto fue por accidente, no es que sucediera expreso. Miren, yo estaba enseñando el curso de responsabilidad civil extracontractual – cuando empecé a hacerlo– y justo sucedió que Coase empezó a hablar de la propiedad –un tema que normalmente se enseña en las escuelas de derecho consuetudinario. Yo en mis clases de responsabilidad civil extracontractual utilizaba estos conceptos en relación con las personas que hacen las leyes de responsabilidad civil extracontractual. Por favor no me entiendan mal, yo como juez sé muy bien que en Estados Unidos los jueces no somos los artífices de todas las leyes –al contrario, hacemos muy pocas leyes– pero el hecho es que en algunas áreas en las que pudimos ejercer cierta influencia era la responsabilidad civil extracontractual. Hace cincuenta y cinco años, cuando yo empecé en esta actividad, eran los jueces los que tenían la iniciativa legislativa en este tema y en muchos Estados esto fue reconocido por las asambleas locales y asignaron la autoridad a los jueces de derecho consuetudinario de desarrollar la responsabilidad civil extracontractual. Es por eso que en este contexto era oportuno utilizar y recurrir al Análisis Económico del Derecho y hacer un enfoque desde la perspectiva de Derecho y Economía simultáneamente. Pero esto constituye solo un pequeño componente de la iniciativa legislativa en Estados Unidos, es muy distinto a la iniciativa legislativa en la mayoría de los países del mundo donde los jueces no tienen un rol tan preponderante en la iniciativa como sí la tenemos en los Estados Unidos –creo que nos distingue del resto

del mundo. Ha funcionado bien en Estados Unidos porque bastaba tener una resolución o una sentencia para que se implementara una nueva ley pero en el resto del mundo donde los jueces no tienen iniciativa legislativa principal o secundaria muchas personas comenzaban a preguntarse por qué los jueces hablaban de Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía. Y la gente no se daba cuenta de que ese tipo de análisis podía funcionar para otras partes del mundo si es que ese tipo de razonamiento podían utilizarlo los legisladores o cualquier entidad estatal que tuviera iniciativa legislativa. Mucho de lo que se dijo en Estados Unidos con respecto a los jueces –los jueces pueden hacer esto y no esto otro– podría haber sido traducido y adaptado a nuestras realidades locales en cada uno de nuestros países para que los que tienen la iniciativa legislativa pudieran aprovechar todo el análisis, todos los pensamientos, todos los avances que habían logrado los jueces en Estados Unidos. Ahora bien, es cierto que en Estados Unidos existen varias diferencias en cuanto al grado en que los jueces utilizan el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía, hay algunos jueces como Frank Easterbrook que piensan que la función primordial de un juez es hacer leyes; entonces, él lo que hace es recurrir al Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía para ir generando nuevas leyes. El dice: “Los jueces –incluyendo los jueces federales– deberían aprovechar de la iniciativa legislativa que tienen para ir creando leyes”. Pero eso es algo extremo; y, en todo caso, cada vez que lo hace, él recurre al Análisis Económico del Derecho y confirma lo que yo narraba en mis primeros artículos sobre los jueces cuando están tratando un caso sobre responsabilidad civil extracontractual. Pero existen otros jueces que no recurren tanto al análisis económico del Derecho porque dicen –como piensa Posner– que no es una función del juez. Frank Easterbrook sí piensa que los jueces tienen iniciativa legislativa pero él dice que cualquier inquietud hay que trasladársela a los legisladores. Yo soy juez hace 17 años, sigo enseñando, sigo escribiendo artículos, hago todas estas cosas –me pongo un sombrero distinto cada día– pero cuando yo estoy actuando como juez dependo menos de Derecho y Economía y del Análisis Económico del Derecho que Posner y Easterbrook porque tengo mucho cuidado –mucho más cuidado que las personas en Europa y en Sudamérica– en utilizar estas

herramientas, creo que el rol del juez federal está más limitado en la iniciativa legislativa. En otros artículos he hablado al respecto, yo pienso que el juez federal y muchos jueces están comprometidos en un diálogo con otras instituciones que tienen iniciativa legislativa. Nosotros tenemos que dar una resolución en un caso en función a la ley, a la ley tal cual está pero podemos llamar la atención de los legisladores, del poder ejecutivo y de los ministerios sobre aquellos temas que nosotros hemos detectado en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que pueden ser mejorados o cambiados. ¿Esto qué quiere decir? Que en algunos casos yo voy a dar un dictamen que se basa en la ley tal cual está y aplicando los conceptos tradicionales europeos o latinoamericanos muy parecidos. Eso puede ser un caso pero en otro puedo dar un dictamen que sea totalmente distinto y dando mi opinión. Por ejemplo, en el caso de daños compensatorios digo: “Analicémoslo desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho ya que si aplicamos la ley tal cual está no es eficiente por lo que hay que cambiarla”. Luego di ese dictamen para que sea leído por los jueces y profesores. Esa es una forma en la que un juez en Estados Unidos – que sí tiene más poder de iniciativa legislativa que otros jueces en otras partes del mundo– utiliza esta facultad que al descubrir cómo se encaja en nuestros sistemas jurídicos internos puede ser muy provechosa. Estas son algunas ideas que quería compartir con ustedes pero también quisiera decirles lo siguiente. Yo empecé haciendo esto hace cincuenta y cinco años cuando entré a la Facultad de Derecho en mil novecientos noventa y cinco –o mil novecientos noventa y seis, ya no recuerdo exactamente. Mi primer artículo lo escribí hace más de cincuentaicinco años y uno pensaría que ya no hay mucho por hacer pero sí hay mucho por hacer. Hay tanto por hacer en el Análisis Económico del Derecho y Derecho y Economía que ustedes tienen que investigar. Yo dije que hay dos cosas importantes en la vida: Una es encontrar algo que sea divertido hacer y la otra es encontrar a alguien con quien puedan compartir su vida. En este mes de mayo, en unas semanas, mi esposa y yo vamos a celebrar nuestros cincuenta años de matrimonio. Nos vamos a Italia y cuando me preparaba para hablarles yo pensaba cuánto más de diversión voy a experimentar con mi esposa –hay tantas cosas más que vamos a vivir después de cincuenta años–, nos queda mucho camino por recorrer con mi esposa

y como profesional también. Si ustedes escogen el camino correcto creo que van a tener un buen futuro. Les deseo lo mejor en ambas áreas.

2

Guido no queremos abusar más de tu tiempo pero quisiéramos aprovechar para hacerte un par de preguntas: Una primera tiene que ver con las diferencias entre el Common Law y el Sistema de Derecho civil. Alguna vez le escuché decir al profesor Damaska que la diferencia entre el Common Law y el Derecho Civil es que el creador del Derecho en el Common Law suele ser el juez pero más importante que ser el juez es en qué circunstancias crea el Derecho –lo crea frente a un caso concreto. Él tiene personas de carne y hueso al frente y tiene que tomar una decisión sobre ese caso y eso le hace tomar una conciencia de realidad que es muy distinta a la que tiene el que crea el Derecho en el Sistema Civil. En el Derecho Civil quien crea el derecho es un individuo llamado el jurista y crea el Derecho sentado en una mesa con otros juristas discutiendo cuál teoría es la mejor y luego da un Código Civil ¿En esa disyuntiva primero coincides con ella? Y lo segundo es: ¿Si coincides con ella, cómo nos puede ayudar el análisis económico del Derecho en un caso y en el otro?

Lo primero es que no cabe duda que ambos son formas de crear la ley. Podemos crear la ley en un caso concreto y eso lo pueden hacer los jueces y los juristas pero lo principal es que estamos frente una situación real para resolver un problema específico y tomando en cuenta ese problema específico encontramos otro y vamos de abajo hacia arriba; es decir, que sobre la base de la experiencia damos la norma y esto se deriva de un caso específico. Eso sucede en un sistema como en Estados Unidos –incluso en jueces como yo– donde interpretamos la norma a la luz de los casos específicos y de lo que está sucediendo. Dentro de ello nosotros podemos contrastar la forma abstracta, la forma en que hablamos sobre la ley en términos generales y es así como se decide cómo debería ser esa norma. No creo que sea justo decir que el Sistema Civil solo lo hace a través de códigos y el Derecho consuetudinario sólo genera la ley

a través del caso por caso. De hecho ambos hacen un poquito de eso y un poquito de lo otro. En el sistema consuetudinario hacemos mucho más normas a través del caso por caso pero el hecho es que también tenemos normas que las hacen los legisladores que escuchan a los juristas y que toman decisiones en el abstracto. Una de las preguntas que nos tenemos que formular es cuáles áreas del Derecho se resuelven mejor en una arena filosófica con una discusión abstracta –que tiene la posibilidad de pensar en cosas lejanas de la realidad–; y luego, en qué temas debe ser utilizado el método del caso por caso. Esto no es solo un problema del Derecho. Allá en la Pontificia Universidad Católica del Perú existe una diferencia entre los jesuitas y la filosofía dominica. Tenemos en la Iglesia Católica dos enfoques que siempre han existido y pueden ser criticados. En un caso puede ser negativo y una teoría puede que no sea altamente respetada por lo que ambas tienen reflexiones, ambas tienen ideas que deben ser utilizadas. Ahora nosotros en nuestro caso utilizamos más los casos concretos a diferencia de los sistemas civiles. Ahora, ¿por qué en Estados Unidos se hace así? Por razones históricas, porque nos hemos basado en un sistema federal y por distintas razones. Bueno, Damaska que es un gran jurista que conoce la ley de Estados Unidos, de Europa y de la Unión Soviética también, entiende muy bien esta analogía porque es una forma fácil de visualizarla. Ahora, respecto a través de qué método debemos utilizar el Análisis Económico del Derecho y el Derecho y Economía, si bien es cierto que en Estados Unidos se han utilizado a través del caso por caso, en alguna medida es más apropiado para el modelo europeo utilizar el método abstracto porque puede encajar muy bien en el sistema de doctrina de juristas que están analizando qué reglas y normas deben elaborar. De hecho deberíamos revisar esto y determinar si es justo utilizarlas en un caso por caso pero yo les diría que deberían utilizarse más en un sistema donde se elaboran las normas de manera abstracta que en un sistema consuetudinario. Es una respuesta bastante larga a preguntas cortas.

3

Una última pregunta ya para cerrar este evento y poder despedirnos. En el Perú uno de los impactos que ha tenido el Derecho y Economía es que –por ejemplo– hay una ley que establece que si tu quieres presentar

un proyecto de ley al congreso, tiene que venir acompañado con un análisis del costo beneficio que determine cuál puede ser el impacto económico de la norma, lo cual es algo bueno. El problema está en que los congresistas cumplen con ese requisito de una manera muy tramposa. Lo que hacen es decir: “La presente ley no genera ningún gasto para el Estado y es muy buena para la sociedad”. Y así literalmente, dos líneas. Ese es todo el análisis costo beneficio. ¿Qué es lo que aconsejarías para que una disposición de ese tipo pueda realmente contribuir a mejorar la calidad de la ley en un país como el Perú?

Dudo en hablar sobre cómo mejorar las políticas del Perú y además no puedo hacerlo, estoy prohibido de hacerlo. No puedo hablar de cómo se mejora la política en Estados Unidos tampoco, como juez estoy prohibido de hablar sobre ese tema. Sin embargo podría decir lo siguiente: Nosotros como juristas tenemos la obligación de decir la verdad, la verdad según la percibimos; y al hacerlo no nos sentimos contentos cuando los políticos no nos hacen caso. Pero nosotros tenemos que decir que –para bien o para mal– los políticos en todas partes del mundo responden a cosas que los juristas no vemos. Si nuestra libertad radica en hacer este análisis de costo beneficio caiga lo que caiga, el legislador o el juez deben asegurarse que no caiga lo que caiga, que no se caiga el cielo si es que hay un cambio. Eso significa que el legislador puede ignorar al jurista y tiene que ser capaz de ignorarlo. A la larga lo que el jurista va a

decir probablemente va a demostrarse que es cierto pero va a tomar tiempo y no nos deberíamos molestar con los legisladores cuando ellos dicen ahora no. Yo escribí un artículo hace muchos años que se llamaba “Las decisiones de los absolutistas” y en ese artículo yo señalaba que vale la pena sufrir algunos accidentes porque cuesta demasiado evitarlos. El New York Times escribió una editorial en ese entonces diciendo que eso era una tontería, que cuando la seguridad estaba involucrada no importaba cuánto dinero se tuviera que invertir. Yo casi le escribí una carta diciéndoles que me alegraba mucho ver eso. Esto significaba que sus camiones de reparto de periódicos no iban a manejar a más de cinco kilómetros por hora para repartir el periódico –si es que estamos diciendo que la seguridad es más importante que cualquier otra cosa, entonces tenían que hacerlo. Nunca les escribí la carta. Déjenme decirles por qué. Me di cuenta de que el New York Times decía algo más. Ellos dijeron lo que dice el legislador o el juez cuando dicen: “No puedo simple y llanamente tomar lo que han dicho los juristas”. Ahora, el problema que señala Alfredo es con frecuencia que el legislador no lo hace para beneficio del país, sino para beneficio personal o para beneficiar a las personas que votaron por él. Entonces el jurista tiene que criticarlo pero al hacerlo debe comprender que a veces el legislador nos está llamando la atención para que nos enfoquemos en aquellas cosas en las que los juristas –ya sea Ronald Coase, Richard Posner, Alfredo Bullard, no importa cuán eruditos sean– puedan tener un error en una democracia. Porque estamos en una democracia, entonces tenemos que darles el beneficio de la duda.

PERSPECTIVAS SOBRE EL DEVENIR DEL DERECHO PENAL PERUANO

Entrevista a Charles Schudson*

Preocupaciones como violencia ciudadana y delincuencia en general están incrementándose de sobremanera a raíz de la inseguridad y poca educación que recibe el pueblo peruano. ¿Son las cárceles el problema?, ¿o acaso está en la educación la solución? Algunos aducen que habría que fortalecer el sistema agravando las penas, e incluyendo la pena capital. ¿Están en lo correcto?

El juez Charles B. Schudson comenta en esta entrevista el sistema de justicia peruano en líneas generales haciendo especial incidencia en el ámbito penal. La vasta experiencia del autor resolviendo controversias sobre estos temas en las cortes norteamericanas hace de especial interés este aporte.

* Abogado estatal (Wisconsin) y federal de 1975 a 1982. Juez de la Corte de Wisconsin de 1982 a 1992, y de la corte de apelaciones de Wisconsin de 1992 a 2004. Profesor en la Universidad de Wisconsin Madison. Presidente de Keynote Seminars.

1

En la actualidad en nuestro país la violencia ciudadana es un problema que cada vez causa mayores estragos en nuestra sociedad. En el Perú la violencia doméstica e infantil es lamentablemente frecuente. Tomando en cuenta su experiencia, ¿qué medidas legales son recomendables para solucionar esta situación?

Es notable la falta de seguridad en Perú. Al llegar, no anticipé el problema, y caminé por todas partes pero ahora definitivamente estoy preocupado. Asimismo, me apena la violencia y el crimen callejero que sufre Perú. Su gente no se siente segura, a salvo. Por el contrario, temen ir de compras y mandar a sus hijos a la escuela. Perú tiene estos problemas, y debe saber atacarlos. El gobierno entrante debe garantizar programas de seguridad. No coincido con quienes atribuyen la causa de la inseguridad a la policía o a la prevención, pues yo creo que la causa radica en ambas: Debemos tener efectivos policiales bien entrenados, y prisiones más decentes, para lidiar con aquellos que no pueden ser controlados. La segunda no es la solución, es tan solo el último recurso.

La clave está en la prevención, y claramente en Perú y Estados Unidos el crimen está ligado a la pobreza, a la desesperanza, a la falta de educación digna y a la falta de oportunidades. Si el pueblo pierde la esperanza; entra en desesperación y pierde la paciencia para el trabajo. Si el Estado provee educación y oportunidades, el pueblo responderá positivamente.

En cuanto a los crímenes callejeros, el Perú tiene muchas dificultades y debe moverse en dos direcciones al mismo tiempo. Por un lado, la prevención, atacando los males sociales que producen el crimen. Por otro, excelentes y honorables efectivos policiales y prisiones para lidiar con quienes emplean la violencia. Es importante considerar que ella está presente también en la familia, y ésta marca la vida de los hijos. Si hay niños siendo abusados, sea sexual o físicamente, o explotados, crecerán tan psicológicamente dañados y tan resentidos, que eso determinará su nivel de violencia y los impulsará a cometer crímenes. Necesitamos hacer todo lo posible para proteger a los niños, para que así tengan oportunidades y esperanza, sean buenos

ciudadanos, para hacer al Perú ese mejor país que puede llegar a ser.

2

En nuestro país se ha generado un debate respecto a la aplicación de la pena de muerte a violadores de menores de edad. Independientemente de las limitaciones establecidas en nuestra Constitución, ¿le parece una respuesta recomendable?

La pena capital será siempre un tema controversial en Estados Unidos. Muchos Estados contemplan la pena de muerte. He sido juez por veintidós años en el Estado de Wisconsin, donde no hay pena de muerte. Por lo tanto, como juez jamás tuve que lidiar con ella, y como litigante tampoco. En Estados donde se acepta la pena capital es mucho más complicado, no sólo para los jueces, sino también para los miembros del jurado. En algunos estados el juez decide, en otros el jurado lo hace; en los Estados Unidos no hay un sistema legal común, son similares entre sí pero tienen diferencias significativas. Esto es muy importante para quienes, en Perú, quieren estudiar el Derecho estadounidense.

Con respecto a la pregunta, pues no lo sé. No es sólo una respuesta legal ya que trasciende al ámbito cultural. La pena de muerte no previene la comisión de delitos. Las personas asesinan por muchas razones, pero no se detendrán por temor a la pena de muerte. No disuade ni previene el crimen. Esto no significa que la postura a favor de la pena de muerte esté errada. La sociedad tiene el derecho de expresar su indignación; y por razones de Derecho, cultura, religión, ética y moral, la sociedad tiene el derecho de tomar la decisión de aceptar la pena de muerte en respuesta a los crímenes más graves. El pueblo también tiene el derecho de discrepar con esta postura. En Perú, la gente tiene diferentes culturas, filosofías, realidades y situaciones, es así que sería injusto llegar a la conclusión de que algunas personas estén en lo correcto y que otras estén equivocadas.

Las personas deben ser tolerantes y respetuosas, y conscientes de sus diferencias. La belleza de este país radica en las diferencias entre las personas, encontrando la fascinación en éstas. Todos deberían apreciar sus diferencias, y aceptarlas. No conozco

demasiado el Perú, pero si puedo decir que no hay decisión correcta ni incorrecta. Todos deben unirse, dialogar y llegar a un acuerdo, o quizás solo aceptar que nunca podrán llegar a un acuerdo.

3 Una tendencia en el Derecho Penal sostiene que, al ser esta una rama que debe ser usada como último recurso, las reformas a dar deben ser primero educacionales antes que jurídicas. Siendo usted docente y a la vez juez puede ver los efectos directos de una mejora educativa, ¿podría desarrollar brevemente el tema?

Para tomar acción con respecto a la comisión de crímenes, no debemos enfocarnos en un solo mecanismo: necesitamos dos. El primero se refiere a las prisiones, o el mecanismo fuerte. Yo estoy a favor de esta apreciación, por razones de psicología y comportamiento. Mi esposa es psicoterapeuta, y ha trabajado con miles de pacientes y familias, quienes presentaban todo tipo de dificultades. Una de las expresiones que ella usa con sus pacientes, y que comparto conmigo es simplemente: "El comportamiento intolerante continúa siempre que sea tolerado". Tiene sentido: Si los niños tienen un comportamiento deplorable, y los padres obvian aquello, riendo o pensando que es adorable, el comportamiento persistirá. Estamos hablando de familias, en las que los padres son incapaces de decir no, y de ser firmes en la formación de jóvenes y adolescentes, esto permite que el comportamiento intolerante continúe. Los padres deben ser capaces de decir "no" a ciertas cosas, y ser firmes en ello.

La sociedad, por otro lado, por medio de leyes, debe decir lo mismo a sus ciudadanos, y cuando jóvenes sustraen bienes de turistas, o se vuelven violentos con sus compañeros de colegio, no debe ser tolerado. El tiempo de intervenir es justo después del primer incidente (no permitir que éste se repita), para asegurarnos que como sociedad estamos diciendo "no", y que el comportamiento intolerante es algo que no se tolera. Ahora bien, este mecanismo asume la existencia de un primer crimen o incidente. No obstante, como una sociedad, ni siquiera queremos el primer crimen, por lo que necesitamos que la prioridad sea la educación y la prevención. Esto

trae a colación lo conversado anteriormente. Entonces, una vez más, no tenemos que ver si el mecanismo es suave o severo, debemos evaluar cuál es el más inteligente y cuál se adecúa más a nuestro contexto. Los mismos principios que se aplican al buen padre y a cultivar familias fuertes y saludables, se aplican para la sociedad.

4 Recientemente se ha empezado a introducir el sistema del juicio oral en el Proceso Penal en el Perú. Esto ha suscitado un debate entre juristas nacionales con respecto a la conveniencia de esta innovación. En Estados Unidos se aplica este sistema. En su experiencia, ¿qué ventajas trae este sistema al procesado, y a la estabilidad jurídica?

Es muy difícil para mí, que he estudiado y me he criado en el sistema legal estadounidense, entender cómo un sistema puede llegar a operar, careciendo de la eficiencia que garantiza la oralidad en un proceso. Después de todo, hay algunas cosas que deben lograrse cuanto antes en el ordenamiento jurídico peruano, y si éstas cosas requieren propuestas escritas, no puedo imaginar cómo el sistema sería eficaz para el justiciable. Entonces, nuevamente, sin conocer los detalles del sistema jurídico peruano o sus reformas, podemos decir que en Perú debemos medir la calidad del sistema legal en base a su compasión, su inteligencia y su capacidad de respuesta y de acción. En Perú, hasta donde tengo entendido y he escuchado, esa capacidad de respuesta y de acción eficiente es la clave. ¿El sistema legal peruano tiene la rapidez para responder apropiadamente?

En el Perú, el sistema jurídico debe ser capaz de responder rápida y eficientemente, de manera que pueda servir a la gente. Se busca que pueda ganar su respeto, y, para esto, las presentaciones orales son necesarias.

5 En el Perú las cárceles son administradas por el Instituto Nacional Penitenciario. Hoy nos enfrentamos a un problema de sobrepoblación en los penales, así como grandes falencias en la administración y la seguridad. Dicha situación evita que se cumpla el fin de la resocialización del reo. En

Estados Unidos no es ajena la figura de la privatización de los penales. En su opinión, ¿podría esto solucionar los mencionados problemas?

Me parece que las prisiones tienen responsabilidad en la sociedad como conjunto. Esto quiere decir que éstas deberían permanecer siempre dentro de las responsabilidades de los gobiernos. He visto muchísimos ejemplos en los que empresas privadas firman un contrato con el gobierno, para ofrecer la provisión de este servicio social. Al comienzo las cosas marchan bien. Sin embargo, tarde o temprano, la motivación por el lucro reduce la calidad del servicio. Cuando se trata de algo tan fundamental como la encarcelación de un ser humano, me parece que la custodia del prisionero debería

permanecer dentro de la responsabilidad del gobierno.

No quiero dejar de mencionar una diferencia fundamental entre el sistema anglosajón y el romano-germánico. En Estados Unidos la tradición de jurados es larga y profunda, pero aun así sigue siendo controversial. En casos penales, luego de mi experiencia, creo que los jurados realizan un excelente trabajo descubriendo qué fue lo que pasó, y decidiendo si el procesado es culpado o no. En casos civiles, en mi experiencia, los jueces realizan un mejor trabajo. Estas son generalizaciones. Finalmente en los Estados Unidos, el sistema de jurado funciona mejor en casos penales, pero no tanto en casos civiles.

RELANZAMIENTO DE WEB INSTITUCIONAL

Anunciamos el relanzamiento de nuestra página web institucional, ahora podrán encontrar-nos en www.themis.pe. En nuestro nuevo espacio web podrás enterarte de todas las novedades de la asociación así como ordenar nuestros productos.

PUBLICACIÓN DE GUIDO CALABRESI: UN VISTAZO A LA CATEDRAL

Luego de cuatro años de arduo trabajo, THEMIS, Ius et Veritas y Palestra se unen para lanzar un texto compilatorio de la obra de Guido Calabresi que ha sido traducida al español por ambas asociaciones. Esta obra homenaje resalta la brillantez del autor y su plena vigencia en el ámbito doctrinario.

Los libros se encuentran también a la venta en la oficina de THEMIS en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LOS 25 MEJORES ARTÍCULOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Luego del éxito obtenido con la edición de nuestra línea de discos compactos de “Los 25 mejores artículos”, THEMIS relanzó al mercado la selección de Los 25 mejores artículos de ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO publicados en THEMIS-Revista de Derecho.

Con esta iniciativa (que es la continuación de una carrera por la “digitalización” de los productos de THEMIS) queremos rendirle un homenaje a todos los autores, colaboradores e involucrados en la edición de las revistas impresas, esperando que así su trabajo sea aún más conocido y apreciado por nuestros lectores.

Los discos compactos se encuentran a la venta en la oficina de THEMIS en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ENFOQUE DERECHO

La Asociación Civil THEMIS presenta su nueva aplicación Enfoque TV, la misma que podrás encontrar en su renovado portal web de actualidad jurídica Enfoque Derecho: www.enfoquederecho.com. Ahora encontraras, además de artículos y blogs de destacados profesionales del Derecho con información actualizada diariamente, distintos videos con contenido jurídico de la más diversa temática.

Los invitamos a compartir con nosotros esta nueva alternativa para la difusión de la cultura jurídica.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho estuvo conformada por Guillermo Arribas Irazola (Director), Erick Lau Gastelo, Talía Díaz Rodríguez, Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, Paul Nina Nina, Carolina Pérez Harm, Marco Zaldívar Chauca.

Miembros honorarios de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr • Javier Albán González • César Antonio Alcorta Suero • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • María Cristina Alva Noriega • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Guillermo Arribas Irazola • Andrés Avelino Aramburú Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Sergio Emilio Arellano Gonzáles • Fernando Arias-Stella Castillo • Cristina Arizmendi Bellido-Tagle • Arturo Arróspide Villarán • Patricio Ato del Avellanal Carrera • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Juan Luis Balarezo Revilla • Fabiola Baquerizo Micheline • Alonso Barreda Ayllón • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • María del Carmen Bedoya Valdez • Alberto de Belaunde de Cárdenas • Javier de Belaunde de Cárdenas • María Lucía Bellido Bertie • Úrsula Ben-Hammou Novoa • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Carla Bengoa Rojas • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea • Gonzalo Bernal Neumann • Gabriela Bernales Wuan • Luis de Bernardis Llosa • María Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostraza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Mayra Bryce Alberti • Alfredo Bullard González • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Héctor Calero Ramírez • Jorge Antonio Calle Brush • Analía Calmell del Solar del Río • Javier Calmell del Solar Monasí • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Federico de Cárdenas Romero • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoeßel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • Enrique Del Castillo Fernandez • José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Carolina Chipollini Román • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • Úrsula Collimboy Sayán • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Carlos Cornejo Vargas • Carlos Eduardo Cotera Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Chantal Deleplanque Sánchez • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva • Gisella Domecq Garcés • Andrea Domínguez Noriega • Mario Fernando Drago Alfaro • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egüez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Alejandra Flecha Corvetto • Fernando de la Flor Koechlin • Nicolás de la Flor Puccinelli • Daniel Flores Consigliere • Rodrigo Flores Benavides • Hugo Forno Odría • Laura Francia Acuña • Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Viviana Gálvez Córdova • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Gabriela García Arcia • Domingo García Belaunde • Juan García-Montúfar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Mijael Garrido-Lecca Palacios • Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzáles Barrón • Daniel Gonzáles la Rosa • Arabella Gonzáles Netto • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melisa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín de Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamann García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higuera Chicot • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Úrsula Indacochea Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraquirre Romero • Rosario Isasi Morales • José María de la Jara Plaza • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Roselló • Ruzika Kresalja Santos • Antonio Kuljevan Pagador • Diego la Rosa Gonzáles del Riego • Sheila la Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco • Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Erick Lau Gastelo • Anthony Laub Benavides • Claudia Isabel Lazarte Abarca • Elsa Marina Lazarte Zababurú

Denise Ledgard Antúnez de Mayolo • Sebastián León Saavedra • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Francisco Lira Miró Quesada • Isabel Lira Miró Quesada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Alejandra Llosa Parró • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres • Eduardo Loret de Mola Ugarte • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers • Roberto Guillermo Mac Lean Martins • Kiana Maggiolo Cook • Alejandro Manayalle Chirinos • María Teresa Marroquín Manrique • Chiara Marinelli Tagliavento • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortíz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Fernando del Mastro Puccio • Elías Maya Zusman • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Patricia Mendoza Franco • Marilú Merzthal Shigyo • Francisco Miranda Aguilar • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Ñique • Fernando Molina Rey de Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Óscar Montezuma Panes • Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Andrea Morelli Ferreyros • Jorge Luis Morelli Ferreyros • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz Bazán • Jaime Mur Campoverde • Manuel Núñez Farfán • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri Mendiola • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente • Diego Ocampo Acuña • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Pia Gabriela Olea Ubillús • Pilar Oliva Rocca • Antonio Olórtegui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Andrés Osterling Letts • Claudia Pacora Rodriguez • Giselle Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Xavier Palao Carrera • Valentín Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • César Augusto Parodi • Mario Pasco Lizárraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Milan Pejnovic Delgado • Eduardo Peláez Santillán • Fernando Peña Nevon • Diego Pérez Terry • Mariela Pérez-Costa Piscoya • Luz María Pérez-Garland Gamio • Alejandro Peschiera Bonifaz • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Milagros de Pomar Saettone • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorbo • José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koehlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Rafael Prado Bringas • Manuel Fabricio Privat Colla • Luis Guillermo Puellas Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper • Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker • María Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaíta • Viviana Ritchie Martínez • Eduardo de Rivero Santana • Carla Rizo-Patrón Labarthe • Ricardo Rizo Patrón Olaechea • André Robilliard Escobal • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor Rodríguez Macedo • Diana Roig Trelancia • Carlos Rojas Klauer • Miguel Ángel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Milo Ruíz González • Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Sebastian De Rutté Boiset • Rosario Saco Oliva • María Gracia Sáenz González • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rafael Sánchez Ríos • Rocío Saux Valdez • Luis Andrés Schrader Mindreau • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissler • Sebastián Soltau Salazar • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavalle • Luis Stucchi Díaz • Óscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutiérrez • Luciana Tataje Villalobos • Martín Tayro Cuba • Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendivil • Óscar Trelles de Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Eduardo Valdizán Sala • José Agustín Valencia-Dongo Medina • Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes • Nicolás Vassallo Burneo • Javier de la Vega Gómez • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Mario Vera Ortiz • Verónica Vergaray Béjar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal Felip • Ramón Vidurizaga de Amézaga • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán Ascenzo • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Deborah Woll Castañeda • Rocío Yépez Minaya • Bruno Zanoló Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Gloria Zubizarreta Rondón • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número; en particular a:

Moisés Arata Solís, Guillermo Arribas I., Francisco Avendaño Arana, Jorge Avendaño V., Eduardo Barboza Beraún, Luciano Barchi Velaochaga, Alfredo Bullard G., Carlos Cárdenas Quirós, Mario Castillo Freyre, Lorenzo de la Puente Brunke, Fernando de Trazegnies, Luis Felipe Del Risco Sotil, Talía Díaz Rodríguez, Freddy Escobar Rozas, Juan Espinoza Espinoza, Carlos Fernández Sessarego, Guillermo García Montufar, Erick Lau G., Juan Guillermo Lohmann, Martín Mejorada C., Jaime Miranda Gómez, Felipe Osterling Parodi, Carlos Ramos, Sinthya Rubio Escolar, Carlos A. Soto Coaguila, Marco Zaldivar Chauca.

Clínica Dental Arribas, Estudio Álvarez Abogados, Estudio Ávila Abogados, Estudio Balbi, Estudio Bedoya Abogados, Estudio De La Flor, García Montúfar, Arata & Asociados – Abogados, Estudio Delmar Ugarte Abogados, ESG Operadores de Combustibles, Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, Estudio Ferrero Abogados, Estudio Gherzi – Abogados, Estudio Gonzalez & Asociados S.C., Estudio Jorge Avendaño – Forsyth Abogados, La Unión Corredora de Seguros, Miranda & Amado Abogados, Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados, Estudio Olaechea, Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Estudio Villarán.



THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor.

Javier Albán González, Guillermo Arribas Irazola, Sebastian De Rutté Boiset, Enrique Del Castillo Fernández, Alejandra Flecha Corvetto, Hugo Forno Odría, Erick Lau Gastelo, Claudia Pacora Rodríguez, Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper, Rafael Sánchez Ríos.




PARTICIPACIÓN EN THEMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THEMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a nuestra oficina en el Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a **editor@themisderecho.org**

THEMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se termino de imprimir en:



 (511) - 3366699

www.printing.com.pe

ventaskinkos@gmail.com

Av. Venezuela 2344 - Lima 1

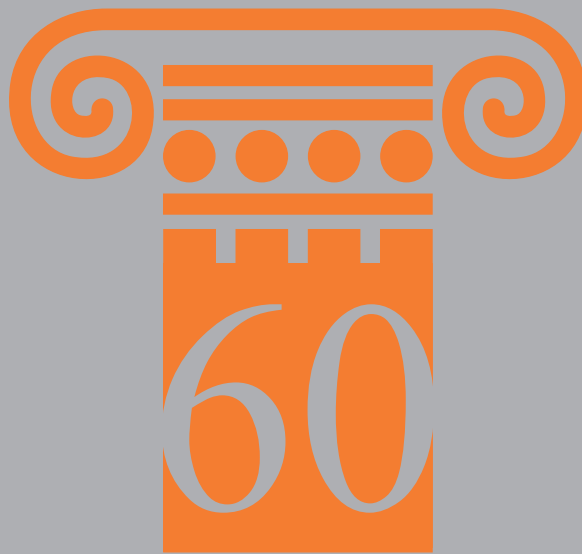
Noviembre 2011



www.themis.pe

THĒMIS

desde 1965



ISSN: 1810-9934

