

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	multidisciplinarietà 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 Unitedstatesean 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 que 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.