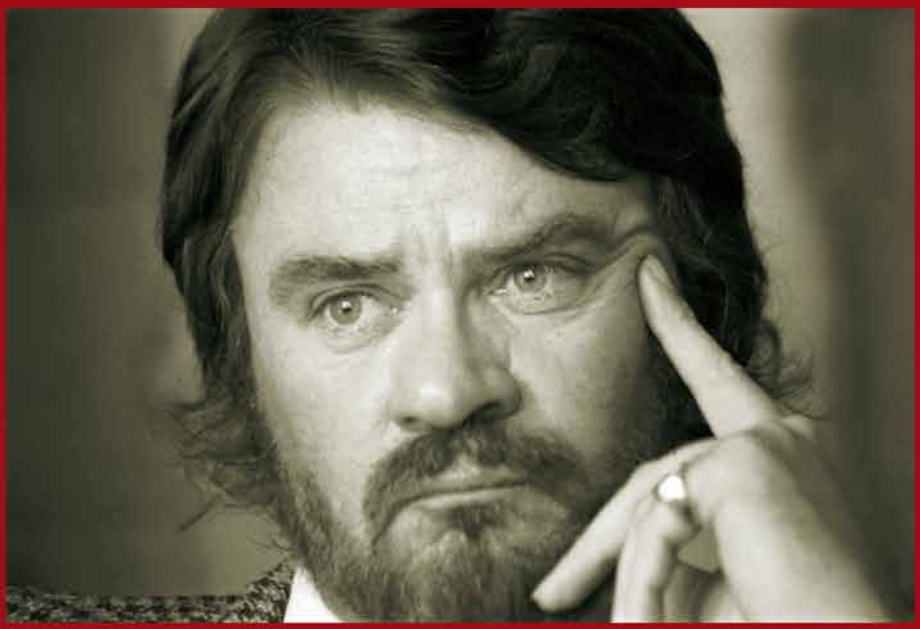
HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



Comité editor

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena

FONDO EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO 2

Comité editor:

Jorge Avendaño Valdez (Presidente)
Carlos A. Soto Coaguila (Secretario)
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Lorenzo Zolezzi Ibárcena

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda
© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila
Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009
Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815
ISBN: 978-9972-42-889-0
Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice general

TOMO 1

Biobibliografía de Fernando de Trazegnies Granda

Primera parte
Semblanzas de Fernando de Trazegnies

Segunda parte
Historia del Derecho

Tercera parte
Filosofía del Derecho

TOMO 2

Cuarta parte
Derecho Civil

Quinta parte
Responsabilidad Civil

TOMO 3

Sexta parte
Derecho Societario

Sétima parte
Derecho Internacional

Octava parte
Arbitraje

Novena parte
Literatura

Décima parte
Miscelánea

Índice
Tomo 2

Cuarta parte
Derecho Civil 13

La lesión como solución alternativa a los vicios de la declaración de voluntad en el acto jurídico
José Daniel Amado V. (Perú) 15

Garantía mobiliaria preconstituida y garantía a *non domino*
Francisco Avendaño Arana (Perú) 39

La lesión en el Código Civil de 1984
Eduardo Barboza Beraún (Perú) 53

El contrato de hecho
Manuel de la Puente y Lavalle (†) (Perú) 75

Sobre la subrogación legal del asegurador en el ordenamiento jurídico nacional
Juan Espinoza Espinoza (Perú) 85

Legitimación registral y legitimación posesoria en los bienes muebles
Mateo Gómez Matos (Perú) 101

La consensualización de los contratos reales
Alejandro Guzmán Brito (Chile) 131

El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo
Fernando Hinestrosa (Colombia) 157

La lesión en el derecho civil peruano
Debate doctrinario y tratamiento normativo
Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú) 187

Apuntes sobre los contratos de larga duración
Ricardo Luis Lorenzetti (Argentina) / *Carlos A. Soto Coaguila* (Perú) 223

La corrección del contrato
Jorge Mosset Iturraspe (Argentina) 247

El crédito en garantía
Martín Mejorada Chauca (Perú) 275

El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo
Sergio Muñoz Laverde (Colombia) 287

Damocles y el fundamento de la sanción del artículo 1233 del Código Civil
Felipe Osterling Parodi / Alfonso Rebaza González (Perú) 317

La doctrina de los *actos propios* en el derecho argentino
Julio César Rivera (Argentina) 331

El cuerpo y lo post-humano
Stefano Rodota (Italia) 361

Quinta parte
Responsabilidad Civil 383

Apuntes sobre la tramitación de la pretensión indemnizatoria
Jaime David Abanto Torres (Perú) 385

La antesala contractual: ruptura injustificada de las tratativas y responsabilidad precontractual
Jorge Avendaño V. (Perú) 415

Responsabilidad civil contractual y extracontractual: hacia la unificación del sistema
Francisco Carreón Romero (Perú) 427

La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente, con especial referencia a la legislación chilena
Hernán Corral Talciani (Chile) 461

Derecho de la salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina
Aída Kemelmajer de Carlucci (Argentina) 479

Riesgos de desarrollo
Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos
El riesgo de desarrollo como eximente
Luis Moisset de Espanés / José Fernando Márquez (Argentina) 551

La responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios a las normas de libre competencia: tipicidad, antijuridicidad y calificación previa por parte de la administración
Jorge Santistevan de Noriega (Perú) 571

De la ley Aquilia a Digesto 9: perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual
Sandro Schipani (Italia) 615

Cuarta Parte
Derecho Civil

LA LESIÓN COMO SOLUCIÓN ALTERNATIVA A LOS VICIOS DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN EL ACTO JURÍDICO*

*José Daniel Amado V.***

El derecho de los actos jurídicos es una teoría sustentada en aquellas declaraciones de voluntad que se admiten como jurídicamente relevantes. Es por eso que los diversos sistemas jurídicos han intentado a través del tiempo resolver aquellas situaciones en las que el acto jurídico no corresponde a la voluntad del declarante. Uno de los temas más recurrentes es el conjunto de declaraciones de voluntad que se consideran viciadas por un elemento que puede identificarse, como es el caso del error y del temor, que son materia de estudio en la doctrina que se ha ocupado del acto jurídico. Sin embargo, la obvia limitación en conocer lo que el declarante quiso o no quiso manifestar, resulta inevitablemente en un ejercicio teórico muy importante pero con escasas posibilidades de prevalecer en sede judicial o arbitral.

---

* Muchos son los sentimientos que me han acompañado en la preparación de este ensayo. Y es que tiene la pretenciosa empresa de reconocer, a la medida del homenajeado, a un intelectual, maestro y sobre todo hombre de bien como es Fernando de Trazegnies Granda. Es tanto lo que se puede decir sobre Fernando y somos tantos los que tenemos que agradecerle por haber influido en nuestra manera de pensar en el derecho, que sería mezquino abordar uno u otro aspecto de su trayectoria. Prefiero recordar con sencillez sus clases, inolvidables, en las que despertaba nuestro interés de investigarlo y cuestionarlo todo. Y es que de Trazegnies ha sido siempre un provocador, en el mejor sentido de la expresión. Es justamente en este aspecto en el que quiero aportar a este homenaje colectivo: cuestionando ciertas instituciones jurídicas de la tradición romano-germánica. Debo pedirle al maestro que sepa comprender que, entre quienes nos dedicamos a la práctica profesional, habrá seguramente una perspectiva menos rigurosa en una tarea que es propia de los dotados para la labor académica, pero cuento desde ahora con su generosidad para evaluar el esfuerzo de saltar una valla muy alta.

La lesión, tal como de Trazegnies afirmó en un ensayo todavía reciente, resulta ser una figura equivalente a los vicios de la voluntad, no en el ser sino en el deber ser. Asimismo, la existencia de facilidades probatorias que otorga la estructura de esta institución de la lesión es, sin duda, un elemento a considerar. A partir de estas premisas del derecho civil desarrolladas por el maestro, este ensayo intenta elaborar una solución práctica, a través de la lesión, a un problema que puede impactar en la validez del negocio jurídico, como es el de los vicios de la voluntad.

** Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster por la Harvard Law School, Estados Unidos. Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

En este ensayo postulamos que la teoría contractual de la lesión puede en efecto constituirse en una solución alternativa para el caso de las declaraciones de voluntad viciadas. De Trazegnies afirma la utilidad de esta institución del derecho civil, en virtud de la desigualdad de información que sufre nuestra sociedad, ya que al fin y al cabo el mercado no es un lugar para que unos se aprovechen de otros sino para satisfacer intereses de manera conjunta[1]. Si como veremos, puede extenderse la aplicación de la lesión, como fenómeno objetivo–subjetivo, a todos los actos jurídicos, daremos lugar a una reducción sustancial de la carga de la prueba que es el mayor obstáculo para solucionar los casos de declaraciones de voluntad viciadas, al menos en aquellas situaciones en las que exista un perjuicio económico significativo para el declarante.

Nuestro estudio se inicia con un repaso de la teoría de las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes. A continuación, se explican los fundamentos de las declaraciones de voluntad viciadas y su importancia para el derecho civil. Luego, nos situaremos de manera concreta en el marco conceptual que sustenta los vicios de la declaración de voluntad. Finalmente, habremos de referirnos a la lesión y su posible aplicación a todos los actos jurídicos, particularmente en situaciones donde pueda presumirse la existencia de una declaración de voluntad viciada.

1. La declaración de voluntad en el acto jurídico

Para situar los vicios de la declaración de voluntad en la teoría del acto jurídico, será necesario analizar previamente la noción jurídica de la declaración de voluntad. Con ese fin deberemos referirnos a determinados fenómenos que rebasan el objeto de estudio de la ciencia jurídica y que, sin embargo, son fundamentales para el derecho privado: la voluntad y el proceso de su manifestación.

a. Voluntad y autonomía de la voluntad

León Barandiarán ha anotado que el derecho no es investigación en el campo de la conciencia, sino que se interesa fundamentalmente en lo externo, esto es, en la conducta exteriorizada por el individuo[2]. No le falta razón, pero tampoco a Giorgi cuando afirmaba que la filosofía jurídica de todos los tiempos ha intentado penetrar la misteriosa estructura del alma humana e investigar las arcanas relaciones de sus facultades[3].

---

1 De Trazegnies (2004: 33).

2 León Barandiarán (1954: 58).

3 Giorgi (1911: 39).

Es indiscutible que la voluntad es un fenómeno interno, desconocido por el mundo exterior al individuo. Decía bien Stolfi que la voluntad por sí no es más que un hecho psicológico que no puede comprobarse ya que pertenece a la interioridad del alma y es susceptible de continuas variaciones[4]. No obstante, la voluntad es considerada el fundamento de los actos jurídicos y es que, como anota Cornejo, es el elemento principal de la declaración de voluntad[5].

La voluntad es así un fenómeno que la ciencia del derecho no puede conocer y, a la vez, el núcleo de los actos de derecho. Veremos en párrafos posteriores como esta aparente contradicción es atenuada por la noción jurídica de la declaración de voluntad.

No considero necesario ni pertinente intentar definir la voluntad, porque este concepto no pertenece a la teoría jurídica. En consecuencia, debemos limitarnos a entender la noción de voluntad según la acepción que comúnmente se le da, vale decir, en relación con la facultad de querer.

No obstante ello, conviene referirse a un concepto que la doctrina suele utilizar: la voluntad jurídica. Aguiar la define como la voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue derechos[6]. En general puede decirse que se trata de la voluntad jurídicamente relevante. Veremos que este concepto está íntimamente vinculado al de la declaración de voluntad.

La voluntad del individuo tiene estrecha vinculación con su libertad. Podría afirmarse que para el derecho, la voluntad del hombre se extiende hasta el límite de su propia libertad, o lo que es lo mismo, que las limitaciones que el derecho establece a la libertad del ser humano están dirigidas a restringir el ejercicio autónomo de su voluntad. En consecuencia, la autonomía de la voluntad del hombre es para el derecho un supuesto de hecho, una premisa de la que parte, para regular su ejercicio en función del interés general.

El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento del derecho de los actos jurídicos. Es definido por Spota como aquel que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear efectos jurídicos sin sobrepasar el ordenamiento coactivo[7]. De la Puente lo define como el principio según el cual se reconoce a la persona el poder de crear obligaciones[8].

Conviene anotar que Stolfi ha afirmado que el querer significa elegir, primero entre obligarse o no y después en qué condiciones ha de obligarse[9]. Este criterio

---

4 Stolfi (1959: 5).

5 Cornejo (1937: 229).

6 Aguiar (1950: 46).

7 Spota (1975: 20).

8 De la Puente y Lavalle (1984: 52).

9 Stolfi (1959: 5).

ha sido desarrollado por la doctrina del derecho contractual para distinguir entre dos libertades que integran el principio de la autonomía de la voluntad, distinción esta que puede ser extendida a todas las declaraciones de voluntad relevantes para el derecho. Podemos así hablar de la libertad de formular o no una declaración de voluntad, que llamaremos «libertad de declarar», y la de determinar el contenido y la forma de la declaración de voluntad, que podemos denominar «libertad de declaración». Volveremos sobre esta distinción en el capítulo segundo.

b. Actos voluntarios: manifestación de voluntad

El derecho, como sistema teórico, divide los hechos atendiendo a un criterio tan simple como arbitrario: de un lado están los hechos que no son relevantes para el derecho y, del otro, los hechos jurídicamente relevantes, que pueden ser llamados hechos jurídicos. Enneccerus define los hechos jurídicos como aquellos que tienen importancia o eficacia jurídica y que por sí o junto con otros determinan un efecto jurídico[10].

Según la clasificación de los hechos jurídicos que hizo Vélez Sarsfield en las notas del Código Civil argentino[11], puede distinguirse entre los hechos jurídicos humanos —o actos— y los que tienen un origen distinto de la actividad del ser humano. Los actos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios según se originen o no en la voluntad del hombre. El acto voluntario de mayor relevancia para el derecho es la manifestación de la voluntad.

Decíamos en la introducción, que las instituciones que integran la teoría del acto jurídico no son más que la versión relevante para el derecho de fenómenos cuya existencia no depende de la ciencia jurídica ni de las leyes sino de la actuación de la voluntad humana. Así, la declaración de voluntad como institución jurídica es una elaboración teórica en base al acto voluntario que conocemos como manifestación de voluntad.

Es conveniente señalar desde ahora que el término manifestación de voluntad designa a dos conceptos distintos que es necesario diferenciar. En efecto, desde la perspectiva del individuo que manifiesta su voluntad, será un proceso que se inicia cuando la voluntad queda formada en su mente y culmina cuando esta queda totalmente exteriorizada. En cambio, para el mundo exterior al individuo, este proceso no es susceptible de ser conocido, sino únicamente presumido a partir de la percepción de una «voluntad declarada», esto es, de una determinada intención revelada por la conducta del declarante. Es así que el mundo exterior conoce una

[10] Enneccerus (1935: 7).

[11] Hemos seguido la versión resumida que recoge Boffi (1979: 163).

voluntad declarada y a partir de ella supone todo un proceso de formulación de la manifestación de voluntad.

Si aceptamos que la preocupación del derecho se dirige fundamentalmente hacia lo externo, vale decir, hacia lo conocible por el mundo exterior, resulta evidente que es la segunda concepción de la manifestación de voluntad, que la define como una intención revelada por la conducta del declarante, la que en principio es relevante para la teoría del acto jurídico.

c. Noción jurídica de la declaración de voluntad

Diez-Picazo ha anotado que la declaración (de voluntad) es la propia voluntad en su revelación exterior[12]. No le falta razón, pero tampoco a Albaladejo cuando afirma que la voluntad no es elemento del acto ni forma parte de la declaración de voluntad[13]. El derecho considera una declaración de voluntad a la voluntad declarada susceptible de generar confianza en el mundo exterior, pero esto por presumirse que tal voluntad declarada se origina en una intención seria y libre del declarante, exteriorizada correctamente a través de un proceso normal y voluntario. A esta suposición puede denominársele «presunción de idoneidad» de la declaración de voluntad.

Es necesario tener presente que la declaración de voluntad, para ser considerada como tal, es interpretada por quien la recibe y sometida a un examen de razonabilidad y confiabilidad. En la interpretación se tienen en cuenta las circunstancias concretas, tanto personales como de tiempo y de lugar, que norman el contexto de la declaración, con el fin de determinar el sentido de la misma y si ésta puede ser atribuida a la voluntad del declarante. Así, cuando resulta evidente la falta de seriedad de una expresión, es también evidente que no se trata de una declaración de voluntad.

Si de la manifestación se infiere indubitablemente una voluntad jurídica razonable y confiablemente atribuible al declarante, la declaración de voluntad queda amparada por la presunción de idoneidad. Es mediante esta presunción que el derecho supera la aparente contradicción entre el reconocimiento de la voluntad como fuente de los efectos jurídicos y la imposibilidad de conocer la interioridad del individuo: la voluntad jurídicamente relevante será la voluntad declarada, siempre que esté destinada a generar efectos jurídicos y que la declaración de voluntad pueda ampararse en la presunción de idoneidad.

---

[12] Diez-Picazo (1974: 107).

[13] Albaladejo (1989: 169).

En conclusión, puede decirse que las declaraciones de voluntad relevantes para el derecho son aquellas que, en relación a las circunstancias, revelan razonablemente una voluntad de generar efectos jurídicos atribuibles al declarante, quedando amparadas por una presunción de idoneidad.

Conviene advertir desde ahora que una declaración de voluntad jurídicamente relevante podría no revelar la voluntad real del declarante. La teoría del acto jurídico ha previsto estas situaciones desarrollando determinadas instituciones que se vinculan con esta realidad. Pero, es evidente que también estas declaraciones de voluntad son en principio protegidas por la presunción de idoneidad. Por eso, Danz afirma que la declaración de voluntad es la conducta que, según la experiencia del comercio social y apreciando las circunstancias, permite ordinariamente inferir la existencia de una determinada voluntad, aunque en el caso concreto resulte falsa esta deducción[14].

d. Declaración de voluntad y acto jurídico

Vidal afirma que la declaración de voluntad no es solo un requisito para la validez del acto jurídico sino que es el acto jurídico mismo[15]. Y no le falta razón, pues entre los conceptos de declaración de voluntad y acto jurídico no existen sino determinados requisitos que al concurrir hacen de la declaración de voluntad un acto jurídico. Estos requisitos pueden variar según lo que la ley pueda prever, pero en doctrina existe cierto consenso en requerir la capacidad de ejercicio del declarante, objeto posible, fin lícito y forma prescrita o no prohibida por la ley.

Dice bien Messineo que la declaración de voluntad es el elemento fundamental del negocio jurídico[16]. La concurrencia de los elementos que la ley exige la hacen apta para producir efectos jurídicos. De ahí que podamos definir el acto jurídico como una declaración de voluntad en aptitud de producir efectos jurídicos.

2. Fundamentos teóricos de los vicios de la declaración de voluntad

Definidos los conceptos de declaración de voluntad y acto jurídico, nos aproximaremos al estudio de los vicios de la declaración de voluntad a partir de un análisis general de las declaraciones de voluntad impropias, como fundamento de los vicios de la declaración de voluntad.

---

[14] Danz (1955: 18-19).

[15] Vidal (1985: 83).

[16] Messineo (1979: 359).

a. La presunción de validez de la declaración de voluntad y las declaraciones de voluntad viciadas

Decíamos que la voluntad jurídicamente relevante es la voluntad declarada, esto es, aquella que el mundo exterior puede conocer. Así, León Barandiarán afirma que ningún acto tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifieste[17]. No obstante, como señala Messineo, el que la declaración sirva para que la voluntad sea conocible, presupone que exista una voluntad como sustrato de la declaración[18], que le sirva de base, en palabras de Oertmann[19]. La declaración de voluntad revela al mundo exterior una voluntad jurídica que, según las circunstancias, es razonablemente atribuible al declarante, pero no absolutamente confiable, por lo que da origen a la presunción de que la voluntad declarada es la voluntad real del declarante. Será entonces la voluntad declarada la que determine los efectos jurídicos que generará una declaración de voluntad. Resulta evidente que esta presunción es a la vez necesaria y razonable.

Pero como anota Renard, en virtud de una presunción se tiene por probado un hecho simplemente probable[20]. Así, es claro que cabe la posibilidad de que la presunción de idoneidad no se verifique en los hechos, vale decir, que la voluntad declarada no corresponda a la voluntad real del individuo a quien se le atribuye. Dice Enneccerus que la celeridad del tráfico jurídico exige que la declaración de voluntad susceptible de ser conocida exteriormente sea válida y eficaz, aunque no medie voluntad alguna o que la declaración no tenga el contenido que corresponde a la voluntad[21].

El derecho no puede ser ajeno a esta realidad. Si la presunción a la que nos referimos no admitiese prueba en contra, el individuo podría quedar encadenado a una declaración de voluntad solo aparente, y tendría que honrar una supuesta promesa que no le es propia. Es así que la teoría del acto jurídico debe incorporar determinadas instituciones que permitan al individuo demostrar la impropiedad de la declaración que se le atribuye. Se trata entonces, como afirma Arias Schreiber, de una presunción *juris tantum*[22].

Estas declaraciones de voluntad solo aparentes, pueden ser denominadas declaraciones de voluntad impropias. Considero adecuado este término porque hace referencia a dos caracteres que son fundamentales en la conceptualización

---

[17] León Barandiarán (1954: 58).

[18] Messineo (1979: 359).

[19] Oertmann (1933: 232).

[20] Renard (1947: 106).

[21] Enneccerus (1935: 54).

[22] Arias Schreiber (1980: 458).

de estas situaciones. De un lado, la declaración de voluntad es impropia por ser inadecuada y, de otro lado, por no corresponder al declarante, vale decir, por no serle propia. Veremos que en estos casos, por excepción, la voluntad meramente interna del individuo, distinta de la declaración de voluntad, puede adquirir relevancia para el derecho.

b. Las teorías sobre la discrepancia entre la declaración y la voluntad

Conviene detenerse brevemente en el estudio de las teorías que definen el problema de las declaraciones de voluntad impropias en función de una dicotomía entre declaración y voluntad, sosteniendo la necesidad de optar por el predominio de alguno de estos elementos, o de asumir una posición ecléctica en función de los criterios de la responsabilidad y la confianza. Casi todos los juristas modernos que han estudiado la declaración de voluntad se ocupan de estas teorías y definen su posición al respecto.

La teoría que sostiene el predominio de la voluntad es llamada también subjetiva, y afirma su vinculación con el derecho francés. A la teoría que sostiene el predominio de la declaración se le suele llamar objetiva, y se aduce que fue introducida por el derecho alemán. Para atenuar estas posiciones extremas se introducen las teorías de la responsabilidad y de la confianza, que son en realidad criterios moderadores de la rigidez de las primeras, vinculándolas con la conducta del declarante y del receptor de la declaración, respectivamente. La mayoría de los juristas modernos optan por las posiciones intermedias.

No creo necesario extenderme en el desarrollo de estas teorías que son ampliamente conocidas y tratadas por el grueso de la doctrina[23]. En cambio, considero ineludible dar una opinión acerca de estas teorías a partir del problema que, para la teoría del acto jurídico, constituye la existencia de declaraciones de voluntad impropias.

Son varias las limitaciones teóricas y prácticas que estas teorías han tenido que enfrentar, en su afán de aportar una solución al problema de las declaraciones de voluntad impropias. Considero que estas limitaciones son consecuencia de la asunción de una serie de premisas inexactas, que han determinado una confusión del verdadero problema que debe interesar a la teoría del acto jurídico.

En primer lugar, no es cierto que el derecho francés, ni el derecho alemán, ni ningún otro derecho nacional, asuman una posición tan extrema como sostener el predominio de la declaración o de la voluntad sobre el otro elemento. Nadie ha puesto en discusión que la voluntad es el fundamento de los actos jurídicos y

[23] Véase un completo estudio en Ferrara (1960: 1-40), y otro muy claro en Alfaro (1985: 41-57).

que esta solo es jurídicamente relevante cuando se manifiesta en una declaración de voluntad. Es verdad que el Código Civil alemán, promulgado casi un siglo después del Código francés, representó un avance en la teorización de este principio, pero no es menos cierto que este ya se encontraba invívito en el Código de Napoleón.

Como anota Alfaro, el Código francés da decisiva importancia a la voluntad, pero para que produzca efectos jurídicos exige que se exteriorice[24]. De la misma manera, en el Código alemán se establece que en la interpretación de la declaración de voluntad debe investigarse la voluntad real del individuo y no atenderse al sentido literal de la expresión[25]. Como admite Spota, un estudio atento de la legislación y de la jurisprudencia nos demuestra que no existe tanto distanciamiento entre el Código francés y el BGB; y sigue diciendo que en última instancia podría hablarse de eclecticismo o de un punto de llegada armonioso[26].

De otro lado, convengo con Lohmann en que la locución alternativa —voluntad o declaración— distorsiona las ideas, pues así como la declaración sola es ineficaz, tampoco la voluntad autónoma puede ser reconocida por el derecho[27]. Bien dice Albaladejo, que aunque la declaración y la voluntad son distinguibles conceptualmente, las dos forman una unidad —la declaración de voluntad— que es el elemento del negocio, elemento que no puede subsistir sin la unión de ambos[28].

No se trata entonces de buscar una discrepancia entre la voluntad y la declaración o entre la voluntad interna y la voluntad real, porque este planteamiento, al forzar una dicotomía, exige la comparación de un concepto jurídico —la declaración de voluntad— con un elemento que por sí solo no tiene relevancia para el derecho —la voluntad interna—. El verdadero problema que enfrenta la teoría del acto jurídico es que una declaración de voluntad, considerada por el derecho como revelación de la voluntad del individuo, protegida por una presunción fundada en su razonabilidad y confiabilidad, no satisface en el caso concreto esta presunción de propiedad. De ahí que se considere que la cuestión relevante para la teoría del acto jurídico no es una discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino la presunción de propiedad de una declaración de voluntad impropia.

---

[24] Alfaro (1985: 43).

[25] Numeral 133.

[26] Spota (1975: 252).

[27] Lohmann (1986: 81).

[28] Albaladejo (1989: 169).

c. Vicios de la declaración de voluntad

Decíamos que una declaración de voluntad es impropia cuando revela una voluntad solo aparentemente atribuible al declarante. Así, una declaración de voluntad impropia lo es con prescindencia de las razones que motivaron la impropiedad, pues lo que en principio interesa al derecho es la no verificación de la presunción de idoneidad de una declaración de voluntad. No obstante, es evidente que las razones o motivos de la impropiedad tienen enorme importancia en la determinación de la existencia de una declaración de voluntad impropia, de la relevancia jurídica de esta impropiedad y del tratamiento que le dará el derecho.

En efecto, veremos más adelante que, en cuanto a las declaraciones de voluntad impropias, se tiende a conciliar las exigencias de la lógica con las de la práctica constituyendo al interesado en árbitro para decidir el destino del negocio[29]. Esto hace especialmente relevante la evaluación de la conducta del propio declarante para determinar la responsabilidad que pueda haber tenido este en la impropiedad de su declaración.

Así, se hace necesario distinguir entre los motivos que pueden determinar la formulación de una declaración de voluntad impropia, en función de la responsabilidad que pueda haber tenido el declarante en tal anomalía. Distinguiremos así, como lo hace Coviello[30], aquellas situaciones motivadas por una conducta conciente o culposa del declarante, de aquellas otras situaciones que se originen sin mediar culpa o intención del declarante.

Entre las primeras podemos citar la falta de seriedad, la reserva mental y la simulación. Conviene desde ahora aclarar, que el estudio de estas situaciones no ha sido considerado en este ensayo. Por el contrario, son las otras situaciones, cuyo origen no puede atribuirse a la intención o culpa del declarante, las que son materia de este estudio, verdaderas instituciones jurídicas a las que genéricamente denominamos vicios de la declaración de voluntad.

3. Delimitación conceptual de los vicios de la declaración de voluntad

Hemos visto que una declaración de voluntad puede ser impropia por distintos motivos, algunos de los cuales son considerados jurídicamente relevantes al reunir determinados elementos. Salvat agrupa estas instituciones en el concepto de «vicios de los actos jurídicos» que define como las distintas causas por las que

[29] Stolfi (1959: 169).

[30] Coviello (1959: 297).

la ley les priva de eficacia jurídica[31]. Es este el género próximo de los vicios de la declaración de voluntad, del que se distinguen por su carácter involuntario.

Habiendo ubicado a los vicios de la declaración de voluntad en el contexto de la teoría del acto jurídico, estamos en posición de identificar los elementos que los hacen relevantes para el derecho, a partir de los cuales delimitaremos el concepto genérico de estas instituciones. Antes, desarrollaremos algunas cuestiones preliminares con relación a la importancia de definir este concepto en función de sus elementos genéricos.

Conviene anotar desde ahora que los vicios de la declaración de voluntad que han merecido la atención del derecho con el error, la ignorancia, el temor, el error en la declaración y la omisión en la declaración. La noción elemental que todos tenemos de estos fenómenos nos permite reservar su definición para cuando los estudiemos en particular.

a. Consideraciones preliminares

El análisis de las declaraciones de voluntad impropias hace evidente la imperfección del sistema teórico de los actos jurídicos. Pone de manifiesto que las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes no son plenamente confiables, lo que en alguna medida resiente la coherencia teórica del sistema, generando cierta inseguridad en el tráfico jurídico.

Anotan Schaber y Rohwer que el derecho contractual está destinado a proteger las expectativas razonables de las partes en un pacto, y que no puede darse esta protección si la parte que no esté complacida con el negocio, puede liberarse de este con solo clamar «error»[32]. Borda, a su vez, afirma que la teoría de los vicios del consentimiento parte de una idea falsa, porque generalmente llevamos a cabo negocios bajo la presión de nuestras necesidades o sin haber podido estudiar las consecuencias, y que si estas fueran causas de nulidad casi todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción[33].

Si se prescinde del análisis de las declaraciones de voluntad impropias en su relación con la autonomía de la voluntad, las críticas a la teoría de los vicios de la declaración de voluntad son comprensibles y aún lógicas. Pero, si se admite que es la voluntad el fundamento de los actos jurídicos, y que la declaración de voluntad es relevante por presumirse su idoneidad, resulta evidente que el derecho debe conceder al presunto declarante de una voluntad inexistente la

---

[31] Salvat (1964: 519).

[32] Schaber y Rohwer (1983: 143).

[33] Borda (1970: 499-500).

oportunidad de demostrar el carácter viciado de su declaración. Existen una serie de situaciones extremas —como la del deudor que hipoteca su casa por mil en garantía de una deuda de cien— ante las cuales ninguna crítica a esta teoría puede encontrar asidero.

No obstante, considero que los cuestionamientos a la teoría de los vicios de la declaración de voluntad, han tenido el mérito de poner en evidencia la necesidad de establecer ciertos requisitos, que limiten el ámbito de aplicación de estas instituciones a aquellas situaciones en que verdaderamente encuentren justificación. De allí la importancia de establecer los elementos que deben concurrir, para que los vicios de la declaración de voluntad adquieran relevancia jurídica.

b. Elementos generales

Lohmann ha afirmado que no interesa tanto saber qué es el error como entender cuándo estima la ley que hay error, coincida o no la solución legal con la opinión general[34]. Extendiendo esta afirmación al género de los vicios de la declaración de voluntad, diremos que, dada la noción elemental que todos tenemos de estos fenómenos, es necesario identificar los elementos que deben concurrir, para que sean considerados como instituciones jurídicas. Es evidente que el individuo que impugna una declaración aduciendo un vicio, debe demostrar la concurrencia de estos elementos, salvo cuando sea favorecido por una presunción legal[35].

Los elementos generales de los vicios de la declaración de voluntad son el carácter determinante de la impropiedad, la excusabilidad por el declarante y la responsabilidad del receptor. Conviene también referirse a otros elementos tratados en doctrina, como son la no asunción del riesgo del vicio y la existencia de un perjuicio económico. Explicaremos en qué consisten:

Carácter determinante del vicio

El vicio debe ser determinante de la impropiedad, es decir que debe existir una relación de causalidad entre el vicio y la impropiedad de la declaración de voluntad. Así, si en la donación de un caballo la impropiedad consiste en haberlo denominado «Arabul» cuando su nombre era «Albur», podrá aducirse error en la denominación,

---

[34] Lohmann (1986: 338).

[35] Las presunciones legales consisten en la asunción de la veracidad de un hecho por la verificación de otro que generalmente supone la veracidad del primero. Ante la imposibilidad de conocer el lado interno de los actos voluntarios, la teoría del acto jurídico emplea estas instituciones de técnica jurídica en situaciones donde las circunstancias permiten suponer la verificación de un determinado hecho. Estos criterios objetivos invierten la carga de la prueba en situaciones donde la demostración es especialmente difícil. Véase Hedemann (1931) y Geny (1925).

pero no omisión en la declaración. Tampoco podría el comprador de una licuadora argüir que la adquirió intimidado por un vecino que había amenazado con destruir su grabadora, pues decididamente una cosa no determina la otra.

En consecuencia, el individuo que impugna por un vicio una declaración que se le atribuye, debe señalar en qué consisten la impropiedad y el vicio, a efectos de determinar si este puede ser considerado la causa de aquella.

Conviene advertir que es común hallar en la legislación normas que permiten presumir la existencia del nexo de causalidad en función de criterios objetivos referidos a la calidad de las partes y a las circunstancias de tiempo y de lugar. Volveremos oportunamente sobre estas presunciones.

Excusabilidad del vicio

Habíamos anotado que la responsabilidad que le puede corresponder al declarante en la impropiedad de la declaración es especialmente relevante para el derecho. De ahí que si el vicio es consecuencia de su culpa o grave negligencia, este no pueda aducir a su favor la impropiedad por él causada. Se exige así la excusabilidad del vicio.

El derecho positivo suele no referirse de manera expresa a este elemento, pero es evidente que es implícitamente exigido por las legislaciones, y ha sido constantemente citado como un requisito en la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en materia de error[36], aunque veremos que es también exigible en los demás vicios. Puede adelantarse lo escrito por Boffi sobre el error provocado o dolo: si el engaño es facilitado por la negligencia del individuo, la ley no amparará el error porque ello significaría proteger la propia torpeza de la víctima[37]. En cuanto al temor, debe recordarse la exigencia de que sea racional y fundado, lo que implícitamente requiere una conducta diligente del declarante. Volveremos sobre este elemento al estudiar en particular cada uno de los vicios.

Responsabilidad del receptor

Puig Peña ha escrito que la buena fe en la contratación y la seguridad en la palabra ajena, exigen que sea protegido quien, dadas las circunstancias de la declaración, no tenía motivos para dudar de su conformidad[38].

Acaparando esta confianza que puede generar una declaración de voluntad jurídicamente relevante, se exige que el receptor de la declaración haya conocido de la existencia del vicio o que al menos haya estado en aptitud de conocerla.

---

[36] Véase Rugiera y Aguiar (1950: 271, 145).

[37] Boffi (1979: 464).

[38] Puig Peña (1958: 516).

Es evidente que este requisito se cumple cuando el propio receptor ha sido el causante del vicio, como en el caso del error y el temor provocados; pero será necesario explicar su aplicación en el caso de los vicios que denominaremos «espontáneos», a través del criterio de la conocibilidad.

La conocibilidad de la impropiedad es la susceptibilidad de que sea conocida. Se exigirá así que el receptor de la declaración haya estado en aptitud de conocer la existencia de la impropiedad que permite intuir la presencia del vicio. Se observa que este requisito está basado en la más obvia justicia[39], y que virtualmente anula las críticas que pueden hacerse a los vicios de la declaración de voluntad fundadas en la protección que merece la confianza del receptor de la declaración pues, como indica León Barandiarán, existiría en esas situaciones una culpa in contrahendo de la otra parte[40]. Conviene anotar que en la conocibilidad suele adoptarse un criterio objetivo basado en un arquetipo jurídico de conducta[41]. Volveremos sobre la conocibilidad al tratar cada uno de los vicios llamadas «espontáneos» o simples.

No asunción del riesgo del vicio

El tema de la localización del riesgo del vicio ha sido desarrollado principalmente por la doctrina anglosajona, en relación con el error espontáneo. No obstante, no es extraño encontrar en la doctrina juscivilista afirmaciones —como la que hace Enneccerus— con relación al error en las cualidades esenciales, cuando anota que si las partes están de acuerdo en no atribuir importancia a una cualidad o la consideran incierta, es que quieren asumir el riesgo, y en estos casos ha de excluirse la impugnación[42]. Es el caso de la venta de un cuadro atribuido a Picasso; si el comprador declara expresamente que la autenticidad de la pintura es incierta, no podría después aducir error al comprobar que la obra no es del pintor catalán, aunque efectivamente lo hubiese adquirido con esa idea. Habría asumido el riesgo del vicio.

---

[39] La expresión es de Williston (1937: 4399). El derecho anglosajón, que acoge fundamentalmente el error mutuo en los contratos, ampara el error unilateral cuando este fuese conocible por la otra parte en el negocio. Véase también Schaber y Rohwer (1983:149).

[40] León Barandiarán (1983: 174).

[41] Los arquetipos jurídicos de conducta son modelos de comportamiento que elabora la técnica jurídica en función del proceder que debe tener el hombre promedio en sus relaciones jurídicas, y que sirven como punto de comparación de la actuación de un individuo en una situación concreta. Su contenido suele reservarse al criterio del juez, aunque se entiende que reúne determinadas virtudes como la prudencia, la buena fe, la diligencia y la razonabilidad. Pueden ser generales —como el bonus patter familiae del Derecho Romano— o referirse a una virtud especialmente relevante en una determinada situación, como un hombre diligente, un hombre prudente, un hombre razonable, etcétera.

[42] Enneccerus (1935: 195).

La localización del riesgo del vicio no ofrece mayor dificultad cuando es asumida de manera expresa por el declarante, salvo en cuanto debe ser manifestada explícitamente, de manera que constituya una verdadera asunción del riesgo, y no una renuncia a la acción por vicio de la declaración de voluntad. En efecto, debe evitarse que con el pretexto de una asunción expresa del riesgo se esté encubriendo una renuncia anticipada del declarante a la acción que la ley le confiere, especialmente en situaciones donde actúa bajo una presión exterior.

Pero la doctrina norteamericana prevé además el caso de una asunción «tácita» del riesgo del vicio, cuando el riesgo es razonablemente localizado en una de las partes de acuerdo a las circunstancias[43]. Posner anota que, en estas situaciones, el asunto es determinar cómo distribuyeron las partes el riesgo del suceso imprevisto, descomponiendo el contrato en dos pactos distintos; uno en cuanto a la transferencia del bien y otro en cuanto al riesgo de esta transferencia[44]. En el derecho civil podría citarse el caso de una venta a satisfacción del comprador, que queda perfeccionada con la declaración de conformidad del adquiriente. ¿Podría después el mismo comprador aducir que el bien era distinto al que pretendió adquirir? ¿No habría asumido implícitamente el riesgo del vicio? De otro lado, ¿no podría decirse que un criterio similar es el que impide amparar el temor que produce la amenaza del ejercicio regular de un derecho?

Definitivamente el tema merece un estudio minucioso que excede los límites de este trabajo. No obstante, parece evidente que en determinadas circunstancias el derecho no puede considerar relevante un vicio cuando el riesgo de su ocurrencia fue asumido indubitablemente por el propio declarante.

Existencia de un perjuicio económico

Antes de proceder a definir el concepto genérico de los vicios de la declaración de voluntad, es conveniente referirse a otro elemento que un sector de la doctrina ha considerado relevante para determinadas situaciones; me refiero a la necesidad de la existencia de un perjuicio económico. Considero que los fundamentos teóricos de estas instituciones, que han sido expuestos en las páginas precedentes, son suficientes para demostrar que no existe ninguna razón para exigir la concurrencia de este elemento. Sin embargo, parece evidente que la existencia de un grave perjuicio económico puede ser un importante indicio de la existencia de un vicio de la declaración de voluntad. Nos referiremos a esta vinculación al tratar de la lesión.

---

[43] Schaber y Rohwer (1983: 150).

[44] Posner (1973: 83).

c. Concepto genérico de los vicios de la declaración de voluntad

Afirmábamos en la introducción que los vicios de la declaración de voluntad son situaciones que impiden la correcta formulación de la declaración de voluntad.

Hemos visto que la declaración de voluntad jurídicamente relevante está protegida por una presunción de idoneidad, no obstante lo cual pueden ocurrir determinadas situaciones que determinen su impropiedad. Decíamos que la impropiedad de una declaración de voluntad puede deberse a distintas causas, algunas de las cuales son involuntarias, y se denominan vicios de la declaración de voluntad cuando reúnen determinados elementos.

Anotábamos que tales causas deben ser determinantes de la impropiedad, que no deben ser atribuibles a culpa o negligencia del declarante, y que este no debe haber asumido el riesgo de su ocurrencia. Finalmente, hemos afirmado que es necesario que pueda considerarse que el receptor de la declaración haya estado en aptitud de conocer tal impropiedad.

Resumiendo lo expuesto podemos definir, genéricamente y en sentido técnico, los vicios de la declaración de voluntad, como las causas motivas involuntarias de la impropiedad notoria de una declaración de voluntad. Conviene anotar que en la inteligencia de este concepto deben considerarse los elementos generales que han sido enunciados.

4. La lesión como solución a las declaraciones de voluntad viciadas

La lesión en los actos jurídicos puede ser definida como el perjuicio que sufre el promitente de una prestación que es notoriamente inequitativa al momento de su celebración. No es posible referirse a esta institución sin mencionar la polémica de raíces filosóficas que su incorporación ha generado entre los juristas.

Entre quienes admiten su inclusión, se discute si debe comprender toda desproporción objetiva o si debe limitarse a las situaciones donde ha mediado una conducta dolosa del beneficiario de la inequidad.

La doctrina moderna combina ambos factores, es decir, el objetivo de la inequidad y el subjetivo del aprovechamiento. Así, afirma Moisset de Espanés, existe lesión cuando una persona aprovecha la necesidad, ligereza o inexperiencia de otra, para obtener una prestación que está en evidente desproporción con su contraprestación[45].

[45] Moisset de Espanés (1979: 209).

Un sector de la doctrina ha vinculado la lesión a la teoría de los vicios de la voluntad. Aunque algunos juristas han sostenido que la lesión es un vicio autónomo, dice bien Morixe, los autores se inclinan más por aceptar que la lesión proviene de un vicio del consentimiento más que de un vicio en sí misma[46].

a. La lesión como expresión de un vicio de la declaración de voluntad

Colin y Capitant opinan que la lesión no es tanto un vicio especial de la voluntad como la revelación de uno de los vicios que ya conocemos, el error o la coacción[47]. Giorgi afirma que la lesión representa una presunción legal de error, de violencia o de dolo, y que solo en virtud de este carácter produce la rescisión del contrato[48]. Similar era la opinión de Josserand[49].

La doctrina moderna ha criticado este planteamiento desde diversas perspectivas. No obstante, varios códigos se adscriben a esta posición, aunque vinculan expresamente la lesión a la condición personal del promitente al momento de la celebración del acto, especialmente al estado de necesidad[50].

De la Puente llega a la conclusión que el fundamento de la acción por lesión se encuentra en un nuevo vicio de la voluntad derivado de su situación de necesidad, que lo lleva a admitir que es considerado como oneroso un contrato que en realidad no lo es[51]. Adscribiéndonos a esta posición, hemos opinado que el estado de necesidad puede constituir un vicio de la voluntad autónomo, que puede determinar la aceptación de una prestación lesiva[52]. Asimismo, de Trazegnies ha escrito que la lesión equivale a un vicio de la voluntad, pero no en el plano del ser sino del deber ser, ya que existe voluntad; pero, en los hechos, no debería haber existido[53].

Sin embargo, no debe cuestionarse que la lesión puede también hallar su origen en otro vicio de la declaración de voluntad. En efecto, si se da el caso de un acto lesivo para uno de los promitentes, no parece lógico privarlo de la acción por lesión, aduciendo que el perjuicio proviene, por ejemplo, de un error y no de un estado de necesidad.

---

[46] Morixe (1929: 173).

[47] Colin y Capitant (1924: 582).

[48] Giorgi (1911: 61).

[49] Josserand (1950: 78-79).

[50] Así, el Código alemán (artículo 138), el Código argentino (artículo 954), el Código italiano (artículo 1448), el Código suizo (artículo 21), el Código peruano (artículo 1447), entre otros.

[51] De la Puente y Lavalle (1984: 177).

[52] Amado (1984: 40 y ss.).

[53] De Trazegnies (2004: 28).

Es evidente que un acto lesivo puede hallar su origen no solo en un estado de necesidad, sino también en el error, la ignorancia, el temor provocado e inclusive en el error o la omisión en la declaración. Más aún, puede provenir de cualquier vicio de la declaración de voluntad que no esté previsto en la legislación, lo cual hace aun más importante su aplicación general.

De otro lado, dadas las dificultades de probanza que tienen los vicios de la declaración de voluntad, resulta evidente la gran utilidad práctica que tendría en estos casos la lesión, especialmente a través de su criterio objetivo.

En consecuencia, opino que el ámbito protectivo de la lesión debe extenderse a todos los casos donde pueda presumirse que el perjuicio económico haya sido causado por un vicio de la declaración de voluntad.

b. La lesión es aplicable a todos los actos jurídicos

La lesión suele vincularse al derecho de los contratos. En efecto, siendo el contenido patrimonial un elemento esencial de los contratos, va a determinar una importancia singular de esta institución.

Sin embargo, un vasto sector de la doctrina y las legislaciones, consideran que la lesión debe en principio aplicarse a todos los actos jurídicos[54]. León Hurtado opina que siendo el ideal de la legislación lograr el máximo de justicia en los actos que celebran los particulares, la lesión debería aceptarse como una institución aplicable a todos los actos jurídicos, pues restablecería el equilibrio en las prestaciones cada vez que fuese necesario[55].

Si la lesión es en sí la revelación de un vicio de la declaración de voluntad, que puede presentarse en cualquier acto jurídico, parece obvio que el ámbito de su aplicación debe extenderse a todas las declaraciones de voluntad en aptitud de generar efectos jurídicos, salvo en aquellos casos donde sea incompatible con la naturaleza del acto.

Algunos autores como Carranza[56] y Moisset de Espanés[57] consideran que la lesión es aplicable únicamente en los actos bilaterales. Tal posición se vincula a una concepción de la lesión como la comparación entre las prestaciones correspondientes a quienes celebran el acto jurídico. No obstante, es evidente que, así como en cualquier acto jurídico se puede incurrir en un vicio de la declaración de voluntad, tal vicio puede determinar la aceptación de una prestación notoriamente lesiva.

---

[54] Así el Código alemán (numeral 138), el Código argentino (artículo 954), el Código chino (artículo 74), el Código suizo de las obligaciones (artículo 21), entre otros.

[55] León Hurtado (1952: 295).

[56] Carranza (1971: 297).

[57] Moisset de Espanés (1979: 213).

Es así que, en principio, puede existir lesión en cualquier acto jurídico oneroso y debe encontrar amparo en todos los casos.

c. Soluciones jurídicas a la lesión

Finalmente, conviene advertir que no existe consenso en la doctrina sobre los remedios jurídicos que deben concederse al promitente de una prestación lesiva. No obstante, puede decirse que en general se opta por la privación de los efectos del acto impugnado o la rectificación de la declaración lesiva.

En cuanto a la rectificación, conviene remitirse en general a lo expresado con relación a la rectificación del acto viciado, agregando que en el caso de la lesión se concede al juez la facultad de reducir la prestación inicua.

El debate doctrinario es mayor en cuanto a la privación de los efectos jurídicos del acto. Se discute si es un caso de nulidad absoluta[58], de anulabilidad[59] o de rescisión[60]. Es evidente que la rescisión es sugerida por quienes consideran la lesión como una institución privativa de los contratos.

En cuanto a la nulidad, se vincula con la concepción del acto lesivo como un acto contrario a las buenas costumbres o con fin lícito. No obstante, admitida la vinculación de la lesión y los vicios de la declaración de voluntad, la anulación del acto lesivo aparece como la solución más idónea, especialmente teniendo en cuenta las ventajas prácticas de esta institución, tan vinculada al principio de seguridad jurídica.

En conclusión, las soluciones más apropiadas para los actos lesivos coinciden con los remedios jurídicos de los actos viciados, vale decir, la anulación del acto y su rectificación, debiendo además tenerse en cuenta la solución complementaria de la indemnización.

Finalmente, es justo recordar cierta relación entre el tema que nos ocupa y la propuesta que hizo Manuel Augusto Olaechea en el seno de la comisión revisora del proyecto de Código Civil de 1932. El texto del artículo propuesto por Olaechea que debía ser incluido entre las normas referidas a los vicios de la voluntad, es el siguiente:

> Artículo […]. Si las obligaciones de una de las partes están fuera de toda proporción con la ventaja que retira del contrato, o con la prestación de la otra, y según las circunstancias hubiere motivo fundado para estimar que el consentimiento

---

[58] Así el Código alemán (numeral 138), el Código argentino (Artículo 954), entre otros.

[59] Así, el Código suizo (artículo 21), el Código libanés (artículo 214), el Código chino (artículo 74), el Código etíope (artículo 1710), entre otros

[60] Así, el Código boliviano (Artículo 561), el Código italiano (Artículo 1448), el Código mexicano (Artículo 17), el Código peruano (Artículo 1447), entre otros.

> no fue libremente prestado, el juez puede, a instancia de la parte lesionada, anular el contrato.
>
> La acción de nulidad debe intentarse en el plazo de un año del día del contrato.
>
> Esta acción es inadmisible si el demandado promete una indemnización adecuada a criterio del juez[61].

Sin ánimo de discrepar con la posición que sustentó Olaechea setenta años atrás, consideramos más bien que el tema fundamental en una situación de lesión no es si el consentimiento fue o no libremente prestado, como en el caso del temor por intimidación. En ese sentido, el problema es el mismo en cualquier situación en la que pueda advertirse una discrepancia entre la declaración de voluntad y la voluntad de un declarante razonable. Desde ese punto de vista, una redacción más apropiada dentro de las teorías que adoptó nuestro Código Civil de 1984:

> Artículo […]. El acto jurídico también es anulable cuando el declarante haya asumido una obligación notoriamente inicua, siempre que, en relación al contenido de la declaración, a las circunstancias del acto y a la calidad de las partes, pueda presumirse que la declaración lesiva resulta de la existencia de un vicio de la declaración de voluntad.

Se trata obviamente de una situación extraordinaria en la que el declarante, atado en principio a una declaración claramente lesiva, pueda verse aliviado de la carga de probar la existencia de un vicio, dentro de la posición objetivo-subjetiva que adopta nuestro código en materia de lesión enorme. Evidentemente, será el criterio del juzgador el que evalúe los elementos propuestos, a fin de permitir una solución concreta en situaciones en las que pueda reclamarse la existencia de un vicio pero la prueba resulte poco menos que imposible.

5. A manera de conclusión

La seguridad jurídica obliga a que se presuma que las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes son en principio válidas. Es entonces cuando la carga de probar la discrepancia entre el contenido de la declaración y la voluntad de declarante recae inevitablemente en este último. Sin embargo, por excepción, existen situaciones en las que la declaración de voluntad viciada se hace evidente por la existencia de un perjuicio económico notorio para el declarante. Es en ese supuesto, que el derecho de los actos jurídicos debe recurrir al desarrollo teórico de la lesión contractual, que permite en circunstancias extraordinarias que sea

[61] Citado por De la Puente y Lavalle (1984: 181).

el juzgador quien determine si la inequidad es de tal proporción que permita presumir que existe una declaración de voluntad viciada.

No es este concepto uno que vaya a resolver todos los casos en los que existe un vicio en la declaración de voluntad. Pero evidentemente es un avance, si se considera que serán aquellos casos notoriamente lesivos para el declarante los que ameritarán que se distribuya la carga de la prueba entre este y el receptor de la declaración. Es cierto, no puede el derecho acercarnos al entendimiento de la voluntad interna del individuo, pero si le corresponde garantizar que la teoría de los actos jurídicos permita al individuo acceder a soluciones más prácticas, al menos en aquellos casos en los que razonablemente deba concluirse que la declaración de voluntad se encuentra viciada.

Bibliografía

Aguiar, Henoch
1950 *Hechos y actos jurídicos*. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Albaladejo, Manuel
1989 *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

Alfaro, Luis
1985 *Los vicios de la voluntad*. Tesis de Bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Amado Vargas, José Daniel
1984 «El Estado de Necesidad como vicio de la voluntad». *Thémis Revista de Derecho*, Segunda Época. Número 1. Lima.

Arias Schreiber, Max
1980 «Disposiciones generales de los contratos: Anteproyecto». En *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Boffi, Luis M.
1979 *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.

Borda, Guillermo
1989 Manual de Derecho Civil, Parte General. Buenos Aires: Perrot.

Carranza, Jorge
1971 «El Vicio de la Lesión en la Reforma del Código Civil». En *Examen y Crítica de la Reforma del Código Civil.* Tomo I. La Plata: Editora Platense.

Colin, Ambrosio y Henri Capitant
1924 Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III. Madrid: Reus.

Cornejo, Angel Gustavo
1937 Código Civil: Exposición Sistemática y Comentarios. Tomo I. Lima: Libería e imprenta Gil.

Coviello, Nicolás
1959 Doctrina general del Derecho Civil. México: Uteha.

Danz, Erich
1955 *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

De la Puente y Lavalle, Manuel
1983 «La Lesión». *Derecho* Nº 37. Lima.
1984 *Estudios del Contrato Privado.* Tomo I. Lima: Cultural Cuzco.

De Ruggiero, Roberto
1950 *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Madrid: Reus.

De Trazegnies Granda, Fernando
2004 «El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre». *Thémis Revista de Derecho* Nº 49, Lima.

Diez-Picazo, Luis
1974 *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tomo I. Madrid: Civitas.

Enneccerus, Ludwig
1935 «Derecho Civil: parte general». En Enneccerus, Kipp y Wolf. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch.

Ferrara, Francisco
1960 *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid.

Geny, Francisco
1925 *Métodos de interpretación y fuentes del Derecho positivo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Giorgi, Giorgio
1911 *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación.

Hedemann, Wilhelm
1931 *Las presunciones en el Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Josserand, Louis
1950 *Derecho Civil.* Tomo I, Volumen I. Buenos Aires: Bosch.

León Barandiarán, José
1954 *Comentarios al Código Civil Peruano*. Tomo I. Buenos Aires.
1983 *Curso de Acto Jurídico*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

León Hurtado, Avelino
1952 *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lohmann, Juan Guillermo
1986 *El Negocio Jurídico*. Lima: Ediciones Studium.

Messineo, Francesco
1979 *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones del País.

Moisset de Espanés, Luis
1979 *La Lesión en los Actos Jurídicos*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Morixe, Horacio
1929 *Contribución al estudio de la lesión.* Buenos Aires: La Facultad.

Oertmann, Paul
1933 *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Labor.

Posner, Richard
1973 *An Economic Analysis of Law*. Boston: Addison-Wesley.

Puig Peña, Federico
1958 *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Salvat, Raymundo
1964 *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Tomo II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Schaber, Gordon y Claude Rohwer
1983 *Contracts*. St. Paul: West Publishing Company.

Spota, Alberto
1975 *Instituciones de Derecho Civil: Contratos*. Volumen I. Buenos Aires: La Ley.

Stolfi, Guisseppe
1959 *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Renard, Georges
1947 «El Derecho, la justicia y la voluntad». En *Introducción Filosófica al estudio del Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Desclée.

Vidal, Fernando
1985 *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco.

Williston, Samuel
1910 *A Treatise on the Law of Contracts*. Volumen 5. New York: Baker, Voorhis & Co.

GARANTÍA MOBILIARIA PRECONSTITUIDA Y GARANTÍA A *NON DOMINO*

*Francisco Avendaño Arana**

Para mí es un honor participar en una obra que tiene por objeto rendir un merecido homenaje a Fernando de Trazegnies.

Fernando de Trazegnies es mucho más que un notable jurista. Se trata de un abogado con bastos conocimientos de historia, filosofía, lengua, literatura y economía.

Fernando de Trazegnies es un jurista en el cabal sentido de la palabra. Es una persona versada en derecho en general. Sus conocimientos abarcan distintas áreas, como el derecho civil, filosofía del derecho, historia del derecho, derecho internacional y arbitraje.

Cuando se me invitó a escribir un artículo para Fernando de Trazegnies, se me pidió que el tema estuviera relacionado con el derecho civil. Teniendo en cuenta esto, y mi cercanía con los derechos reales, me pareció conveniente escribir sobre una nueva figura que rompe con moldes y patrones clásicos y pretende revolucionar las garantías en el Perú: la garantía mobiliaria. Porque si algo tiene Fernando de Trazegnies, es la de ser una persona sumamente imaginativa e innovadora, sin miedo a las tradiciones, un verdadero revolucionario del derecho.

Introducción

En el Perú nunca ha existido un verdadero sistema de garantías. En materia mobiliaria, había prendas en función del deudor o del acreedor, prendas con entrega o sin entrega del bien afectado, con o sin registro, prendas para bancos o para determinados sectores económicos. En fin, un sinnúmero de prendas sin mucha

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Bancario en Boston University, Estados Unidos. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados.

coherencia entre ellas. De otro lado, las normas legales protegían al deudor, por considerarlo la parte débil de la relación jurídica, cuando en realidad había que proteger al acreedor, pues este es el que otorga el crédito. La prohibición del pacto comisorio es un ejemplo de estas normas. Por último, los costos de las prendas eran sumamente altos. La identificación del bien, el acceso al registro, la ejecución, entre otros, generaban costos excesivos que en última instancia desincentivaban y encarecían el crédito.

La ley 28677 creó la garantía mobiliaria y derogó las distintas prendas que existían en la legislación peruana. Muchas críticas se le pueden hacer a la Ley de la Garantía Mobiliaria (LGM), pero lo que es indiscutible es que la garantía mobiliaria es sumamente novedosa y ha revolucionado el sistema de garantías en el Perú. Varios de los principios y características de las garantías clásicas —prenda e hipoteca— provenientes del derecho romano han sido dejados de lado. La LGM ha reducido al mínimo las garantías sobre bienes muebles, pone énfasis en el acreedor y abarata la constitución de la garantía y su ejecución.

En el presente artículo comento dos instituciones previstas en la LGM: la garantía mobiliaria preconstituida y la garantía a *non domino*. Haré un comentario exegético de los artículos de la LGM relativos a la garantía mobiliaria preconstituida y a la garantía a *non domino*.

La garantía mobiliaria preconstituida

> *Artículo 20. Garantía mobiliaria preconstituida*
> *Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos:*
> *1. Sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.*
> *2. Sobre bien mueble futuro, antes de que exista.*
> *3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.*
> *En los casos mencionados, deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada.*

La garantía preconstituida es aquella por la que se afecta un bien que no es del constituyente[1] o la que recae sobre un bien futuro o la que asegura el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales. Es preconstituida en el sentido que su eficacia está sujeta a que el constituyente adquiera la propiedad del bien, llegue a existir el bien o se contraiga la obligación futura o eventual.

[1] El constituyente es la persona, sea el deudor o un tercero, que constituye la garantía mobiliaria.

Nada impide que una persona que no es propietaria de un bien lo afecte en garantía o que la garantía esté relacionada con un bien que no existe o que asegure el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales. En todos estos casos, la garantía es válida, y por tanto existe, aunque no tenga eficacia.

Con respecto a la garantía preconstituida de bienes ajenos, uno de los requisitos de la prenda clásica era que el constituyente fuera el propietario del bien. Se trataba de un requisito de validez del derecho real de prenda, por lo que la prenda de un bien ajeno era una garantía inválida.

En la hipoteca, la propiedad del constituyente todavía es hoy un requisito de validez de la garantía, conforme lo establece en el inciso 1 del artículo 1099 del Código Civil.

Apartándose de las garantías clásicas, la LGM no exige como requisito de validez de la garantía mobiliaria, que el constituyente sea el propietario del bien mueble. Más bien, permite que la garantía recaiga sobre un bien ajeno. En consecuencia, la relación jurídica derivada de una garantía constituida por quien no es propietario del bien es válida.

El inciso 1 del artículo 20 de la LGM señala que puede preconstituirse la garantía sobre un bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera «la propiedad» de dicho bien mueble. La norma identifica bien ajeno con aquel que no es de propiedad del constituyente. El dueño del bien afectado es un tercero, distinto del constituyente de la garantía. La norma es criticable porque podría ocurrir que lo que se afecte en garantía no sea el derecho de propiedad de un bien ajeno, sino algún otro derecho del cual el constituyente no sea titular, como por ejemplo el derecho de usufructo.

De otro lado, la referencia «antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble» es innecesaria porque si la garantía se constituye cuando el constituyente ya es propietario del bien, no estaríamos en presencia de una garantía mobiliaria preconstituida sino de una que produce plenos efectos.

Con relación a la garantía preconstituida de bienes futuros, la prenda clásica gozaba del llamado principio de especialidad, el cual adoptaba dos formas: especialidad en cuanto al bien y especialidad en cuanto al crédito. Por la primera se entendía que la prenda debía recaer sobre bienes muebles determinados y existentes. No había prenda sobre bienes futuros. Por la segunda, que la prenda debía garantizar el cumplimiento de obligaciones determinadas o determinables y que el gravamen debía ser igualmente de cantidad determinada o determinable.

La especialidad también es una característica de la hipoteca. De ello dan cuenta los artículos 1100 y 1106 —especialidad en cuanto al bien— y 1099, incisos 2 y 3 —especialidad en cuanto al crédito— del Código Civil.

Se ha discutido mucho sobre la hipoteca de bienes futuros, en particular la de departamentos en planos. Algunos estimaban que la hipoteca no podía constituirse por ser los departamentos en planos bienes futuros. Otros opinaban que sí eran posibles tales hipotecas, siempre que estuvieran sujetas a la condición suspensiva de que el bien llegara a existir. En el ámbito registral, esta última posición es la que ha primado, según se puede apreciar de la directiva registral 002-2003-SUNARP/SN[2].

El inciso 2 del artículo 20 de la LGM dice que se puede preconstituir la garantía sobre bien mueble futuro «antes de que exista». Esto último es obvio, porque si el bien existe ya no es futuro. Sin embargo, en este caso la referencia «antes de que exista» sí parece necesaria ya que no existe en la LGM una definición de bien futuro, y como se sabe, existe discusión acerca del concepto de bien futuro.

En efecto, el significado de bien futuro no es unívoco. Para algunos los bienes futuros son aquellos bienes existentes que no se han integrado al patrimonio de una persona. Son los bienes ajenos, los que pertenecen a otro. Son futuros para el constituyente de la garantía en el sentido que no son de su propiedad. Para

---

[2] Antes de culminar con la construcción de un edificio, e inclusive antes de su inicio, se puede anotar preventivamente en los Registros Públicos la predeclaratoria de fábrica (documento que describe la edificación que se construirá en el futuro). Además de la predeclaratoria, se debe anotar el prerreglamento interno del edificio. Estando vigente la anotación de la predeclaratoria de fábrica y del reglamento interno, se pueden preindependizar las unidades inmobiliarias proyectadas (los futuros departamentos) y extender «asientos de compraventa, cesión de derechos u otros análogos permitidos por ley en calidad de anotaciones preventivas». Así lo señala el artículo 100 del decreto supremo 008-2000-MTC.

Desde la promulgación del decreto supremo 008-2000-MTC existió discrepancia a nivel registral sobre la posibilidad de anotar hipotecas en partidas preindependizadas. Algunos registradores sostenían que «otros análogos» no comprendía asientos de hipoteca, porque según el artículo 1106 del Código Civil no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros. En otras palabras, siendo los proyectados departamentos de un edificio bienes futuros (porque todavía no existen), no cabe constituir hipoteca sobre ellos. Otros registradores consideraban, en cambio, que la hipoteca podía constituirse al amparo del artículo 1105 del Código Civil, sujeta a la condición de que el bien (el departamento) llegara a existir.

La directiva 002-2003-SUNARP/SN zanja la discrepancia en el ámbito registral, pero es cuestionable. Según el citado artículo 1106 del Código Civil, no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros. Si bien el artículo 1105 del Código Civil permite que se constituya hipoteca bajo condición. Sin embargo, una hipoteca sujeta a condición es aquella cuya eficacia depende de un acontecimiento futuro e incierto. La hipoteca existe pero no produce efecto, hasta que se verifique la condición. Y allí nos topamos con el artículo 1106 del Código Civil. La prestación materia de una obligación creada por un contrato puede versar sobre bienes futuros, siempre que no haya una prohibición establecida por la ley (inciso 1 del artículo 1409 del Código Civil). En el caso de la hipoteca, hay prohibición expresa para hipotecar bienes futuros.

Más allá de lo cuestionable de la directiva 002-2003-SUNARP/SN, ella establece una suerte de hipoteca preconstituida, específicamente con relación a un bien inmueble futuro.

otros, bienes futuros son aquellos bienes que no existen actualmente, pero que pueden llegar a existir.

Para el Código Civil peruano, bien futuro es aquel que no existe. Si bien el Código Civil no define lo que son bienes futuros, a propósito del «objeto del contrato», el inciso 1 del artículo 1409 dice que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Para la LGM, bien futuro también es aquel que no existe. No obstante que la LGM tampoco define lo que es bien futuro, a propósito de la garantía preconstituida, en el caso de bienes futuros, el inciso 2 del artículo 20 identifica bien futuro con bien inexistente. Además, para la LGM los bienes ajenos son distintos a los futuros, pues ellos son tratados en forma independiente en el inciso 1 del artículo 20.

Con relación a la garantía preconstituida para asegurar obligaciones futuras o eventuales, la prenda clásica permitía que se afectara un bien en garantía de una obligación futura o eventual. En el caso de la hipoteca, hay norma expresa en tal sentido (artículo 1104 del Código Civil). Las garantías en respaldo de obligaciones futuras o eventuales no son pues una novedad en el sistema legal peruano.

La obligación futura y la obligación eventual son obligaciones inexistentes. La diferencia entre una y otra es que en la futura está previsto el nacimiento de la obligación. Existe una relación previa que hace previsible el nacimiento de la obligación futura. Es el caso de la obligación de pagar el precio en un contrato definitivo de compraventa. La relación previa es el compromiso de celebrar el contrato de compraventa definitivo. En la obligación eventual también existe una relación contractual previa, pero la obligación puede o no existir. Un ejemplo de obligación eventual es el posible saldo deudor de una cuenta corriente.

En los tres casos de garantía mobiliaria preconstituida, debe dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía del carácter ajeno o futuro del bien mueble o de la naturaleza futura o eventual de la obligación garantizada. Así lo dispone el último párrafo del artículo 20 de la LGM. Si no se deja constancia ¿es inválido el acto jurídico constitutivo de la garantía preconstituida? Estimo que no.

Se debe dejar constancia en el acto jurídico constitutivo del carácter ajeno o futuro del bien o de la naturaleza futura o eventual de la obligación garantizada, para que la garantía preconstituida se inscriba y los terceros puedan saber que se trata de una garantía preconstituida cuya eficacia está condicionada. Pero para que nazca la relación jurídica entre las partes derivada de una garantía preconstituida, no es necesario que se deje constancia en el acto jurídico constitutivo. En otras

palabras, si no se deja constancia en el acto constitutivo de la garantía preconstituida de la naturaleza ajena o futura del bien, o de la obligación futura o eventual, la garantía preconstituida es válida, aunque sin eficacia frente a terceros.

Puede ocurrir, en el caso del bien ajeno, que el acreedor garantizado no sepa que el bien es ajeno y a pesar de ello la garantía subsiste, siempre que tenga buena fe (artículo 24 de la LGM). En esta eventualidad, el acreedor podría pedir la anulación del acto por error. Sin embargo, si el acreedor recibe una garantía preconstituida y sabe que el bien es ajeno, pero tal circunstancia no se consigna en el acto constitutivo, la garantía preconstituida existe y produce efecto, al menos en la relación entre las partes.

La constancia que se debe poner en el acto constitutivo de la garantía preconstituida no tiene por objeto regular la relación entre el constituyente y el acreedor garantizado, sino exclusivamente la oponibilidad frente a terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si no se deja constancia en el acto jurídico constitutivo del carácter ajeno o futuro del bien o de la naturaleza futura o eventual de la obligación, la garantía preconstituida no se podrá inscribir como tal en el registro mobiliario de contratos o en el registro jurídico de bienes, según sea el caso, pues el artículo 81 del reglamento de las inscripciones del registro mobiliario de contratos, aprobado por resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N 142-2006-SUNARP-SN, exige para efectos registrales que en el título se señale expresamente la causal que sustenta la garantía preconstituida.

> *Artículo 21. Eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida*
> *La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas:*
> *1. Tratándose de un bien mueble ajeno, a que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.*
> *2. Tratándose de un bien mueble futuro, a que el bien mueble llegue a existir.*
> *3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación.*

Como se ha mencionado, el acto jurídico constitutivo de una garantía preconstituida es válido. Sin embargo, para que produzca efecto, es decir para que la garantía tenga eficacia, se debe producir lo siguiente: en el caso de la garantía sobre un bien mueble ajeno, el constituyente debe adquirir la propiedad del bien; en el caso de un bien mueble futuro, el bien debe llegar a existir; y, en el caso de una obligación futura o eventual, la obligación debe contraerse.

Jurídicamente, la garantía preconstituida queda sujeta a la condición suspensiva de que ocurra alguno de los tres eventos, según sea el caso. Se trata de

una condición impuesta por la ley, de la llamada *condicio iuris*. Y es suspensiva, porque queda en suspenso la eficacia de la garantía hasta que se produzca alguno de los tres eventos.

Cuando se verifica el evento y como consecuencia de ello la garantía preconstituida adquiere eficacia, debe inscribirse tal circunstancia en el registro correspondiente[3]. La LGM no lo exige expresamente, pero el inciso 1 del artículo 32 de la norma señala que son inscribibles los actos relativos a la eficacia de la garantía. Parecería entonces que para la LGM debe inscribirse el acto relativo a la eficacia, con el objeto que los terceros sepan que se verificó la condición y que por tanto la garantía tiene eficacia.

La exigencia de la inscripción del acto relativo a la eficacia podría presentar problemas de carácter operativo, pues el constituyente de la garantía podría no suscribir los documentos necesarios para la inscripción. Este inconveniente ha sido abordado por el reglamento de inscripciones del registro mobiliario de contratos. Según el artículo 82 de esta norma, en el caso de garantías preconstituidas sobre bienes muebles ajenos o sobre bienes muebles futuros —si se trata de un bien inscribible en el registro jurídico de bienes— se tiene por cumplida la condición con la inscripción del bien a favor del constituyente ante dicho registro, trasladándose la garantía preconstituida del registro mobiliario de contratos al registro jurídico de bienes. Si la garantía se refiere a un bien que no se inscribe en el registro jurídico de bienes, el constituyente de la garantía debe presentar un formulario aseverando su condición de propietario o la calidad de bien existente, según corresponda, en cuyo caso el registrador otorga eficacia a la garantía. En el caso de obligaciones futuras o eventuales, adquiere eficacia la garantía con la inscripción de todas las obligaciones, acreditadas mediante su determinación en el formulario respectivo. Dicho formulario puede ser otorgado únicamente por el acreedor si fue expresamente facultado para ello en el acto constitutivo de la garantía preconstituida.

¿Qué sucede si se cumple la condición pero tal circunstancia no se inscribe en los registros públicos? Pues la garantía no tendrá eficacia frente a terceros.

> *Artículo 22. Prelación de la garantía mobiliaria preconstituida*
> *Para surtir efectos frente a terceros, la garantía mobiliaria preconstituida deberá inscribirse en el registro correspondiente. Una vez adquirida su plena eficacia, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de la inscripción en el registro correspondiente. Los efectos retroactivos no perjudican los derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble ajeno afectado en garantía mobiliaria.*

[3] El registro correspondiente es el registro jurídico de bienes o el registro mobiliario de contratos, según se trate de bienes muebles registrados o no registrados.

Para que la garantía mobiliaria preconstituida surta efecto frente a terceros, debe inscribirse en el registro correspondiente. Una vez que obtiene eficacia, ya sea porque el constituyente adquiere la propiedad del bien o porque el bien afectado llega a tener existencia o porque se contrae la obligación futura o eventual, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de inscripción en el registro correspondiente. Así lo dispone el artículo 22 de la LGM.

Hay, si se quiere, dos momentos a nivel registral. En un primer momento, se inscribe la garantía preconstituida. El efecto de esta garantía queda subordinado al cumplimiento de la condición —adquisición del bien, existencia del mismo o nacimiento de la obligación—. En un segundo momento, se inscribe el cumplimiento de la condición. A partir de ese momento, la garantía adquiere eficacia retroactiva desde la fecha de inscripción de la garantía preconstituida en el registro correspondiente. En estricto, los efectos se retrotraen a la fecha y hora en que ingresó el formulario de inscripción de la garantía preconstituida al registro correspondiente, porque conforme al artículo 37 de la LGM, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora de presentación del título correspondiente. Es decir, verificada la condición, la garantía produce efecto desde que se inscribió —fecha y hora de presentación— la garantía mobiliaria preconstituida.

La verificación del evento que hace que la garantía preconstituida adquiera eficacia debe inscribirse en el registro correspondiente porque a través de la inscripción, que se presume conocida sin admitirse prueba en contrario (artículo 38 de la LGM), los terceros toman conocimiento de la eficacia de la garantía preconstituida.

La necesidad de la inscripción del cumplimiento de la condición se puede apreciar, por ejemplo, cuando un mismo bien es objeto de una garantía preconstituida y luego de una garantía mobiliaria. Producido el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien para cobrarse la deuda. Sin embargo, si la garantía preconstituida hubiera obtenido eficacia, el acreedor garantizado, que tiene segundo rango, debe consignar el importe total de la venta del bien a la orden del juez. ¿Cómo sabe el acreedor garantizado que la garantía preconstituida había adquirido eficacia? Pues con la inscripción de la realización del evento que hace que la garantía preconstituida adquiera su plena eficacia.

El artículo 22 de la LGM señala que los efectos retroactivos de la garantía no perjudican los derechos que hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía. La norma se pone en el supuesto de una garantía preconstituida sobre un bien ajeno y antes de que el constituyente adquiera la propiedad del bien —y se inscriba la adquisición en el registro

correspondiente—, el propietario otorga un derecho respecto del mismo bien. La norma no se pone en el supuesto de garantías preconstituidas para bienes mueble futuros o de obligaciones futuras o eventuales, porque asume que al no existir bien u obligación, no pueden haber otros derechos en conflicto.

La norma también se pone en el supuesto que sea el propietario quien otorgue un derecho respecto del bien afectado en garantía preconstituida, pero no que un tercero adquiera un derecho sobre el bien, independientemente de la voluntad del propietario. Tal sería el caso de un embargo sobre un bien afectado en garantía mobiliaria preconstituida.

En cualquier caso, estimo que ya sea que se trate del propietario que da en garantía su bien o que sea un tercero quien se lo embarga, la solución debe ser la misma.

Durante el período de pendencia de la condición —adquisición del dominio del bien ajeno—, el propietario puede usar, disfrutar y disponer de su bien. Podría, por ejemplo, darlo en usufructo o afectarlo en garantía mobiliaria. Dichos actos no se ven perjudicados por los efectos retroactivos de la garantía preconstituida.

> *Artículo 23. Falta de perfeccionamiento de la garantía mobiliaria preconstituida*
> *El deudor o el tercero constituyente, en su caso, serán responsables si la garantía preconstituida no llegara a perfeccionarse por causa que le sea imputable.*

La garantía preconstituida puede no llegar a perfeccionarse porque el constituyente no adquiere la propiedad del bien, porque el bien no llega a existir o porque el deudor no contrae la obligación. Veamos ejemplos: se constituye una garantía respecto de un automóvil ajeno y el deudor nunca adquiere el bien; o se constituye sobre un automóvil aún no ensamblado y este nunca llega a ensamblarse; o, se constituye para garantizar una obligación futura de pagar el precio en un contrato de compraventa definitivo y este nunca se celebra. En cualquiera de los tres casos, el deudor o el tercero constituyente, según sea el caso, son responsables, siempre que la falta de perfeccionamiento se deba a causa que les sea imputable.

Se trata, como dice el artículo 23 de la LGM, de un supuesto de responsabilidad subjetiva. El deudor o tercero constituyente serán responsables si la garantía preconstituida no se perfecciona por causa que les sea imputable. Si la garantía no se perfecciona por causa que no les es imputable, no serán responsables. Así, si la obligación futura no llega a contraerse porque el acreedor es el que se rehúsa a celebrar el contrato definitivo de compraventa, el deudor o tercero constituyente no serán responsables.

El acto jurídico constitutivo de la garantía preconstituida puede o no tener plazo para que se verifique la condición. Si tiene plazo y no se realiza la condición dentro del plazo establecido, la garantía queda sin efecto. Podría ocurrir que el plazo no haya vencido, y que aun así resulte imposible que se cumpla la condición. Sería el caso de una garantía preconstituida respecto de un bien ajeno, pero antes de que el constituyente adquiera la propiedad del bien, este se destruye. En tal eventualidad, la prestación a cargo del constituyente deviene en imposible, y por lo tanto también queda sin efecto la garantía preconstituida.

Si la garantía preconstituida no tiene plazo para el cumplimiento de la condición, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse un plazo al deudor, el juez fija su duración, en aplicación del artículo 182 del Código Civil. En cambio, si de la naturaleza y circunstancia del acto se dedujere que no se ha querido conceder un plazo al deudor, la garantía preconstituida estará sujeta indefinidamente a que se cumpla la condición.

Durante el período de pendencia de la condición, esto es, desde que se constituye la garantía preconstituida hasta antes de que se verifique la condición, el acreedor garantizado puede realizar actos conservatorios, como lo señala el artículo 173 del Código Civil. El acreedor garantizado, podría, por ejemplo, realizar gastos de mantenimiento o custodia del bien mueble que aún no le pertenece al constituyente de la garantía mobiliaria preconstituida.

La garantía mobiliaria a *non domino*

> *Artículo 24. Afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho.*
> *Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario.*
> *Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe.*

La garantía mobiliaria a *non domino* es la que constituye una persona que no es dueño del bien que afecta.

En el Perú se ha discutido mucho acerca de la validez de las garantías —prenda e hipoteca— de bienes ajenos. En materia prendaria, el Código Civil (artículo 1072) decía que en caso el bien dado en prenda no fuera del constituyente, el acreedor tenía derecho a que se le entregara otro bien equivalente.

No había en el Código Civil en el título de «prenda» una norma equivalente al artículo 948 (adquisición de la propiedad a *non domino*), como sí la había en el Código Civil de 1936 (artículo 1000). Más bien, el Código señalaba expresamente que era requisito de validez de la prenda que el bien fuera gravado por su propietario, de forma tal que una prenda respecto de un bien ajeno era una garantía inválida.

En materia hipotecaria ocurre algo similar. El Código Civil establece como requisito de validez de la garantía que esta sea constituida por el propietario del bien. La hipoteca de bienes ajenos es inválida, aunque la jurisprudencia está aceptando su validez, al amparo de la fe pública registral, consagrada en el artículo 2014 del Código Civil.

Apartándose de la prenda clásica, el artículo 24 de la LGM señala que «si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario». La norma dice que la garantía no tendrá efectos frente al propietario, pero no que sea inválida. Teniendo en cuenta que la LGM no establece como requisito de validez de la garantía mobiliaria que el constituyente sea el propietario del bien mueble, la relación jurídica derivada de una garantía constituida por quien no es propietario del bien es válida, aunque no produzca efectos.

El artículo 24 de la LGM dice que si el constituyente no es «propietario» del bien mueble o del derecho afectado, la garantía no tendrá efecto frente al «propietario». El constituyente no puede crear, en principio, una garantía sino respecto de un derecho del que sea titular. Usualmente será del derecho de propiedad, y por eso la norma alude a la «propiedad» del bien afectado, pero nada impide que el constituyente sea usufructuario —sin derecho— por ejemplo, y que afecte ese derecho. La norma en comentario hay que entenderla entonces en el sentido que el constituyente no debe ser titular del derecho que afecta. Para que la garantía tenga eficacia, el constituyente debe ser titular del derecho que dispone.

El supuesto de la garantía mobiliaria *a non domino* es distinto al de la garantía mobiliaria preconstituida prevista en los artículos 20 a 23 de la LGM, cuando esta recae sobre un bien ajeno. En este último caso, el constituyente y el acreedor garantizado saben que el bien es ajeno, al punto que en el acto constitutivo de la garantía preconstituida se debe dejar constancia del carácter ajeno del bien mueble (artículo 20 de la LGM). En cambio, en la garantía mobiliaria a *non domino* el constituyente afecta un bien ajeno como si fuera suyo y el acreedor garantizado no sabe, en principio, que el bien era ajeno. Por esta razón, en el acto jurídico constitutivo de la garantía preconstituida no se hace referencia a la calidad ajena del bien mueble.

De otro lado, una garantía preconstituida sobre un bien ajeno tiene eficacia siempre que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien. Es cierto que la eficacia de la garantía se retrotrae a la fecha de inscripción de la garantía en el registro correspondiente, pero ello ocurre en la medida que se verifique la condición. En la garantía a *non domino*, por el contrario, la garantía produce efecto desde que se constituyó, siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. En este último caso, no hay condición que cumplir; no es necesario que el constituyente adquiera la propiedad del bien.

Con respecto a la eficacia de la garantía mobiliaria a *non domino*, el segundo párrafo del artículo 24 de la LGM señala que si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario —o titular del derecho— del bien, pero aparece como tal en un registro de bienes o es legítimo poseedor y no existe un registro que acredite propiedad, la garantía mobiliaria «subsistirá», siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. «Subsistirá» debe entenderse en el sentido que la garantía surtirá plenos efectos.

En el caso de los bienes registrados, el principio de legitimación registral protege al tercero que contrata con el que tiene derecho inscrito. En el caso de los bienes no registrados en los que el constituyente es legítimo poseedor, es la posesión del constituyente lo que protege al tercero. El poseedor es reputado propietario. La presunción es casi absoluta en materia de bienes muebles porque la prueba en contrario es muchas veces imposible. Por eso la presunción legitima al constituyente a otorgar la garantía mobiliaria y en última instancia al tercero a adquirir el derecho.

Respecto del artículo 24 de la LGM, hay dos temas que quiero comentar: la buena fe a propósito de los bienes inscritos en un registro de bienes y el concepto de legítimo poseedor cuando no existe un registro que acredite propiedad.

Con relación a la buena fe, el acreedor garantizado que adquiere una garantía mobiliaria constituida respecto de un bien que no es del constituyente, mantiene su adquisición si tiene buena fe. Esto ofrece algunas interrogantes.

¿Qué es la buena fe? La buena fe consiste en creer que el otorgante con derecho inscrito es el propietario del bien. El registro informa equivocadamente que el constituyente de la garantía es el propietario del bien, cuando en realidad lo es un tercero. La buena fe implica entonces desconocer la inexactitud de la información que publica el registro.

¿Qué tipo de buena fe comprende el artículo? Existen dos tipos de buena fe: la objetiva y la subjetiva. La primera atiende exclusivamente a la información que consta del registro. Es la llamada buena fe registral. No interesa si el adquirente conoce una realidad distinta a la que aparece en el registro. Basta que el registro indique que el constituyente es el propietario, para que el tercero tenga buena fe.

La buena fe subjetiva, por su lado, pone énfasis en la realidad extraregistral. Es la denominada buena fe civil. Sin perjuicio de la información equivocada que brinda el registro, el adquirente debe ignorar que lo publicado es inexacto, debe creer que el constituyente es el propietario.

El tema se ha discutido a propósito del artículo 2014 del Código Civil. Este artículo recoge el principio de fe pública registral y señala 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». La parte final de dicho artículo señala que «la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro», y por eso la jurisprudencia se ha inclinado por interpretar que la buena fe del artículo 2014 del Código Civil es la civil.

Ahora bien, el supuesto del artículo 24 de la LGM es que el constituyente de la garantía mobiliaria no sea propietario del bien mueble. El constituyente puede no ser propietario porque había adquirido el bien en base a un título viciado o porque lo había transferido previamente a un tercero. El primer caso estaría comprendido en el artículo 2014 del Código Civil; el segundo sería un supuesto de concurrencia de acreedores —el dueño sin derecho inscrito versus el acreedor garantizado con derecho inscrito—. El primer caso supone que se anule, resuelva o rescinda el derecho del constituyente de la garantía; el segundo que el tercer adquirente no haya inscrito su adquisición.

Sostengo que en el caso de un título viciado, debe exigirse únicamente la buena fe registral. Ello porque a diferencia del artículo 2014 del Código Civil, el artículo 24 de la LGM no dice que «la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro». Sin embargo, en el caso de una transferencia no inscrita, debe exigirse la buena fe civil. Ello, porque la falta de inscripción del derecho de propiedad del adquirente proviene precisamente de un hecho extraregistral —la falta de inscripción—.

En cualquier caso, el artículo 24 debió precisar si se trataba de la buena fe registral o civil. La protección registral debería aplicarse en su expresión más pura, lo cual debería suponer exigir solamente la buena fe registral. Lo que no aparece en el registro no debería existir para efecto de la protección que ofrece el registro. De no ser así, se devalúa la institución registral, se la debilita, se le quita valor, permitiéndose que prevalezcan derechos por razones extraregistrales.

En el caso de que el constituyente no propietario tenga un título viciado, la buena fe del tercero se extiende a los títulos archivados que dan origen al asiento de inscripción. Siempre a propósito del artículo 2014 del Código Civil, se ha discutido sobre el significado de la frase «causas que no consten en los registros

públicos». Algunos han sostenido que la inexactitud no debe aparecer en el asiento registral. Es indiferente lo que diga el título; si el error no consta del asiento, el tercero queda amparado. Otros han afirmado que el vicio no debe aparecer ni del asiento ni del título archivado que le dio origen. Esta última es la posición que prevalece en la jurisprudencia.

Estimo que la buena fe del tercero no se extiende a los títulos archivados. En primer lugar, porque el artículo 24 de la LGM no hace referencia a «causas que no consten en los registros públicos», como sí lo hace el artículo 2014 del Código Civil. En segundo lugar, porque el principio de fe pública registral que informa el artículo VIII del título preliminar del reglamento general de los registros públicos se refiere a las inexactitudes de los asientos registrales. Ese mismo criterio lo adopta de alguna manera la LGM, ya que al referirse a discrepancias entre el acto inscribible y el asiento electrónico a propósito de la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro mobiliario de contratos (artículo 40 de la LGM), señala que prevalece frente a terceros la información contenida en el asiento registral.

Con respecto a «legítimo poseedor», en el caso que no exista un registro que acredite propiedad, el tercero que recibe el bien en garantía mobiliaria de su legítimo poseedor, adquiere la garantía, así el constituyente no sea propietario del bien, siempre que tenga buena fe.

¿Qué se entiende por «legítimo poseedor»? La norma no se puede referir al poseedor a título de propietario, porque el poseedor no es el propietario del bien. Se trata justamente de una garantía mobiliaria constituida por un *non domino*. La expresión «legítimo poseedor» debe entenderse como aquella posesión que se ha adquirido conforme a derecho. Así, no será «legítimo poseedor» el que se encuentra un bien o se lo roba, pero sí será «legítimo poseedor» el que lo recibe en depósito.

La norma tiene su antecedente en el artículo 948 del Código Civil, que regula la adquisición a *non domino* de la transferencia de propiedad, disponiendo que quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo, salvo el caso de los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. La diferencia con el artículo 948 es que la transferencia de propiedad de un *non domino* supone la entrega del bien, más no en la garantía mobiliaria. En la garantía mobiliaria solo es suficiente que el constituyente haya estado en legítima posesión del bien y que la garantía se inscriba en el registro mobiliario de contratos. No es necesaria la entrega porque la garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble (artículo 3, numeral 3.1, de la LGM).

LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

*Eduardo Barboza Beraún**

> *La voluntad no es causa eficiente ni causa final del derecho: solo es causa instrumental. El derecho domina la voluntad, como todo fin, sus medios, y en consecuencia, es la voluntad que está al servicio del derecho y no el derecho al servicio de la voluntad. El contrato no toma fuerza obligatoria en la voluntad individual, sino en el bien común, de la cual es instrumento*[1].

1. Introducción

Tan controvertida, como antigua[2], es la institución de la lesión, la cual ha tenido tanto defensores como detractores. Al respecto, cabe mencionar las principales razones esbozadas por ambos sectores.

---

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la University of Virginia, Estados Unidos. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Echecopar Abogados.

1 Morixé (1929: 156).

2 Puede decirse que los primeros antecedentes legislativos de la lesión se encuentran en Babilonia (Código de Hammurabi). Sin embargo, la primera forma represiva de la lesión está recién en una constitución de Diocleciano, la cual fue incorporada al Corpus Iuris por Justiniano (la denominada «Ley Segunda»).

El código 4.44.2 disponía lo siguiente: «si tú o tu padre hubierais vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano; o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriese, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero».

Dicho texto, a diferencia de nuestra legislación, como se verá más adelante, solo tomó en consideración para sancionar el acto lesivo, la desproporción entre las prestaciones, pues señalaba que existía lesión cuando la venta excedía de la mitad del justo precio.

Los defensores han dado básicamente las siguientes razones:

a) Mosset Iturraspe[3] afirma que «en los contratos onerosos lo que una de las partes da, hace o deja de hacer, debe guardar armonía o proporción con lo que la otra parte, a su vez, da, hace o deja de hacer».

b) Spota[4], al referirse a que el derecho de los contratos tiende a humanizarse, a sociabilizarse, sin perder por esto el *pacta sunt servanda*, señala que «la fuerza obligatoria no declina como algunos pretenden, sino que asume un carácter mas en armonía con el principio de que los derechos subjetivos y las prerrogativas jurídicas deben ejercerse en función social: el antifuncionalismo, la conducta abusiva y dañosa a la sociedad no puede cobijarse en el concepto de convención-ley[5].

c) Morixe[6] nos hace ver que todo contrato puede ser anulado cuando la voluntad de una de las partes nació viciada, lo cual importa afirmar que todo contrato está sujeto a la prueba de su invalidez, y sin embargo la intranquilidad pública no reina, ni la propiedad se ha desvalorizado por esto.

d) Demogue[7] considera que «la solidaridad social exige cierta igualdad en las prestaciones. Si cada contratante busca realizar un gran beneficio, el derecho no lo puede permitir autorizando la ruina y la miseria de sus co-contratantes».

e) Los Mazeaud[8] opinan que «la ley va en socorro de los mayores de edad en todos aquellos casos en que cabe aplicar al error, al dolo, al temor inspirado en la violencia, debe asimismo socorrerlos cuando las mismas consideraciones se aplican para el caso de la lesión».

Los detractores argumentan esencialmente lo siguiente:

a) Borda[9] considera que «el respeto de los contratos es uno de los principios fundamentales en el que descansa el ordenamiento jurídico […] el deber

---

3 Mosset Iturraspe (1977: 166).

4 Este principio se encuentra recogido por el artículo 1361 del Código Civil, según el cual «los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

5 Spota (1975: 32).

6 Morixé (1929: 160).

7 Demogue (1939: 145).

8 Mazeaud (1960, parte II, volumen I: 256).

9 Borda (1973: 61).

de guardar fielmente la palabra empeñada. La posibilidad de invocar la lesión facilita las argucias de quienes, de mala fe, quieren eludir los compromisos libremente contraídos».

b) En opinión de Vélez Sarfield[10] «el consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos».

c) Sánchez Román[11] se pregunta «¿quién puede y debe conocer el valor y rendimiento de sus cosas mejor que el vendedor?, ¿ni qué juez más competente para apreciar lo crítico o indiferente de su posesión particular? Si vende es porque así le conviene, o porque no encuentra quien le de más; y en tal caso, resulta que ha vendido por lo que entonces valía la cosa».

d) Baudry-Lacantinerie[12], al referirse a la especulación en los contratos, señala que «ellos comportan naturalmente una cierta desigualdad entre los contratantes y por consiguiente una cierta lesión para uno de ellos. Si, en todos los contratos conmutativos, una desproporción cualquiera entre las prestaciones recíprocas de las partes debiera ser considerada como un vicio del consentimiento, la mayoría de los contratos, por no decir todos, serían susceptibles de ser rescindidos».

e) Risolia[13] sostiene que «el jurista debe medir con calma y meditar sobre si, en trance de conjurar la lesión de los patrimonios, no provoca la lesión enormísima del orden jurídico, alcanzado de tal modo en su estabilidad por la convulsión de todo el régimen en que se apoyan los acuerdos voluntarios».

Ante tan sólidos fundamentos de un lado y de otro, no encuentro mejor frase que la expresada por La Jara y Ureta[14] en sesión de la comisión revisora del Código Civil de 1984 (en adelante, el «código»)[15], la cual transcribo a continuación: «Mi espíritu vacila ante las ideas brillantemente expuestas de uno y otro lado. Vacilé siempre que se ha tratado de la lesión. […]. Es una cuestión sumamente difícil. En ambos sentidos se encuentran razones de mucha fuerza».

Sin embargo, aún vacilando al respecto, debe tomarse una posición. Y para ello, no podemos olvidar el propósito del derecho, el cual se puede responder

---

[10] Vélez Sarfeld. Nota al artículo 943 del Código Civil argentino (1975: 227).

[11] Sánchez Román (1899, tomo IV: 199).

[12] Baudry-Lacantinerie (1906, tomo I: 164).

[13] Risolia (1958: 179).

[14] Versión taquigráfica de las actas de la comisión revisora del Código Civil peruano, sesión del 10 de agosto de 1936.

[15] El código entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, derogando el Código Civil de 1936.

contestando a la pregunta ¿para qué existe el derecho?; y no respondiendo a la pregunta ¿qué hace el derecho? Ese propósito o finalidad del derecho siempre ha sido, es y presumiblemente será, alcanzar la justicia. En efecto, en palabras de de Trazegnies[16], «el derecho constituye una permanente y desesperanzada búsqueda de la justicia».

En consecuencia, esta —la justicia— no se puede dar cuando se presenta una lesión en un contrato, pues como indica Sánchez Román[17], «toda lesión practicada conscientemente es un acto de injusticia».

Consideramos que sacrificar la justicia en aras de la seguridad es un despropósito jurídico, pues un derecho injusto es realidad un derecho inseguro. En buena cuenta, no puede existir seguridad jurídica sin justicia. Esto llevado al campo de los contratos puede traducirse en el concepto de justicia contractual —título que por cierto lleva uno de los libros de Mosset Iturraspe[18]—.

Finalmente, no podemos dejar de manifestar nuestra discrepancia con quienes miran la lesión exclusivamente desde el punto de vista económico del derecho, por la sencilla razón de que el análisis económico no puede ser el único método a utilizar, sino tan solo uno más.

Recordemos sino, a Josserand[19] cuando a inicios del siglo pasado recomendó lo siguiente:

> […] conviene ponerse en guardia contra los peligros de *una penetración demasiado profunda* de la economía en el derecho; si el aislamiento del derecho, con relación a la economía política conduciría a asignarle un carácter abstracto y ficticio, como compensación, una relación demasiado estrecha entre ambos produciría el riesgo de hacer caer al derecho en un materialismo sin salida; se convertiría en un simple reglamento de fábrica, en un compendio de ecuaciones, en un cuerpo sin alma; la técnica vencería a la ciencia[20] como la riqueza prevalecería sobre la moralidad. El peligro es real; […] colocado entre el polo moral y el polo económico, el derecho debe resistirse a la atracción *exclusiva* del polo económico; debe seguir siendo la ciencia de lo justo más todavía que el código de la riqueza, porque es, ante todo, un poder moral. (Las cursivas son nuestras).

Probablemente luego de haber sopesado todo lo anterior, los legisladores de códigos civiles recientes decidieron mantener la lesión.

---

[16] De Trazegnies (1978: 148).

[17] Sánchez Román (1899: 199).

[18] Mosset Iturraspe (1977).

[19] Josserand (1950: 12-13).

[20] Hauriou señala que «el reducir el derecho a una técnica equivale a rebajarlo. el vocablo de técnica debe reservarse para ciertos procedimientos de los oficios; pero el jurisconsulto, lo mismo que el escultor o el arquitecto, no debe ser confundido con el practicón, y el derecho no es pura práctica». Hauriou (1927: 824).

Nos referimos, por ejemplo, al moderno Código Civil brasilero (aprobado por la ley 10,406) que entró en vigencia el 11 de enero de 2003[21]; así como al proyecto de Código Civil argentino[22] y al anteproyecto de Pavía[23].

En este orden de ideas, debemos sumarnos al bando de los defensores de la lesión.

2. Definición

En términos generales, puede definirse la lesión como el perjuicio económico que sufre una de las partes en un contrato oneroso producto de la falta de equivalencia entre los valores de las prestaciones al momento de la celebración del mismo, causado por su estado de necesidad apremiante y el aprovechamiento de esa situación al mismo tiempo por parte del lesionante.

---

[21] Artículo 157 de dicho código: «Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiencia, se obriga a prestaçã manifestamente desproporcional ao valor da prestaçã oposta. 1° Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo emque foi celebrado o negócio jurídico. 2° Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do preveito. Al respecto, De Souza apunta que «the new Code also sets forth 'lesion' and 'state of danger' as reasons for annulling contracts. These come into play when one of the parties at the time of contracting is considered weaker than the other, and the stronger party is deemed to have taken advantage of the situation to gain an 'unfair advantage'». De Souza (2003: 6).

[22] El proyecto de reforma del Código Civil argentino fue elaborado por la comisión integrada por los doctores Alegría, Atilio y Jorge Alterini, Méndez Costa, Rivera y Roitman. Artículo 327 de dicho proyecto de código: «Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. La acción solo puede ser intentada por el lesionado o sus herederos.

El actor tiene opción para demandar la invalidez o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transforma en acción de reajuste, si este es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. En este caso debe ser oído el actor.

La adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones, tomando en cuenta la índole del acto, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y la factibilidad de su ejecución. En caso de reajuste se aplica el cuarto párrafo del artículo 1061».

[23] Se trata del anteproyecto de «Código europeo de contratos» elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía, bajo la dirección de José Luis de los Mozos y Agustín Luna Serrano, el cual también regula la lesión en la sección 2, del título XI, del libro primero.

En otras palabras, aún existiendo un contrato por tratarse de un acuerdo entre las partes con un tinte patrimonial en la prestación[24], y siendo además un contrato válido[25] por no presentarse ninguna causal de nulidad[26] o anulabilidad[27] del mismo, los efectos del acto son perjudiciales o injustos para una de las partes, es decir, resulta contrario a derecho.

Cabe recordar al respecto que el antiguo debate de la comisión reformadora del Código Civil de 1852 sobre si la lesión significaba o no un vicio de la voluntad por su parecido al dolo o al error fue ya superado. Sostener hoy lo contrario es un absurdo, simplemente porque la parte lesionada contrata sabiendo perfectamente lo que hace, pero bajo circunstancias muy especiales que no le dejan otra opción. Expresado de otra forma, no se da un error en su voluntad, ni ha sido sorprendida dolosamente por su contra parte.

En efecto, como precisan Castillo y Vásquez[28], «excéntrica a todo vicio de la voluntad, carece de sustento legislar la lesión en el libro de acto jurídico. Tal sería un despropósito legal con consecuencias económicas impredecibles, además, pues los vicios de la voluntad son aplicables a todos los actos jurídicos unilaterales y bilaterales, a título gratuito y oneroso, con contenido patrimonial o sin él».

Pregúntese, entonces, ¿qué sucede con aquel contrato que existe y es válido, pero que sus consecuencias, de ser ejecutado, son perjudiciales o injustas para una de las partes? Recuérdese que la lesión, en palabras de Ripert[29] «tiene en realidad un carácter moral que no puede suprimirse. Se trata siempre de impedir que el contrato realice una injusticia».

¿Será que el ordenamiento jurídico debe quedarse sentado a mirar como se genera esa injusticia, o será más bien que el derecho, cuyo fin supremo es la justicia, debe proveer de armas adecuadas a la parte afectada para impedir que

---

[24] De conformidad con el artículo 1351 del Código, «el contrato *es el acuerdo de dos o más partes* para crear, regular, modificar o extinguir *una relación jurídica patrimonial*». (Las cursivas son nuestras).

[25] Ello se debe a que se cumplen todos los requisitos de validez del acto jurídico previstos en el artículo 140 del Código, que son: (i) agente capaz, (ii) objeto física y jurídicamente posible, (iii) fin lícito, y (iv) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

[26] Artículo 219. El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su fin sea ilícito. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

[27] Artículo 221.- El acto jurídico es anulable: 1. Por incapacidad relativa del agente. 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4. Cuando la ley lo declara anulable.

[28] Castillo Freyre (2004: 95).

[29] Ripert (1964: 175).

se den tales efectos? Téngase en cuenta que, en materia contractual, como opina Cárdenas[30], «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.».

Un hombre de derecho, es decir, un verdadero abogado no puede vacilar al responder estos interrogantes. Todo tipo de aprovechamiento y abuso deben ser siempre condenados y a la vez remediados por el derecho. Los hombres de derecho deben acudir en esta tarea. Caso contrario, se dice que puede llegar a generarse un caos, pues como apunta Durant[31], «cada civilización al crecer es escenario de desigualdades crecientes, hasta que llega a un punto crítico donde los pobres o débiles no tienen nada que perder con la violencia, y el caos de la revolución nivela nuevamente a los hombres en una comunidad de miseria».

Por estas razones, consideramos que el legislador del código hizo bien en optar por regular la lesión en el título IX de la sección primera del libro VII (Fuentes de las obligaciones).

3. Requisitos

Según el artículo 1447 del Código, «la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos».

De dicha definición se desprenden los siguientes requisitos:

a) Contrato oneroso

Hoy en día se entiende que la onerosidad está representada por la reciprocidad de las obligaciones. En efecto, en opinión de Farina[32], «el concepto de obligaciones recíprocas es equivalente al de los contratos onerosos». Como nos hemos pronunciado en un trabajo anterior «la reciprocidad, tal como la entiende el Código Civil, se asienta en una conexión entre las prestaciones, una interdependencia entre las mismas, o correlación de ventajas y sacrificios

[30] Cárdenas Quirós (2005: 268).

[31] Durant (1952: 43).

[32] Farina (1965: 144).

que obtienen las partes, lo que modernamente, se ha pasado a calificar como el contrato oneroso»[33].

En contraposición a los actos onerosos, encontramos a los actos a título gratuito, en donde aparece una prestación sin una contraprestación a cambio. Estos no pueden ser atacados por lesión, sencillamente porque quien otorga una liberalidad no puede sostener luego que ha sufrido un aprovechamiento de la parte contraria. Esta explicación la encontramos en las V Jornadas nacionales de derecho civil[34].

Debe tenerse presente que, desde un criterio de clasificación de los contratos por riesgo, el contrato oneroso puede ser conmutativo o aleatorio. Se entiende por el primero aquel contrato en el que el contenido de las prestaciones es conocida por las partes desde su celebración. Por el segundo, las partes no conocen con exactitud el contenido de al menos una de las prestaciones al momento de la celebración del contrato, pues ello depende de un acontecimiento incierto[35].

Resulta claro que el primer párrafo del artículo 1447 del Código se refiere al contrato oneroso conmutativo[36]. Y con justa razón, el segundo párrafo de dicha norma dispone que también procede la acción por lesión en los contratos aleatorios cuando la desproporción se produce por causas extrañas al alea, similar conclusión a la que se llegó en las XVII Jornadas nacionales de profesores de derecho civil[37].

---

[33] Barboza Beraún (2003).

[34] V Jornadas nacionales de derecho civil. Rosario, 1971.

[35] La incerteza del acontecimiento no debe confundir el contrato aleatorio con el contrato sujeto a condición suspensiva, pues en el primer caso, el contrato genera efectos desde que es concertado, mientras que el segundo requiere que el acontecimiento se verifique en la realidad para empezar a surtir efectos. Dicho de otro modo, el contrato aleatorio es siempre eficaz desde su nacimiento y el contrato sujeto a condición suspensiva es eficaz solo si se verifica la condición en la realidad.

[36] A diferencia del Código Civil de 1936 que reducía la lesión solo para las compraventas de predios rústicos y urbanos, el código la ha extendido a todos los contratos onerosos (entiéndase típicos o atípicos), ya que en la realidad, puede darse lesión en todo contrato oneroso, siempre que se cumplan los requisitos bajo análisis. Ejemplos: préstamos, compraventa de bienes muebles valiosos (joyas, acciones, etcétera), abastecimiento de bienes y servicios, partición de bienes en copropiedad, entre otros. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que el mismo código establece dos supuestos en los que no cabe la lesión. Según el artículo 1455, no procede la acción por lesión en la transacción, ni en las ventas hechas por remate público. Hace bien el texto al prohibir la lesión en un remate público, pues en dicho supuesto se presenta un tercero imparcial que velará por la justicia de dicho remate. Incluso, por esa misma razón, podría haberse contemplado el remate privado. Sin embargo, no estamos de acuerdo con el supuesto de la transacción, pues en ella no interviene ningún tercero, sino tan solo las partes, y en consecuencia, como contrato que es la transacción, no vemos cómo podría afirmarse que en todas ellas, las que además según el artículo 1302 del Código, tienen efectos de cosa juzgada, no podría presentarse un caso de lesión.

[37] XVII Jornadas nacionales de profesores de derecho civil. Santa Fe, Argentina, 1999.

b) Estado de necesidad apremiante del lesionado

Este constituye el primer elemento subjetivo de la lesión. Previamente, conviene aclarar que el estado de necesidad es un requisito fundamental para que alguien contrate, pues precisamente el contrato sirve para satisfacer las necesidades de las partes. Caso contrario, no existirían contratos. En otras palabras, se contrata para satisfacer necesidades, y ello se da con el intercambio de bienes y servicios —y añadiríamos abstenciones cuando se trata de prestaciones de no hacer—.

Ahora bien, en un caso de lesión también hay un estado de necesidad de parte del lesionado, pero no un estado de necesidad cualquiera, pues de ser así estaríamos frente a una contradicción total. En efecto, ¿cómo puede haber lesión en un contrato, si el lesionante solo estaba en estado de necesidad, cuando esto último es el móvil que lleva a las partes a contratar?

Lo que sucede es que dicho estado de necesidad es uno de tipo apremiante. Según el Diccionario de la Real Academia[38], el término 'apremiar' en su primera acepción significa «dar prisa, compeler a alguien a que haga prontamente algo».

Por su parte, Cabanellas[39] señala que el término 'apremiante' significa «de necesidad absoluta. De extrema urgencia».

Se trata, en suma, de la debilidad en el consentimiento de esa parte contratante por la que sufre un daño —es lesionada—. No es, pues, en rigor un consentimiento libre en todo el sentido de la palabra. Téngase en cuenta al respecto, como indica Soto[40] que, «un contrato libremente querido es un contrato justo». Esa libertad, de acuerdo con Vidal[41] «debe entenderse como la espontaneidad en la decisión de celebrar el acto jurídico».

Sucede en buena cuenta que la parte lesionada que se ve apremiada por este estado de necesidad, prefiriendo un mal menor, acepta la oferta de un contrato lesivo, vale decir emite una voluntad no deseada. Siguiendo a Lohmann[42], cabe cuestionarse acerca de la severidad que se exige del estado de necesidad. En ese sentido, convendría evaluarse una calificación no tan estricta como el término 'apremiante'.

Este estado de necesidad apremiante nos empuja a contratar en términos lesionantes, distinto a los demás estados de necesidad en que estamos todos para contratar, y así satisfacer nuestros intereses. Sin duda, será el juez quien determine

---

[38] Drae (Tomo I: 126).

[39] Cabanellas (1989, tomo I: 341).

[40] Soto Coaguila (2002: 211).

[41] Vidal Ramírez (1985: 82).

[42] Lohmann. Memorando remitido a Manuel de la Puente y Lavalle (Comisión de Código Civil: 2).

en cada caso específico si el estado de necesidad del lesionado fue o no realmente apremiante.

De allí que Bullard[43] sostenga que «aunque el código no lo dice expresamente, es claro que la desproporción está en relación de causalidad con el aprovechamiento del estado de necesidad, es decir, la desproporción se origina en que una de las partes la acepta a fin de salvarse del estado de necesidad en que se encuentra».

Siendo ello así, no existe entonces una verdadera voluntad de la parte lesionada. En este sentido, ¿cómo puede decirse que ha nacido un contrato cuando este solo puede darse como consecuencia de un verdadero consentimiento?

Téngase en cuenta que, tal como nos hemos pronunciado en un trabajo anterior, «el consentimiento tiene siempre dos lados íntimamente vinculados y necesarios, uno interno —la voluntad— y otro externo —la declaración—[44]. Parece ser que en un caso de lesión no existe coincidencia entre la voluntad del lesionado y su declaración. Ante la falta de esta coincidencia, resulta difícil sostener que técnicamente se ha aceptado una oferta de contrato. Por lo tanto, no puede existir el acto jurídico (contrato). Nos explicamos: para que una aceptación califique como tal, debe ser congruente con la oferta. Esto quiere decir, que la aceptación tiene que coincidir totalmente con la oferta. Caso contrario, no se generaría el consentimiento, y en consecuencia, no existiría el contrato, pues como indica De la Puente[45] este constituye «la declaración conjunta de voluntad común».

---

[43] Bullard González (2001: 223). A propósito del término «mal samaritano», cabe indicar la opinión de Fried: «*Some bargains*, though they meet all of the tests I have set out so far, *seem just too hard to enforce*. Consider these cases: XI. In *Post v. Jones,* two whaling vessels came upon a disabled third whaler in remote waters some five thousand miles from the nearest port. Being empty themselves, they held an 'auction' and took off the helpless vessel's full cargo of oil at a small fraction of its landed value. The Supreme Court of the United States upset this enforced sale, and limited the two rescuers to the normally allowed fee for salvage. [19 How. (60 U.S.) 150 (1856). Véase el texto de Grant Gilmore and Charles Black, *The Law of Admiralty* ch. 8 (2d ed. Mineola, N.Y., 1975) (esp. §8-1, The Nature of Salvage: What Property May Be Salved, and §8-8, The Salvage Award: How Computed, How Distributed). Véase también 13 Williston §1608 (*Is Persuasion or Pressure of Circumstances Duress?*)] XII. In Batsakis *v. Demotsis,* the defendant, desperate for money soon after the German occupation of Greece, borrowed an amount of Greek currency, which in those chaotic circumstances may have been the equivalent of as little as fifty dollars, against her promise to repay two thousand dollars plus normal interest from funds she controlled in the United States. The Supreme Court of Texas enforced the agreement according to its terms. [226 S.W. 2d 673 (Tex. Civ. App. 1949).] *These bargains are offensive to decency,* and they differ in an important way from those I have just been discussing […]. We may hesitate to grant an affirmative action against one who fails to act as a good Samaritan. *We need not hesitate at all to deny the bad samaritan his unjust profit*» (Fried, 1981: 109). (Las cursivas son nuestras).

[44] Barboza Beraún (2004: 278).

[45] De la Puente y Lavalle (1993, tomo III: 235).

Ello se debe a que el artículo 1359 del Código dispone que «no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones […]».

Al respecto, la exposición de motivos de dicha norma[46] señala que «debe existir plena inteligencia para que se considere generado el contrato, de modo tal que cualquier discrepancia que pudiese existir respecto de sus estipulaciones, aun cuando secundaria, será motivo suficiente para que no se estime celebrado. En resumidas cuentas, la voluntad tiene que ser total o integral y no parcial o fraccionada».

En consecuencia, proteger una desmedida libertad de los contratos podría implicar atentar contra la libertad de una de las partes, pues como apunta Talassano[47], «el estado de necesidad ha de entenderse como una situación que disminuya la libertad de elección y que induzca al sujeto a concluir el contrato; no es necesario que el sujeto esté en estado de indigencia. Tampoco es elemento relevante la escasa potencialidad económica del deudor que se dice lesionado».

Por ello, resultaría ilógico pretender invocarse el respeto ciego del principio *pacta sunt servanda* cuando uno de los contratantes no ha pactado con verdadera libertad.

Cabe precisar que, en nuestra opinión, aún cuando el Código no lo considera expresamente, el estado de necesidad apremiante incluye también el estado de peligro apremiante, por constituir este una forma de estado de necesidad apremiante, donde el lesionado contrata en términos lesivos para evitar un mal mayor, no precisamente por una situación económica inmediata sino por una que concierne a la persona misma, la que podrá también desencadenar un perjuicio económico.

Diferente es el caso de la inexperiencia. Ello se da por no tener información o por falta de destreza o experiencia, ignorancia, o ligereza. Este supuesto no entra en el estado de necesidad apremiante, debido a que todos somos inexpertos en muchos campos, supuesto entonces que sería peligroso por su amplitud.

Más aun, consideramos que se trata de un caso diferente. Si una parte es engañada, puede solicitar la anulabilidad del acto jurídico por dolo. También podría acudir a la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI[48] amparándose en una causal de falta de información adecuada.

---

[46] Revoredo, Delia (compiladora), *Exposición de motivos y comentarios del Código Civil*. Parte III, libro VI: 23.

[47] Cfr. Talassano, en Foro Padano (1946, tomo I: 67).

[48] Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección a la Propiedad Intelectual.

c) Aprovechamiento del estado de necesidad apremiante por parte del lesionante

Se trata del segundo elemento subjetivo de la lesión. La configuración de este requisito es que el lesionante se aprovecha del estado de necesidad apremiante del lesionado. Dicho de otro modo, se beneficia de esta situación.

Refiriéndose a este elemento, Borda[49]destaca que «hablar de explotación no significa que se requiera una verdadera intención de explotar sino que basta conocimiento de la situación que permite capitalizarla en su beneficio». Más aún, Bigliazzi[50] apunta al respecto que se trata de «una condición sicológica de mero conocimiento —mala fe subjetiva— de las circunstancias de las que depende la rescindibilidad del contrato: no se exige un propósito fraudulento de la parte».

Desde luego, debe demostrarse que el lesionante tenía conocimiento del estado de necesidad apremiante del lesionado.

Producto de este aprovechamiento se genera, pues, la desproporción de las prestaciones, lo cual permitirá al juez establecer la procedencia de la rescisión del contrato. En efecto, siguiendo a Zago[51], «de aquel aprovechamiento referido al momento de la celebración, surgirán las enormes diferencias patrimoniales en el análisis cuantitativo de las prestaciones. Se pondrá allí de manifiesto que al no adecuarse las mismas a un patrón equitativo, ha debido existir una causa determinante, que no es otra que el aprovechamiento de las posibilidades fácticas de las partes, una de las cuales esté en posición deficitaria, por su necesidad […]».

Violación del deber de buena fe. Este aprovechamiento del estado de necesidad apremiante del lesionado implica sin duda una violación del deber de buena fe. Más aún, la lesión en sí se inspira en la buena fe.

La buena fe, que constituye la piedra angular de la contratación, se encuentra prevista en el artículo 1362 del Código, según el cual «los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Cabe precisar que la buena fe se manifiesta en dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le denomina «buena fe–creencia». En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto, lo que determina que se le llame «buena fe-lealtad».

---

[49] Borda (2002: 150).

[50] Bigliazzi Lina (1992, tomo I, volumen 2: 1066).

[51] Zago (1981: 181).

La mencionada regla 1362 del Código es una norma jurídica claramente imperativa, clasificación que emana del verbo «deber», cuyo uso por parte del legislador no implica una recomendación o consejo, que al fin y al cabo no es la función de la ley imperativa, sino un mandato legal. Al respecto, refiriéndose a las normas imperativas, Giorgi[52] apunta claramente que «serán imperativas cuando acompañen las palabras bajo pena de nulidad, no podrán, deben u otras equivalentes».

Contravenir dicho dispositivo resulta en una conducta contraria e ilegal, y por tanto, se dice que ello implica actuar de mala fe. En efecto, siguiendo a De los Mozos[53], la mala fe es un concepto puramente negativo que denota ausencia de buena fe. En otras palabras, si no se actúa de buena fe, se está actuando de mala fe.

La primera consecuencia del carácter imperativo del citado artículo 1362 es que las partes no pueden estipular en contra de este. Es ilegal que los contratantes pacten que no procederán de buena fe o que actuarán con mala fe. La segunda consecuencia, y la más importante, es que dado que el referido artículo 1362 tiene carácter imperativo, y por tanto forma parte de todo contrato, debido a un principio de integración contractual cogente, el no negociar, celebrar o ejecutar un contrato de buena fe importa un incumplimiento contractual, con todas las consecuencias legales que este produce.

d) Desproporción entre las prestaciones al momento de la celebración

Este elemento objetivo de desproporción entre prestaciones se da en la fase de la celebración del contrato, a diferencia de la excesiva onerosidad de la prestación, donde uno de sus requisitos es que sea sobreviniente al momento de la celebración. En otras palabras, la lesión se da en la concertación del contrato y no en la ejecución del mismo.

Tal desproporción significa una falta de equivalencia de consideración entre las prestaciones *ab initio o ab origine*.

Dicho desequilibrio manifiesto puede ser evidente o enorme, de allí que el código ha diferenciado dos tipos de lesión: lesión evidente, y lesión enorme; las cuales difieren exclusivamente por la gravedad del elemento objetivo, pues la onerosidad del contrato y los elementos subjetivos deben estar presentes en ambos.

---

[52] Giorgi (1910, volumen I: 286).

[53] De los Mozos (1965: 64).

La presencia de los elementos subjetivos resulta de la mayor importancia, debido a que si solo bastara el desequilibrio patrimonial para alegar la lesión, los pilares de la fuerza obligatoria de los contratos se verían afectados.

Grafiquemos esta afirmación con el siguiente ejemplo: si dos partes celebran un contrato de compraventa de un inmueble a un precio que no resulta ni el 1% de su valor de mercado, sin que se presente el aprovechamiento del comprador del estado de necesidad apremiante del vendedor, no puede existir lesión. Dicho de otro modo, aun configurándose la evidente —más aún chocante— desproporción entre prestaciones, ello no es suficiente para que se presente la figura de lesión. Tal contrato, no solo existirá y será válido, sino que además el comprador podrá solicitar su ejecución forzosa, en base al *pacta sunt servanda*, si más tarde el vendedor pretendiera negarse a cumplir la prestación a su cargo. Siendo ello así, el vendedor caería en causal de incumplimiento si pretendiera negarse a honrar el compromiso asumido[54].

Como se verá a continuación, el legislador dispuso finalmente una fórmula matemática para determinar el elemento objetivo. No se ha querido darle facultades amplias al juzgador, como sí sucede, por ejemplo, con la excesiva onerosidad de la prestación o lesión sobreviniente. El legislador peruano optó por darle facultades al juez, pero limitadas dentro de un criterio matemático.

La razón de ello, según Arias Schreiber[55], fue para «que los jueces la determinaran con precisión». No obstante ello, no podemos dejar de expresar nuestra preocupación al respecto, puesto que aun cuando el propósito pueda ser loable, se sabe que la rigidez de todo número o fórmula matemática en derecho es siempre arbitraria. En efecto, si en algún caso determináramos que se cumple la desproporción cuando la fórmula arroja como límite el número 59, preguntémonos cuál es la diferencia entre dicho número y el número 60? Prácticamente ninguna. Sin embargo, la fórmula es inflexible. De allí que es arbitraria.

Seguramente por esta razón, las XVII Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Civil[56] señalaron, por unanimidad, que resultaba inconveniente fijar

---

[54] La excepción a ello es la lesión en la partición, pues el artículo 1456 dispone que «no puede ejercitar acción por lesión el copropietario que haya enajenado por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados». Nosotros cuestionamos esta norma tanto en su redacción como en el fondo. En cuanto a la redacción, resulta equivocado utilizar la expresión 'copropietario' ya que una vez enajenados los bienes se pasa de ser copropietario a ex-copropietario. En cuanto al fondo, más importante aún, debido a que se trata de una lesión netamente objetiva. Dicho de otro modo, no se toman en cuenta los elementos subjetivos, los que como se ha visto, son necesarios para determinar si un contrato es lesivo, sin violar el pacta sunt servanda. Por estas razones, consideramos que esta norma debiera ser derogada.

[55] Arias Schreiber (1986: 239).

[56] XVII Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Civil. Santa Fe, Argentina, 1999.

porcentajes mínimos de desproporción. Más aún, el artículo 954[57] del proyecto de Código Civil argentino disponía que existía lesión cuando la desproporción resultaba «notable».

En realidad, como se señala en el comentario a los principios del UNIDROIT[58] «lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona sensata».

Lesión evidente

Llamada también lesión regular. El Código establece en su artículo 1447 que el desequilibrio entre ambas prestaciones debe ser mayor a dos quintas partes.

En efecto, el primer párrafo del artículo 1447 del Código establece que «la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato *es mayor de las dos quintas partes* y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro». (Las cursivas son nuestras).

Nótese que la norma señala «mayor a» y no «mayor o igual a». Si tomamos como ejemplo una venta de acciones cuyo precio total debió ser de cien soles, el elemento objetivo de la lesión evidente se verificará si el precio pactado estuviera por debajo de sesenta soles (sin incluir sesenta), pues entre esta cantidad y los cien soles existe una diferencia de dos quintas partes (cuarenta soles). Mayor a dos quintas partes es recién 41 soles (si solo consideramos números enteros), por lo que si restamos esta cantidad de los cien soles, estaremos en 59 soles. En otras palabras, se configuraría la desproporción si el precio fuera de 59 soles o menor a esta cantidad.

En caso de verificarse el elemento objetivo, el lesionado deberá probar tanto la onerosidad del contrato como los dos elementos subjetivos arriba comentados.

Lesión enorme

Llamada también lesión chocante, anormal o grosera. En este caso, según el artículo 1448 del Código el desequilibrio entre ambas prestaciones debe ser igual o superior a las dos terceras partes.

---

[57] Artículo 954: «Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones».

[58] Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, 1995: 52).

Efectivamente, el artículo 1448 del Código dispone que «en el caso del artículo 1447, si la desproporción *fuera igual o superior a las dos terceras partes*, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado». (Las cursivas son nuestras).

Téngase presente que en este caso la norma sí señala que la diferencia sea «igual o superior a» y no solo «superior a». Si tomamos como ejemplo la misma venta de acciones cuyo precio total debió ser de cien soles, el elemento objetivo de la lesión chocante se verificará si el precio pactado estuviera por debajo de 34 soles (incluyendo a 34), pues entre esta cantidad y los cien soles existe una diferencia de dos terceras partes (66 soles). Mayor o igual a dos terceras partes es recién 66 soles (si solo consideramos números enteros), por lo que si restamos esta cantidad de los cien soles, estaremos en 34 soles. En otras palabras, se configuraría la desproporción si el precio fuera de 34 soles inclusive o menor a esta cantidad.

No obstante, en caso de verificarse el elemento objetivo, también deben estar presentes la onerosidad del contrato como los dos elementos subjetivos. Sin embargo, en la lesión enorme estos últimos se presumen, pues, a nuestro entender, el artículo 1448 del Código establece una presunción *juris tantum* al respecto, vale decir que el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante del lesionado por parte del lesionante se presume[59], salvo que este último pruebe lo contrario.

Dicha regla constituye una saludable excepción a la regla procesal general de quien afirma un hecho debe probarlo, ya que como bien apunta Mosset Iturraspe[60] «frente a una desproporción notable se presume la explotación». Dicha desproporción es casi una prueba plena del aprovechamiento, lo que, desde luego, no impide al demandado desvirtuar dicha prueba, acreditando lo contrario. Siendo ello así, no podría sostenerse que se trata de una lesión netamente objetiva, pues como se ha dicho, el demandado podría probar —aunque le sea difícil— la no verificación de los elementos subjetivos de la lesión.

4. Remedios

Frente a una lesión[61], el código prevé dos acciones a favor del lesionado, en primer lugar, la rescisión del contrato; y en segundo lugar, el reajuste[62]. Desde

[59] El propósito de esta presunción es facilitar la probanza de los elementos subjetivos de la lesión, lo cual no es siempre tarea sencilla.

[60] Mosset Iturraspe (1955: 190).

[61] De conformidad con el artículo 1453 del Código «es nula la renuncia a la acción por lesión».

[62] Apoyándonos en el principio de conservación del contrato, convendría evaluarse la posibilidad de que tales acciones se den a la inversa, vale decir, que en primer lugar opere un reajuste, y en

luego, tales acciones deben ejercitarse dentro del plazo de caducidad previsto por el artículo 1454[63].

a) Rescisión

Se trata de la primera acción que dispone el código ante una lesión —sea evidente o sea enorme— es la rescisión del contrato. En efecto, según el citado artículo 1447 procede la acción rescisoria por lesión cuando se cumplen los requisitos antes comentados, es decir, un contrato oneroso donde se verifican los elementos objetivo —desproporción entre prestaciones— y subjetivo —el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante—.

Dicha acción, de acuerdo con Messineo[64], constituye «un remedio autónomo puesto como tutela de la parte que sufre un daño de naturaleza económica debido al abuso que la contraparte hace —en su propia ventaja— del estado psíquico en que se encuentra la primera».

Cabe señalar al respecto que el código diferencia el remedio de la rescisión del de la resolución. Aun cuando en la doctrina este tema no es pacífico, es preferible, parafraseando a Echecopar[65], regular con una limitada imperfección a no regular, dejando todo a la duda o al capricho.

Por ello, el legislador ha preferido zanjar la discusión estableciendo que la diferencia depende del momento en que ocurre la causal que motiva tales remedios contractuales.

En efecto, mientras que según el artículo 1370 «la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo»; el artículo 1371 señala que «la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración».

En otras palabras, según el código la rescisión tiene causal *ab initio* y la resolución *post factum*.

---

caso que ello no fuera posible, la acción de segunda mano sea la rescisión del contrato. Se seguiría así el mismo orden previsto para la excesiva onerosidad de la prestación (primero la revisión del contrato y luego la resolución del mismo).

[63] Este artículo establece que «la acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato». En nuestra opinión, el plazo de caducidad debería empezar a correr desde el momento en que cesa el estado de necesidad apremiante, pues el lesionado se encuentra en buena cuenta bajo un estado de shock, el cual lo imposibilita para actuar adecuadamente. Sería pertinente una norma similar al artículo 1446 del Código, ya que esta dispone que el término inicial del plazo de caducidad de la excesiva onerosidad de la prestación empieza a correr desde el momento en que desaparecen los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

[64] Messineo (1952, tomo II: 305).

[65] Echecopar (1946: 323).

Como se puede apreciar, ambos remedios no atacan al acto jurídico mismo, sino a sus efectos, pues las causales en ambos casos no están en la médula misma del acto, sino que son externas a él. Dicho de otro modo, no se trata de un tema de invalidez, sino de uno de ineficacia del acto. Podemos calificarlas, entonces, como una forma de ineficacia funcional del acto jurídico, cuyo propósito es destruir los efectos del contrato.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1372 del Código la rescisión se declara judicialmente y —salvo que se pacte en contrario— los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

En consecuencia, los efectos de la rescisión son *ex-tunc*; y así las partes no solo se liberan, sino que además deben restituirse las prestaciones cumplidas.

b) Reajuste

El segundo remedio que contempla el código para los casos de lesión es la acción de reajuste.

De un lado, según el artículo 1452 «en los casos en que la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1447 fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste».

De otro lado, el artículo 1451 establece que «el demandado[66] puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia del valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato».

El remedio del reajuste se basa en el principio de conservación del contrato y el interés común de las partes, y su propósito es reforzar el contrato, haciéndolo justo. Se trata, en suma, del pago del saldo pendiente, el cual no fue pagado por el lesionante.

[66] Téngase en cuenta que el demandado tiene también el derecho previsto en el artículo 1450, según el cual «fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor». En nuestra opinión, resulta conveniente ampliar el plazo que señala dicho artículo para consignar la diferencia de valor, incluso hasta antes de la sentencia. Por ello, se sugiere la siguiente redacción: «Fenece el proceso si el demandado, antes de la sentencia, consigna la diferencia de valor».

Bibliografía

Arias, José

1939 *Contratos civiles*. Tomo I. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores.

Arias Schreiber Pezet, Max

1986 *Exégesis*: *Contratos*. Lima: Ediciones Studium.

Barboza Beraún, Eduardo

2003 «¿Excepción de incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?» *Advocatus* Revista de la Universidad de Lima, diciembre.

2004 «Comentarios al artículo 1382 del Código Civil». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Baudry-Lacantinerie, G. y Barde, L.

1906 *Traité théorique et pratique de Droit Civil.* Tomo I. París: Librairie de la Société du Recueil Sirey.

Bigliazzi Geri, Lina

1992 *Derecho Civil*. Tomo I, volumen 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borda, Alejandro

1973 *Manual de contratos*. Buenos Aires: Perrot.

2002 «La lesión en el Derecho argentino». En *Contratación Privada*. Carlos Alberto Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas-Machuca (coordinadores). Lima: Jurista Editores.

Bullard González, Alfredo

2001 «La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contrato». *Thémis*, Lima: número 43.

Cabanellas, Guillermo

1989 *Diccionario enciclopédico de derecho usual.* Tomo I. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Cárdenas Quirós, Carlos

2005 «La regla del *favor debitoris* y la reforma del Libro VI del Código Civil». En *Homenaje a Max Arias Schreiber*. Academia Peruana de Derecho. Lima: Gaceta Jurídica.

Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo

2004 *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De la Puente y Lavalle, Manuel
1993 *El contrato en general*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De los Mozos, Jorge Luis
1965 *El principio de la buena fe.* Barcelona: Bosch.

De Trazegnies Granda, Fernando
1978 «Constitución y Justicia». *Derecho* Nº 3. Lima.

Durant, Will
1952 *Nuestra herencia oriental*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Echecopar García, Luis
1946 *Derecho de sucesiones*. Lima: Talleres Gráficos de la Editorial Lumen S.A.

Farina, Juan M.
1965 *Revisión y resolución de contratos.* Rosario.

Fried, Charles
1981 *Contract as a promise. A theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press.

Giorgi, Jorge
1910 *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

Hauriou, Maurice
1927 *Revue trimestral de droit civil.*

Josserand, Louis
1950 *Derecho Civil.* Tomo 1. Buenos Aires: America Bosch y Cía Editores.

Mazeaud, Henri, León y Jean
1960 *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Messineo, Francesco
1952 *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Morixé, Horacio
1929 *Contribución al estudio de la lesión*. Buenos Aires: Librería y Editorial La Facultad de Juan Roldán y Cía.

Mosset Iturraspe, Jorge
1955 *Contratos.* Santa Fe: S.C.C. Editores.

1977 *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

Ripert, Georges
1964 *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Risolia, Marco Aurelio
1958 *Soberanía y crisis del contrato*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Sanchez Roman, Felipe
1899 *Estudios de Derecho Civil*. Tomo IV. Madrid: Imprenta de los sucesores de Rivadeneyra.

Soto Coaguila, Carlos Alberto
2002 «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos». En *Contratación Privada*. Carlos Alberto Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas-Machuca (coordinadores), Lima: Jurista Editores.

Spota, Alberto
1975 *Instituciones del Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.

Vidal Ramírez, Fernando
1985 *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

Zago, Jorge Alberto
1981 *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

EL CONTRATO DE HECHO

Manuel de la Puente y Lavalle (†)

El presente artículo está referido al Código Civil peruano de 1984 que el doctor Fernando de Trazegnies conoce tan bien. Quiero, con este motivo, expresarle mi admiración por su fecunda y pulcra producción jurídica y su singular honestidad intelectual.

El tema que resulta necesario analizar para establecer la eficacia del contrato de hecho es la diferencia entre declaración y comportamiento.

El título II de la sección primera del libro VII de dicho Código versa sobre «El consentimiento», entendido como la coincidencia de la oferta con la aceptación, que el artículo 1374 califica como declaraciones contractuales. Es más, la exposición de motivos del artículo 1374 del Código Civil elaborada por la comisión reformadora indica que la celebración del contrato supone una declaración de voluntad común.

Sin embargo, la vida diaria nos pone, cada vez con más frecuencia, ejemplos en los que la voluntad se exterioriza sin una correspondiente declaración, simplemente a través de un comportamiento. Tenemos así la utilización del teléfono público, donde la instalación y permanencia del aparato importa la voluntad de la compañía de teléfonos y la inserción de una moneda representa la voluntad del usuario, sin que en uno u otro caso pueda afirmarse con certeza que esas voluntades se han puesto de manifiesto mediante sendas declaraciones. Algo similar ocurre en el uso de los vehículos de transporte público, el suministro masivo de agua y electricidad, el servicio de los restaurantes automáticos.

(†) (1922-2007). Doctor en Derecho. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente honorario y Miembro de la Comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil peruano de 1984. Socio del Estudio Echecopar Abogados. Sensiblemente fallecido en el año 2007.

El primer problema que hay que resolver es si una declaración de voluntad puede ser sustituida por un comportamiento. Sobre el particular sostiene Betti[1] en 1943 que el negocio jurídico puede ser reconocido tanto a través de una declaración como por medio de un comportamiento puro y simple, sin valor de declaración, agregando que este comportamiento, que él admite no está dirigido a destinatarios, como sí lo está la declaración, constituye, no un «indicio» de una voluntad que es susceptible de ser comprobada por otros medios, sino una expresión objetiva de esa voluntad.

Antes que Betti, ya había expresado Crome en el año 1900 que la declaración efectuada mediante la ejecución de un hecho tiene mayor fuerza que cualquier otra forma de declaración directa, habiendo solo faltado, según destaca Sacco, la despreocupación necesaria para que la ejecución sea una declaración.

Esta posibilidad de que la voluntad pueda ser exteriorizada mediante un comportamiento ha sido explorada con dos finalidades distintas.

Un grupo de autores alemanes (Haupt, Simitis, Nikish) influenciados por las ideas del nacional-socialismo, plantea en los años 1941 y siguientes la necesidad de sustituir el contrato consensual, calificado como fruto de una concepción individualista del derecho y como instrumento de opresión económica; por el contrato de hecho, caracterizado por el rasgo de que las relaciones entre las partes no nacen de una declaración de voluntad, como en el contrato consensual, sino de una conducta que genera efectos iguales a los del contrato; lo que los ha llevado a afirmar que esta identidad de efectos determina que tales relaciones deban ser consideradas como relaciones contractuales de hecho (fácticas). Estiman estos autores que si se suprime la necesidad de la negociación y del acuerdo manifestado por declaraciones recíprocas, se evita la posibilidad del abuso[2].

Larenz, si bien participa de la opinión de Haupt en el sentido que las relaciones son fácticas en su nacimiento, considera necesario aclarar que, precisamente por el origen de tales relaciones, ellas no son contractuales por su fuente sino por sus efectos, lo que lo lleva a criticar adversamente la denominación de relaciones contractuales fácticas, proponiendo que sea sustituida por la de relaciones obligatorias nacidas de conductas social-típicas.

Betti también considera que la denominación relaciones contractuales de hecho es desafortunada, pues si bien la voluntad exteriorizada mediante hechos da lugar a negocios jurídicos, tales negocios jurídicos no son contratos por faltar

---

1 Betti (1959: 99).

2 Téngase presente que Puig Brutau considera que el efecto obligatorio del contrato radica en que las partes tengan igual poder de negociación (*Bargaining Power*), de tal manera que cuando esta igualdad no existe hay que discutir si se está en presencia de un contrato o simplemente de una relación.

el consentimiento contractual. Para este autor debe distinguirse entre la relación obligatoria y el supuesto de hecho que la genera, debiendo rechazarse el «prejuicio individualista» de la necesidad de una intención dirigida a los efectos jurídicos, para llegar a una conclusión parecida a la de Larenz, pues estima «decisivo únicamente, para la valoración jurídica del negocio, que el ajuste de intereses contemplado responda a una función económico-social típica, que es una función de cooperación». Termina declarando que en materia de obligaciones el reino no es el de la voluntad, sino el de la socialidad.

Respecto a la conveniencia de las relaciones fácticas como remedio contra el abuso, observa Sacco, en mi opinión con razón, que no se percibe por qué puede ser menos abusivo un contrato celebrado mediante un comportamiento que uno concluido con una declaración «bien consentida».

Se dice que el contrato de hecho tiene otro rol que cumplir. Debido a la masificación de los contratos, la negociación y el acuerdo sobre la formación de la relación jurídica que nace del contrato se han convertido en un lujo, por lo cual conviene estudiar si es posible reemplazar el acuerdo contractual por la ejecución de prestaciones que, sin ser el contenido de la relación jurídica nacida de un contrato, su ejecución revela la existencia de una voluntad dirigida a obtener los mismos efectos.

Otro aspecto de sumo interés relacionado con el rol del contrato de hecho es el concerniente a los efectos del comportamiento de menores absolutamente incapaces, y que por ello no pueden celebrar contratos, cuando ejecutan prestaciones que normalmente provienen de un contrato, como es el caso de la utilización de teléfono públicos, de medios masivos de transporte, de suministro de energía, etcétera.

Es este tema del rol del contrato de hecho, referido a su posibilidad de tener efectos obligatorios no obstante faltar la declaración de voluntad, el que va a ser materia de estudio.

Tomemos uno de los ejemplos anteriormente indicados que nos ofrece la vida diaria, en los que la voluntad se manifiesta por un comportamiento, como es el caso de la utilización del teléfono público ¿Qué significado jurídico tiene la instalación del aparato por la compañía de teléfonos y la utilización del mismo aparato por el usuario? ¿Constituye cada uno de estos actos una declaración de voluntad, o solamente una exteriorización de voluntad?

Considera Larenz que no es posible otorgar a estos hechos el carácter de declaraciones de voluntad, por cuanto si bien existe voluntad por ambas partes de que el aparato sea utilizado, no existe, en cambio, una voluntad de declarar. Podría decirse que hay voluntad de ejecutar las prestaciones pero no la hay de hacerlo como cumplimiento de una prevista declaración de voluntad.

Pero ¿significa esto que no hay acuerdo de voluntades? Creo que es necesario estudiar cómo se desarrolla el proceso que culmina con la utilización del aparato

telefónico, para determinar si este acuerdo de voluntades se produce o no. Puede decirse, sin temor a equivocarse, que la instalación del aparato por la compañía de teléfonos constituye una manifestación de voluntad, pues se exterioriza mediante ese hecho la voluntad de la compañía de que el aparato sea utilizado mediante el procedimiento de insertar una moneda en él. Esta voluntad de la compañía de teléfonos subsiste en el tiempo, pues al mantener conectado el aparato y en aptitud constante de ser utilizado se está poniendo de manifiesto que la compañía no ha cambiado de voluntad y que, por el contrario, la mantiene. Cuando el usuario inserta la moneda y efectúa la comunicación telefónica está, por su parte, exteriorizando su voluntad de utilizar el aparato. Parece evidente que se produce aquí un acuerdo de voluntades pues lo que quiere la compañía de teléfonos es igualmente lo querido por el usuario.

¿En qué se diferencia la utilización del aparato por la compañía de una oferta hecha al público, o sea de una invitación a ofertar en base a cláusulas generales de contratación? ¿En qué se diferencia la utilización del aparato por el usuario de una oferta que se hace accediendo a la invitación hecha al público? Considero que la única diferencia estriba en que la invitación hecha al público y la oferta y aceptación respectivas se exteriorizan mediante sendas declaraciones de voluntad, mientras que el acuerdo sobre la utilización del aparato se exterioriza mediante sendos comportamientos, que son igualmente manifestaciones de voluntad, aun cuando no sean declaraciones de esta.

Spota tiene perfecta razón cuando dice que en un caso similar —él pone como ejemplo la utilización de un vehículo de transporte público—, si bien no hay una nítida declaración de voluntad común, sí hay, en cambio, un elemento que importa lo mismo en el campo contractual, como es el consentimiento, agregando que no incurre con esto en una ficción jurídica pues, invocando el parecer de Hernández Gil, asevera que la falta de una declaración de voluntad no trae consigo la falta de una voluntad, ni, por consiguiente, la inexistencia de un contrato, ya que la voluntad puede exteriorizarse a través de una conducta.

En cambio Betti, analizando un ejemplo igual al de Spota, piensa que la situación del usuario del medio de transporte es distinta de la del destinatario de una oferta contractual pues no puede afirmarse, sin incurrir en una ficción, que la fuente de la obligación se encuentre en una oferta contractual y en su correspondiente aceptación. Dice que la «diferencia profunda», que no puede desconocerse, está en que en el supuesto del que hablamos —conducta social típica— falta, totalmente, el aspecto de una declaración que debe considerarse implícita en la conducta observada por el interesado así como totalmente irrelevante la conciencia —por ejemplo, conocimiento de la tarifa— y la capacidad legal para actuar por parte del usuario.

La opinión de Betti descansa en la que, a su vez, emitió Larenz en el sentido que «la oferta pública de hecho» y la aceptación de hecho de la prestación, no supone la falta de la correspondiente conciencia de declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que, por su significado social típico, tiene los mismos efectos jurídicos que la actuación jurídica negocial. «Tal es, por ejemplo, el caso de la utilización del tranvía, del autobús, de una balsa o de un vehículo análogo del transporte público. Es ficticio considerar, como se intentó antes, que la marcha del tranvía encierra una oferta idéntica y continuada para concluir contratos de transporte, cuya aceptación reside en el hecho de tomar el tranvía».

Comentando esta opinión de Larenz, Hernández Gil estima que tiene una base real por cuanto se observa que muchas veces el contrato no aparece claramente dibujado, pero agrega que Larenz, sin embargo, va más lejos. Sostiene que en el moderno tráfico en masa surgen constantemente relaciones de obligación que no deben su origen al contrato, sino a la «conducta social típica». A su juicio, «es ficticio» considerar que, por ejemplo, cuando utilizamos los transportes públicos, concertamos un contrato, pero es el caso que esta aseveración no resulta totalmente apoyada por los argumentos que emplea para mantenerla. Porque dice que tales obligaciones se asumen sin que se emitan declaraciones de voluntad; mas la falta de una declaración de voluntad, no trae consigo la falta de una voluntad ni, consiguientemente, la inexistencia de contrato, o, más ampliamente, de negocio jurídico, ya que la voluntad puede exteriorizarse también a través de la conducta.

Pero ¿existe, en realidad, una discrepancia absoluta entre las posiciones de Betti y Spota? Quizá los alcances de la opinión de Betti pueden captarse mejor si se tiene en cuenta que este autor no niega que la conducta corresponda a una voluntad, sino solamente considera que los efectos vinculantes de la conducta no emanan de un contrato, entendido este como la concurrencia de las declaraciones de voluntad constituidas por la oferta y la aceptación, sino del significado que generalmente se da a una conducta de esa naturaleza, tan es así que afirma que las relaciones que surgen de esos efectos vinculantes de la conducta son de naturaleza contractual, o sea participan del carácter voluntario que caracteriza al contrato. Si mi interpretación fuera incorrecta, habría que llegar a la conclusión que el planteamiento hecho por Betti en el año 1954 —cuando escribió su *Teoría general de las obligaciones*— es distinto del formulado en el año 1943 —cuando escribió su *Teoría general del negocio jurídico*— pues en esta oportunidad dijo que el comportamiento puro y simple es una expresión objetiva de voluntad.

Creo que no nos encontramos, pues, ante un caso de ausencia de voluntad o de voluntad contraria a la expresada, sino en uno de declaración sui generis de voluntad. Me parece que no se pretende que la conducta del usuario constituya un hecho involuntario, sino que la voluntad manifestada por esa conducta es la

voluntad que, por tratarse de la repetición de conductas similares practicadas por una generalidad de personas, se considera ínsita de esa clase de conducta. En el ejemplo propuesto por ambos autores, el hecho de subir al vehículo se ha convertido en una conducta social típica de asumir las obligaciones derivadas normalmente de un contrato de transporte, por cuanto ese acto ha constituido la forma como el público en general, por la repetición constante de actos iguales, ha manifestado su voluntad de asumir tales obligaciones.

La diferencia entre Spota y Betti puede encontrarse en que para el primero es posible obtener el consentimiento contractual mediante exteriorizaciones de voluntades concordantes expresadas mediante conductas, mientras que para el segundo el consentimiento contractual solo se forma mediante el concurso de declaraciones formales de voluntad. Quizá, por ello, la discrepancia se presente por el tecnicismo de la teoría del negocio jurídico, que exige la declaración como el medio necesario para exteriorizar la voluntad constitutiva de un contrato, que Betti aplica con todo rigor. Personalmente comparto la posición de Spota por considerarla que corresponde mejor a la naturaleza de los llamados «contratos de hecho»; que explica más satisfactoriamente el origen del vínculo obligacional que surge por razón de la ejecución de una conducta social típica. Tienen razón Diez-Picazo y Guillon[3] cuando dicen que las llamadas relaciones producidas por un contrato social pertenecen en rigor a la problemática de la formación de los contratos.

Santos Briz[4] relata una nueva posición adoptada por autores alemanes (Borner, Gudian, Medicus) quienes sostienen que lo social típico no constituye una fuente de derecho sino un criterio de interpretación. Quizá es este planteamiento el que enfoca más propiamente el problema de la conducta social típica pues, en realidad, la ejecución de un hecho que importa la repetición de hechos similares mediante los cuales se ejecuta habitualmente un contrato, constituye la exteriorización de una voluntad de obtener los efectos del contrato, o sea, las mismas consecuencias que produce la celebración de un contrato, por lo cual cabe interpretar que quien practica tales actos se está obligando, en esa forma, contractualmente.

Son de sumo interés dos de los supuestos en que se ha colocado Betti, o sea, el caso del usuario del transporte público que no conociera la tarifa y el de que dicho usuario fuera un incapaz absoluto.

Con relación al primer caso, considero que de acuerdo con la opinión corriente, con el conocimiento general que tiene el público, la utilización de un medio público de transporte da, generalmente, lugar a la obligación de pagar la tarifa, sin que el efectivo conocimiento de la cuantía de la tarifa sea requisito sine qua

[3] Diez-Picazo y Guillon (1975, volumen II: 33).

[4] Santos Briz (1973, tomo III: 44).

non para el nacimiento de la obligación; de tal manera que el solo hecho de la utilización del servicio, por ser una conducta social típica —esto es una conducta que usualmente genera determinadas consecuencias— da lugar a la obligación correlativa a cargo del usuario, aun cuando este no haya declarado formalmente su voluntad de obligarse, ni haya conocido efectivamente la tarifa. Debe tenerse presente que el usuario no es que no desea obligarse, o que considera que debe viajar gratuitamente, sino únicamente que ignora la cuantía de su obligación.

Respecto del segundo caso, la situación fue bastante complicada pues el agente, cuando Betti analizó el caso, no tenía capacidad para obligarse, de tal manera que su conducta no podía suplir esa falta de capacidad. Refiriéndose a los menores impúberes, Spota[5] cita una doctrina recogida por el anteproyecto del Código Civil argentino elaborado por una comisión bajo la dirección de Jorge J. Lambias en 1954, según la cual tales menores pueden celebrar lo que se ha llamado «pequeños contratos», esto es, contratos que son vinculados a las necesidades de su edad. Spota está en desacuerdo con esa solución por considerar que no hay tales «pequeños contratos» sino «una conducta social típica» que lleva ínsito el consentimiento y que está conteniendo, como *facta concludentia*, la voluntad, no obstante que esta surja como aceptación de hecho a una oferta pública.

Sin embargo, en este caso el planteamiento de Spota choca con el obstáculo de que el consentimiento es un acuerdo de voluntades que, por producirse en el marco del contrato, genera obligaciones, por lo cual quien no tiene capacidad para obligarse no puede intervenir en un consentimiento contractual.

La necesidad de encontrar una solución al problema planteado es evidente. No puede desconocerse que en los servicios masivos, o sea aquellos que se ponen a disposición de la masa del público, la voluntad juega un rol peculiar pues los usuarios, más que querer obligarse, adquieren la obligación como una consecuencia de su conducta. Por otro lado, la situación de los incapaces, sobre todo de los menores de edad, no puede ser ignorada, ya que se da cada vez con más frecuencia la necesidad de utilizar tales servicios.

La solución de la conducta social típica es adecuada. Constituye, entendiéndola como una voluntad presunta del usuario, una explicación bastante satisfactoria del fundamento de la obligación que adquiere el usuario de servicios masivos cuando su voluntad solo se manifiesta mediante el hecho de la utilización del servicio. Si determinado acto —la utilización del servicio— produce generalmente determinadas consecuencias —el pago de la tarifa—, debe considerarse que cada vez que alguien practica ese acto está asumiendo automáticamente sus consecuencias, aun cuando no lo declare así. Tratándose de incapaces, la conducta social típica justifica

[5] Spota (1975, volumen 226).

que se presuma de pleno derecho que el incapaz que actúa en igual forma como lo ha hecho una generalidad de terceros está exteriorizando mediante ese actuar su voluntad de obligarse en la misma forma como se obliga esa generalidad.

Pero es necesario plasmar esta explicación teórica en una medida práctica, que permita hacer efectiva la obligación que surge en cada caso a cargo de quien desconocía efectivamente los alcances de su obligación, o a cargo de quien no tiene capacidad para obligarse, ya que, de no hacerse así, nuestro ordenamiento legal no proporciona los instrumentos necesarios para hacer efectiva esta obligación, cuya exigibilidad podría verse detenida con una acción de anulabilidad por error o una de nulidad por falta de capacidad.

Tomando en consideración que la conducta social típica se da necesariamente en la utilización de servicios masivos, los cuales, por regla general, son proporcionados mediante contratación sobre la base de cláusulas generales de contratación, y teniendo en cuenta que dichas cláusulas generales deben —para tener fuerza obligatoria— ser aprobadas administrativamente, con lo cual se garantiza la equivalencia de las prestaciones a cargo de las partes, o, al menos, que no son abusivas para los clientes, la solución práctica es la establecida por el artículo 1396 del Código Civil, según el cual en los servicios cuya prestación se ofrece sobre la base de cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación correlativa a cargo del cliente, aun cuando este no haya formalizado el respectivo contrato o sea incapaz.

He opinado anteriormente que la solución de la conducta social típica es adecuada por constituir una solución bastante satisfactoria. Sin embargo, resulta adecuado observar la situación actual de la doctrina sobre el particular. Según Haupt, las relaciones contractuales de hecho pueden provenir de tres situaciones distintas: a) del mero hecho de entrar en contacto con otras personas con el fin de entablar entre ellas negociaciones; b) de contratos de hecho ineficaces, como la sociedad de hecho o el contrato de trabajo de hecho; y c) de prestaciones del tráfico de masas, en los que las obligaciones surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previo.

Diez-Picazo[6] dice que la situación a) corresponde a la problemática de la formación del contrato; la situación b) a la problemática de la ineficacia de los contratos, por lo cual solo la situación c) tiene alguna autonomía.

Según lo manifestó en otro trabajo[7] refiriéndose a esta tercera situación, Larenz expresó en 1952[8] que el moderno tráfico de masas trae consigo que, en algunos

[6] Diez-Picazo (1979, tomo I: 96).

[7] De la Puente y Lavalle (2001, tomo I: 261).

[8] Larenz (1958, tomo I: 58).

casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones surge una oferta pública y de hecho de una prestación, y la aceptación de hecho de esta prestación, por el que toma parte en el tráfico. Ambas, la oferta pública de hecho y la aceptación de hecho de la prestación no suponen declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que por su significado social típico tiene los mismos efectos que la actuación jurídica negocial.

En una obra posterior (1975)[9] el propio Larenz destaca que el criterio que sustenta se diferencia de la doctrina de las «relaciones contractuales de hecho» creada por Haupt y seguida por Simitis, por limitarse a los fenómenos del tráfico en masa y por considerar como elemento jurídicamente decisivo, no el hecho como tal, sino su significado socialmente típico. En apoyo de su posición cita un conocido fallo del BGH alemán sobre un parqueo en una plaza de estacionamiento dada en concesión privada por la municipalidad de Hamburgo. El propietario del automóvil lo había parqueado en un lugar donde figuraba muy visiblemente la indicación del pago de peaje, y había indicado al vigilante que no deseaba sus servicios y se negaba al pago, ya que en virtud del uso público se creía con derecho a parquear allí su automóvil. Cuenta Larenz que el BCH negó el uso público y condenó al propietario del vehículo al pago del peaje, no obstante su declaración explícita de rehusar el contrato de utilización y vigilancia propuesto ya que, según el tribunal, no importaba la voluntad contraria por aquel declarada, sino solo el significado «socialmente típico».

Años más tarde aun (1985)[10] Leser, comentando la evolución del contrato en el derecho alemán, dice que esta decisión ha sido abundantemente criticada porque se ha visto el peligro de un abandono tal de la voluntad del contratante, siendo esta la razón por la que la Corte Suprema alemana no ha mantenido su jurisprudencia.

Resulta así que las posiciones respecto a la conducta social típica están actualmente divididas.

Sin embargo, la realidad de la vida nos enfrenta cada vez con más intensidad, con la necesidad de que el público, compuesto no solo de capaces e ilustrados, sino también de incapaces e ignorantes, tenga acceso al tráfico masivo de determinados bienes y servicios, indispensables para la vida diaria.

He opinado anteriormente que el artículo 1396 del Código Civil peruano de 1984, al imponer a quienes obtienen bienes y servicios mediante su intervención en contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, la obligación de pago de tales bienes y servicios, aun cuando no se hayan formalizado los respectivos contratos —por aplicación

[9] Larenz (1958, tomo I: 58).

[10] Leser (1986: 78).

de la tesis de la conducta social típica— o sean incapaces, constituye una solución original y satisfactoria a dichos problemas.

Dice la exposición de motivos del artículo 1396 del Código Civil que lo que ocurre con frecuencia es que el usuario de un servicio público lo emplea sin conocer la tarifa existente y puede también suceder que el usuario sea un incapaz absoluto. Como no se puede desconocer que en los servicios masivos la voluntad juega un rol peculiar, y que los usuarios adquieren la obligación como consecuencia de su conducta, y como tampoco la situación de los incapaces puede ser ignorada, el artículo 1396 se ha puesto en lo que doctrinariamente se conoce como «contrato de hecho o conducta social típica» partiendo siempre de la premisa que se trata de contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

Bibliografía

Betti, Emilio
1959 *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Mercantil.

De la Puente y Lavalle, Manuel
2001 *El contrato en general.* Tomo I. Lima: Palestra Editores.

Díez-Picazo, Luis y Guillon, Antonio
1975 *Sistema de Derecho Civil.* Volumen II. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, Luis
1979 *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial.* Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos.

Larenz, Karl
1958 *Derecho de obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Larenz, Karl
1978 *Derecho Civil.* Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado.

Leser, H.G.
1986 *L'evolytion du contrat en Droit allemand, Hommages au Doyen René Savatier.* París: Presses Universitaires de France.

Santos Briz, Jaime
1973 *Derecho Civil*. Tomo III. Madrid: Montecorvo.

Spota, Alberto G.
1975 *Instituciones de Derecho Civil*: *Contratos*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.

SOBRE LA SUBROGACIÓN LEGAL DEL ASEGURADOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

*Juan Espinoza Espinoza**

Fernando de Trazegnies es quien, junto con Javier de Belaunde, me abrió las puertas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuerdo que en cierta etapa de mi vida, tuve que decidir entre quedarme trabajando en un cómodo empleo en el área legal de una conocida institución financiera o dejar todo e irme a Italia para un *stage* de investigación: Fernando me enseñó «que en la vida hay que equilibrar la cordura con la locura». Por suerte, seguí su consejo.

1. Introducción

Premisa de este análisis es advertir que es una imperiosa tarea del estudioso del derecho de seguros, o de quien intente adentrarse en esta disciplina, la de «vincular los principios generales a instituciones o aspectos que parecen y efectivamente son del todo particulares a la relación jurídica de seguros»[1].

Si bien es cierto el problema debe centrarse en la interpretación de modelos jurídicos nacionales, resulta forzoso recurrir a las fuentes inspiradoras de nuestra normatividad, especialmente, la italiana, que ha sido decisiva en esta materia. Así, autorizada doctrina sostiene que «la norma del primer párrafo del artículo 1916 —del Código Civil italiano— dispone que «el asegurador que ha pagado la indemnización se subroga, hasta el monto de esta, en los derechos del asegurado hacia los terceros responsables. En el cuarto párrafo del artículo, la disposición se extiende también a los seguros contra los accidentes de trabajo e infortunios

* Doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima.

[1] Fanelli (1973, tomo I: 3).

accidentales. *Esta se aplica a todos los contratos de seguros de daños: incluso, al contrato de seguros de responsabilidad civil*»[2]. (Las cursivas son mías).

Asimismo, se afirma que «el derecho de subrogación puede surgir en el caso en el cual la responsabilidad civil del asegurado derive de un hecho vinculado por una persona de cuya actuación aquel sea obligado a responder; y en el caso en el cual el hecho dañoso, además que al asegurado, o a personas de las cuales este deba responder, sea imputable a otras personas»[3]. Este autor hace referencia al segundo párrafo del artículo 2055 del Código Civil italiano, el cual ha inspirado el artículo 1983 del Código Civil peruano, el cual, a la letra establece 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 resaltado es mío).

Desde un punto de vista de derecho material, «se debe reconocer que tanto la jurisprudencia como los comentadores concuerdan en excluir que el asegurador que ha pagado al dañado, adquiera de manera autónoma un derecho de crédito frente al dañante responsable: la subrogación es concebida en el cuadro de la sucesión a título particular del asegurador en los derechos del dañado hacia el responsable»[4].

Las posiciones en doctrina que fundamentan la sustitución del asegurador que ha pagado al dañante son las siguientes[5]:

a) Un sector que la identifica como una *subrogación legal* (Donati, Balandra, Favara, Miele, Ferrante, Quagliariello, Manca, Richiello, Pogliani, Steidl, Gambogi, Nasini, Pasanisi, Santagata, Scalfi), sea en el supuesto del tercer párrafo del artículo 1203 del Código Civil italiano —que corresponde tanto a los incisos 1 y 2 del artículo 1260 del Código Civil peruano— o al quinto párrafo del artículo 1203 del Código Civil italiano (que se refiere a una cláusula abierta en la cual se reclaman «los otros casos establecidos por ley» que, evidentemente, por el hecho que no esté regulada esta cláusula no debería entenderse que no cabe subrogación legal en otros supuestos).
b) Una posición minoritaria que explica esta situación con la figura de la *sucesión procesal* (Satta, Minervi).

---

2 Scalfi (1991: 234).

3 Angeloni (1958: 570).

4 Scalfi (1991: 236).

5 Como ponen en evidencia Castellano y Scartella (1981: 389-393).

c) Otra posición advierte que se configura una forma de *cesión legal* en favor del asegurador del derecho de crédito que el asegurado dañado tiene frente al dañante responsable, vale decir, con una modificación subjetiva de la relación obligatoria en su lado activo (Gasperoni, Buttaro, Ferrarini, Falcón, Leuci, Buccisano).

d) También se considera como una figura de *sucesión a título particular* y derivada (De Marini, Caturani, Sotgia, Santi, La Torre).

e) Por último, quien afirma que se trata de un *derecho potestativo* cuyo ejercicio importa un efecto sucesorio (Genovese, Andreoli, Durante, Palermo).

Frente a esta reseña de posiciones en doctrina, merece ponerse de relieve «que la subrogación del asegurador puede adaptarse perfectamente a una hipótesis de subrogación legal, como en los casos de seguros de la responsabilidad civil o de seguros obligatorios de accidentes laborales»[6].

El artículo 1260 del Código Civil establece lo siguiente:

> La subrogación opera de pleno derecho en favor: 1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación. 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

En atención a la fundamentación doctrinaria antes mencionada y al no haber ninguna disposición legal que lo prohíba, cabe la subrogación legal del asegurador. El inciso 3 del artículo 1203 del Código Civil italiano establece —al igual que el modelo francés— que opera la subrogación legal: «en ventaja de quien, siendo obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en satisfacerlo».

Como se puede observar, el modelo peruano ha hecho una suerte de «desdoblamiento» del modelo italiano. En efecto, el primero separa al obligado indivisible o solidario del que tiene legítimo interés, mientras el segundo establece que el obligado debe tener interés en satisfacer la deuda. A propósito del modelo italiano, autorizada doctrina observa que «la previsión normativa, por común interpretación, comprende también la hipótesis del tercero que paga una deuda ajena en garantía de la cual está sometido un bien propio o que está puesto en la alternativa de pagar la deuda ajena o de sufrir la expropiación de su patrimonio»[7].

Por consiguiente, cabría la subrogación legal del asegurador si se encuentra en alguno de los supuestos de hecho regulados en los incisos 1 y 2 del artículo 1260 del Código Civil.

---

[6] Scalfi (1991: 244).

[7] Bianca (2005: 353).

2. Seguros contra daños y seguros sobre la vida

Existe una diferencia conceptual entre seguros contra daños y contra los seguros sobre la vida. Se afirma que:

> […] en los seguros del ramo vida, el equilibrio entre premio pactado y riesgo asumido, cualquiera sea la duración del contrato, es garantizado por la posibilidad de calcular el premio sobre bases actuariales (*méthode mathématique*), posibilidad debida a la presencia de tablas estadísticas altamente atendibles (tablas demográficas) […]. El asegurador puede asumir el compromiso de cubrir los riesgos relativos por períodos largos, hasta la total duración de la vida del asegurado, sin poner en peligro el equilibrio de la gestión […]. En los seguros contra los daños, en cambio, las bases estadísticas para el cálculo del premio se caracterizan por un notable empirismo. Consecuentemente, la correspondencia entre premio pactado y riesgo asumido puede ser garantizada dentro de los límites de duración del contrato relativamente breves[8].

En este sentido:

> sobre otro perfil la distinción entre las dos categorías de seguros se basa en el principio indemnizatorio que informa la disciplina especial de los seguros contra daños, la cual es del todo ajena a la disciplina del seguro de vida […]. Bajo esta perspectiva, el elemento calificador está constituido por la naturaleza intrínsecamente dañosa del evento para el asegurado y por la consiguiente función resarcitoria en sentido lato de la prestación del asegurador, por la cual pueden ser considerados seguros contra daños todos los seguros diversos de aquellos en los cuales la prestación del asegurador está vinculada en vía exclusiva a un evento atinente a la vida humana[9].

Así, «el encuadramiento de los seguros por daños a la persona en esta categoría se traduce en una sustancial desvalorización del principio considerado, como es demostrado por el hecho que la mayor parte de las normas constituyen expresión de aquel principio resultan inaplicables a estos supuestos de seguros […]»[10].

Por ello,

> […] bajo esta perspectiva, una parte de la doctrina ha justamente redimensionado el relieve causal del principio indemnizatorio en los seguros contra los daños, considerándolo exclusivamente como límite a la provocación de un siniestro, puesto por el legislador en el interés público […]. Al respecto se evidencia la diversa relevancia del principio en los supuestos individualmente considerados, en relación a la posible presencia de un interés, más o menos intenso, del asegurado a la provocación del siniestro. El principio indemnizatorio no encuentra aplicación en los seguros de vida, porque la naturaleza del riesgo asegurado no

[8] Donati y Volpe Putzolu (2006: 116).

[9] Donati y Volpe Putzolu (2006: 117).

[10] Donati y Volpe Putzolu (2006: 117-118).

> es idónea para hacer surgir de por sí el interés en el siniestro (muerte) o porque la naturaleza del evento en riesgo no es un 'siniestro' (sobrevivencia). El mismo principio se aplica, en cambio, con intensidad diversa en los seguros contra los daños según el riesgo se refiera a cosas, al patrimonio o viceversa, a las personas: en modo riguroso en las primeras, de manera atenuada y elástica en las segundas, a causa de la natural rémora a la provocación de un siniestro lesivo de la propia salud y de la integridad de la propia persona[11].

No obstante, «el reconocimiento del derecho de subrogación al asegurador que ha pagado la indemnización *es solo un problema de política legislativa.* El derecho de subrogación se refleja sobre el cálculo del premio, porque permite al asegurador recuperar, al menos, una parte de las indemnizaciones pagadas a los asegurados, e indirectamente se resuelve en una ventaja para todos los asegurados»[12]. (El resaltado es mío).

Es pertinente mencionar que un sector de la doctrina sostiene que, en lo que se refiere a la responsabilidad civil, «el derecho de subrogación no sufriría las limitaciones establecidas por el artículo 1916 (Código Civil italiano)»[13].

---

[11] Donati y Volpe Putzolu (2006: 118).

[12] Donati y Volpe Putzolu (2006: 170).

[13] Steidl (1990: 232). En doctrina se afirma, con razón, lo siguiente: «el derecho de subrogación vale también contra los daños a las personas (artículo 1916, cuarto párrafo), con la exclusión (debido a la sentencia 356 de la Corte Constitucional del 18 de julio de 1991) de las sumas debidas por daño biológico» (Farenga, 2006: 169). En efecto, esta sentencia (En Il Foro Italiano, Parte I, II, 1991, 2976 y 2977, con nota de Giuseppe De Marzo, *Pregiudizio della capacità lavorativa generica: danno da lucro cessante o danno alla salute?*, 2967-2972) establece que: «Según la consolidada interpretación ofrecida por la jurisprudencia de legitimidad respecto del artículo 1916 del Código Civil, el derecho de subrogación del asegurador, sea privado o social, hasta el pago de la indemnización correspondiente al asegurado, tiene como único límite cuantitativo, el resarcimiento total que el tercero debe efectivamente al dañado-asegurado, según las normas civiles que gobiernan la responsabilidad por el hecho ilícito, sin que sea posible distinguir —a los efectos de la reducción de la subrogación y de la consiguiente limitación de la acción resarcitoria del dañado— entre los diversos componentes del daño sufrido por el asegurado, en relación a aquellos objetos de la cobertura de seguros y sin que sea posible dar relieve, a los mismos fines, a la diversidad de los criterios de determinación y liquidación de la indemnización asegurada respecto a aquellos aplicables al resarcimiento […]. Cuando la cobertura del seguro en virtud de las normas legales o del contrato que la disciplinan, no tenga como objeto el daño biológico, o se limite a indemnizar la pérdida o reducción de algunas de las capacidades del sujeto (como sucede para la aptitud laboral en el régimen del seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales), consentir que el asegurador, en ejercicio del propio derecho de subrogación frente al tercero responsable, se valga también del derecho del asegurado al resarcimiento del daño biológico no cubierto por la prestación aseguradora, significa, justamente, sacrificar el derecho del asegurado mismo al integral resarcimiento de tal daño, con la consiguiente violación del artículo 32 de la Constitución (italiana, que regula el derecho a la salud)». (El subrayado es mío). Se entiende claramente que cubre el daño a la persona y no el daño biológico, porque sic et simpliciter este no estaba cubierto por la compañía de seguros.

Por su parte, el artículo 80 *in fine*, de la ley de seguros 17418 de la República Argentina, publicada el 16.10.76, establece que «la subrogación es inaplicable en los seguros de personas»[14]. En doctrina se sostiene que «si no procede la acción propia del asegurador, la ley trasfiere al asegurador la acción del asegurado contra el tercero (artículo 80), cuando se trata de un seguro de intereses o daños, ya que esta es improcedente en los seguros de personas —de vida e individual de accidentes (el artículo 80 la excluye expresamente)—[15]. Sin embargo, seguidamente, no se vacila en sostener que «el fundamento de esta transferencia es más de política legislativa que estrictamente jurídico»[16]. Si bien se hace esta afirmación para justificar la transferencia, *sic et simpliciter*, el mismo fundamento sirve también para justificar su procedencia (o no) en el caso de los seguros de personas.

En atención a estas consideraciones podemos concluir que, si bien a nivel conceptual existe una diferencia entre seguros contra daños y seguros sobre la vida, el hecho de impedir la subrogación —aparte de las opiniones doctrinarias que no son pacíficas— es una opción legislativa. Opción que ha asumido la experiencia argentina, por ejemplo, y que no ha asumido la experiencia italiana. Nótese que tanto el modelo jurídico italiano como el peruano no tienen este impedimento legal: por consiguiente no es correcta la interpretación doctrinaria que pretende encontrar una prohibición donde no existe.

3. Interpretación sistemática del Código de Comercio

¿Podría sostenerse válidamente que, en atención a que en los artículos 408 y 428 del Código de Comercio sí cabe expresamente la subrogación legal y como el artículo 4 del título preliminar prohíbe la aplicación de la analogía en el caso de normas que establecen excepciones y restringen derechos, no cabría la subrogación legal en el caso de seguros de vida? Creo que la respuesta correcta es la negativa. Analicemos la normatividad invocada:

El artículo 408 del Código de Comercio establece que: «El asegurador, pagada la indemnización, se subrogará en los derechos y acciones del asegurado contra todos los autores o responsables del incendio, por cualquier carácter y título que sea».

---

[14] El artículo completo regula que: «Los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurado es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurador. *Excepciones*: el asegurador no puede valerse de la subrogación en perjuicio del asegurado. *Seguros de personas:* la subrogación es inaplicable en los seguros de personas».

[15] Halperin y Barbato (2003: 810).

[16] Halperin y Barbato (2003).

Por su parte, el artículo 428 del Código de Comercio regula lo siguiente: «Los aseguradores se subrogarán en los derechos de los asegurados, para repetir contra los porteadores los daños de que fueren responsables, con arreglo a las prescripciones de este código».

El artículo 4 del título preliminar del Código Civil dice: «La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

Se entiende por analogía: «[…] aquel razonamiento o procedimiento lógico que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho puede superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa —denominadas lagunas de derecho o del ordenamiento jurídico— haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un caso 'similar' […]. Ello en consecuencia de dos principios fundamentales propios de ordenamientos de tipo 'continental' o cerrado, por los cuales el juez debe decidir todo caso que sea sometido a su examen (obligación de no denegar justicia), y tal decisión debe asumirse aplicando una norma de ley (obligación de fidelidad del juez a la ley)»[17].

Según acreditada doctrina española, la analogía consiste en «aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar»[18]. Tres serían las características del procedimiento analógico[19]: Ninguna norma contempla de una manera directa el caso planteado. Hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso.

Hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir.

Se advierte que la analogía «responde al principio de que el derecho es un sistema de fines»[20]. Por ello, «si el sistema jurídico constituye un todo que obedece a determinadas finalidades fundamentales, es preciso presuponer que, habiendo identidad de razón jurídica en los casos análogos, haya también identidad de disposición o precepto jurídico»[21].

Ahora bien, por el hecho que los artículos 408 y 428 del Código de Comercio establezcan expresamente la subrogación legal en dos supuestos específicos, no debe entenderse que exista una prohibición legal en otros casos. No establecen ningún tipo de excepción ni restringen derechos: *sic et simpliciter* le reconocen el derecho al asegurador de subrogarse en los derechos del asegurado. Es exactamente

---

17 Caiani (1958: 349).

18 Díez Picazo y Gullón (1982: 212).

19 Díez Picazo y Gullón (1982).

20 Reale (1984: 230).

21 Reale (1984).

todo lo contrario: justamente, al ser prescripciones enunciativas (no taxativas) cabe aplicar la analogía, así como una interpretación sistemática con el artículo 1260 del Código Civil: no existe impedimento legal para ello. El mismo artículo 50 del Código de Comercio establece que en los contratos mercantiles, en lo relativo a la «interpretación», se regirán «en todo lo que no se halle expresamente establecido en el código o en leyes especiales» por las reglas del derecho común.

La interpretación sistemática opera al amparo del principio consagrado en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a de la Constitución, el cual prescribe que: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». En otras palabras: no existe impedimento legal alguno en materia de subrogación legal del asegurador.

4. ¿Frente a qué supuesto de subrogación legal nos encontramos?

Hasta el momento, se puede afirmar que cabe la subrogación legal en el caso de seguros de vida. Ahora se tiene que analizar qué inciso del artículo 1260 del Código Civil es el aplicable, ya que se debe tener presente que los supuestos de subrogación legal son «taxativos»[22], afirmando que «hay acuerdo en el sentido de que no se puede extender por vía analógica a otros casos»[23]. En mi opinión se trata del inciso 2, por cuanto la aseguradora actuaría en ejercicio de su «legítimo interés». Ya en otra sede había puesto de relieve que el legislador no es uniforme en la acepción de esta situación jurídica[24]. En efecto, si bien el legítimo interés debe ser entendido como una «situación de ventaja (sustancial e inactiva) que se ubica en el interior de una (verdadera) relación jurídica estructurada en el sentido de la complementariedad y caracterizada, en el lado opuesto, por la presencia de situaciones activas (en el sentido de comportamiento) de libertad o de necesidad; pero siempre ejercidas de manera discrecional»[25], este no era el significado que quiso darle el legislador en este caso particular.

---

[22] Magazzú (1990: 1534). En ese mismo sentido véase Torres Carrasco (2004: 620), en comentario al artículo 1260 del Código Civil.

[23] Moisset de Espanés (1998: 200).

[24] Espinoza (2005: 298).

[25] Bigliazzi (1993: 549). Esta definición ya fue propuesta anteriormente a propósito del denominado abuso de poder en las sociedades en Espinoza (1998: 50). En este mismo sentido, véase Priori Posada, cuando sostiene que el legítimo interés «es una situación jurídica de ventaja inactiva pues con *el interés legítimo*, la satisfacción del *interés material* que le sirve de presupuesto no depende del comportamiento del agente titular del *interés material*, sino de un sujeto diverso que normalmente resulta ser titular de una potestad» (en *Comentario* al artículo VI del Título Preliminar Código

Así, el ponente del Libro de Obligaciones nos ilustra de la siguiente manera «el ejemplo que ilustra con mayor precisión los alcances del inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, está constituido por el pago que efectúa el fiador, que es la persona más representativa, sin lugar a dudas, del legítimo interés en el cumplimiento de la obligación»[26]. No obstante si afirma que «el fiador es un tercero en la relación obligacional principal o afianzada»[27], no se debe olvidar que, tal como lo recita el artículo 1868 del Código Civil, por la fianza, el fiador se *obliga* frente al acreedor […]» (La cursiva es mía). Sin mucho esfuerzo, se llega a la conclusión que el legislador entendía que la posición del legítimo interés se identifica con la de débito (situación jurídica de desventaja activa): posición en la cual se encuentra la aseguradora. Así, mientras el inciso 1 del artículo 1260 se refiere a las obligaciones solidarias o con prestaciones indivisibles, el inciso 2, a las obligaciones simples, tal como lo hacía el inciso 2 del artículo 1269 del Código Civil de 1936. No hay lugar a dudas cuando la doctrina más calificada que comentó este código, entre los supuestos que consideraba dentro de este inciso, pusiera al lado del fiador, «el pago que efectúe el *asegurador*»[28], agregando que «cuando la ley habla de interés legítimo, supone que el *solvens* tenga en alguna forma el *deber* de pagar la prestación»[29]. (Las cursivas son mías).

La fuente inspiradora[30] fue el artículo 1251 del *Code civil* francés de 1804, cuyo inciso 3 establece que la subrogación tiene lugar de pleno derecho: «En beneficio del que estando obligado, con otro o por otros, al pago de una deuda, tenga interés en pagarla».

Por su parte, el artículo 2234 del Código Civil peruano de 1852, prescribió que: «No se extingue la obligación del deudor, si un tercero hace el pago, sustituyéndose al acreedor en sus derechos. Esta sustitución se verifica ordinariamente por convenio; pero tiene lugar también por el ministerio de la ley, *siempre que el tercero es legalmente interesado en hacer el pago*». (El resaltado es mío).

El modelo francés se refiere al obligado con otros (como es el supuesto del solidario) o por otros (como el fiador) que tenga «interés» en pagar la deuda. El codificador de 1852, no obstante, se inspira en el modelo francés, incide en la situación del «legalmente interesado». Como se mencionó anteriormente, el

---

Civil, Legitimidad para obrar, en *Código Civil Comentado*, Tomo I, *Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, 65-66).

[26] Osterling y Castillo Freyre (1996: 430). En este sentido una clásica doctrina entiende que la subrogación es un «beneficio que las leyes conceden al fiador» (Pother, 1978: 275).

[27] Osterling y Castillo Freyre (1978).

[28] León Barandiarán (1992: 396).

[29] León Barandiarán (1992).

[30] Osterling (1988: 154), con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós.

codificador de 1984, siguiendo al de 1936, hizo el desdoblamiento entre los obligados indivisibles o solidarios y los que tienen «legítimo interés». De esta reconstrucción histórica se entiende que el común denominador de todos estos supuestos es que, cuando hacen referencia a un sujeto con interés (legal o legítimo), están refiriéndose a un sujeto «obligado» a pagar. Ello se entiende perfectamente si se tiene en cuenta que el sujeto que paga la deuda no tiene este «interés», debe hacerlo vía subrogación convencional.

De esta manera, al estar la aseguradora obligada a efectuar el pago, tenía —de acuerdo a las coordenadas establecidas por el propio legislador— legítimo interés para hacerlo y, por ende, se ha producido su subrogación legal. Por ello, estoy plenamente de acuerdo con quien sostiene que «ante todo, hay que separar con claridad la subrogación operada a favor de aquellos quienes la ley o las circunstancias fuerzan a pagar la deuda de otro respecto de aquellos que lo hacen sin estar forzados. A los primeros parece justo ofrecerles algún medio para paliar la situación en que se ven colocados, que en cambio, no encuentra justificación en el segundo caso»[31].

5. La posición de la doctrina nacional

Es menester recordar que «la subrogación es legal cuando se produce por virtud misma de la ley y el crédito resulta adquirido por la subrogación, sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de una norma jurídica»[32].

Clásica doctrina comercialista afirma que «dentro de la clasificación de los contratos de seguros, el que versa sobre la vida corresponde a los seguros de personas. Su objeto no es, como en el caso del seguro de cosas o de interés, cubrir una necesidad concreta por cuya entidad se valore la prestación del asegurado. En el seguro de vida, el asegurador se obliga a pagar una suma determinada que no tiene por qué tomar en cuenta el monto de necesidad patrimonial que pueda afectar a quien ha de recibir la cantidad asegurada. Se trata en este caso de un seguro de previsión y no de indemnización»[33].

Otro sector, no obstante, sostiene que «el derecho a ser indemnizado no significa la posibilidad de enriquecerse indebidamente, porque descartados los caos fortuitos y la fuerza mayor, si el daño ha sido causado por dolo o culpa grave

---

[31] Díez-Picazo (1996: 829).

[32] Díez-Picazo (1996: 831), Moisset de Espanés (1988). A nivel nacional, Boggio Amat y León (1982: 75).

[33] Montoya (1988: 123).

de un tercero, y el asegurado recibió la indemnización correspondiente de parte de la empresa aseguradora, esta debe ejercitar la facultad de subrogarse frente al responsable directo»[34], advierte que «no teniendo el seguro de vida una carácter indemnizatorio sino solo de capitalización, no da al derecho de subrogación»[35].

Al hacer el análisis respecto a los seguros de daño y a los seguros de vida, se evidenció que, más allá de las diferencias conceptuales, no hay impedimento legal alguno para no amparar la subrogación de estos últimos y que, a la larga, se trata de una opción legislativa que no ha sido asumida por nuestro ordenamiento positivo. Por ello, no resulta convincente ni persuasivo negar el derecho a la subrogación legal basándose solo en argumentos autoritativos (doctrina). Este argumento es aquel por el cual «a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido atribuido por alguien solo por este hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicación-producto o interpretación-producto, vale decir, a la praxis aplicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial o a la interpretación de la doctrina»[36]. En el caso de este tipo de argumentos jurídicos, la fuerza persuasiva no solo debe depender de la autoridad *per se* de la afirmación doctrinaria sino del argumento que, a su vez, utiliza dicha doctrina. La interpretación que niega el derecho a subrogarse en los contratos de seguros de vida no solo no tiene asidero legal, sino está en contra de la Constitución, por cuanto establece prohibiciones que no existen legalmente.

---

[34] Rodríguez Pastor (1987: 135).

[35] Rodríguez Pastor (1987). El autor afirma que la orientación de este seguro «es eminentemente previsora pues está destinado a prestar amparo a quienes dependen económicamente del sujeto de la cobertura y a proteger al propio asegurado en la edad de la senectud» (146). En este mismo sentido, sostiene que «sabido es que los seguros personales, como los de asistencia médica, accidentes personales y sobre la vida no presentan la figura de la subrogación, porque se considera que el pago que hace el asegurador no tiene el carácter de indemnización» (Olavarría, año 3, Nº 4, Lima, 90). El autor agrega que «debe tenerse presente que la aseguradora paga en cumplimiento del contrato de seguro habiendo recibido la contraprestación a su favor, y quien cumple un contrato no se irroga un daño» (91). En mi opinión, la afirmación no resiste al análisis: con ese razonamiento, no cabría subrogación para ningún tipo de seguro y el hecho de cumplir una obligación (basta leer el artículo 1260 del Código Civil) no excluye la posibilidad de subrogarse legalmente. Nota curiosa de esta posición en doctrina es la propuesta «como solución alternativa que así como se faculta sin causa real a la aseguradora a repetir del tercero responsable lo pagado al asegurado, no sería inicuo y más bien fructífero que ese derecho se otorgue a instituciones benéficas que se relacionen con el riesgo asegurado, así por ejemplo, si el siniestro es causado por un incendio p por un robo, la Compañía de Bomberos y la Policía Nacional, respectivamente, podrían ser titulares de este derecho de subrogación». Con ello se comprueba nuevamente que, más allá de diferencias conceptuales, el determinar si cabe la subrogación legal del asegurador es una decisión de política legislativa y que no existe ningún impedimento legal para la admisión de la misma en el caso de los seguros de vida.

[36] Tarello (1980: 372).

Por otro lado, si bien autorizadamente se afirma que «el seguro de vida, por ejemplo, no desplaza la carga a un tercero; sus primas no toman en cuenta ningún ingreso por recuperaciones de 'responsables': ocurrido el siniestro (fallecimiento del asegurado), se paga a los beneficiarios sin recurso contra terceros. Tampoco el seguro de accidentes de trabajo, ni aun cuando estaba administrado por los aseguradores privados (antes de que fuera integrado en la seguridad social), otorga derecho a recurso del asegurador contra el responsable del daño»[37], se advierte que no cabe hacer una interpretación *contra legem* del inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil[38] (afirmación que es perfectamente aplicable incluso para el artículo 1260 del Código Civil). Se observa además que «la eliminación de la subrogación por el asegurado ocasionaría un incremento de primas», así como que «habría que analizar el porcentaje efectivo de incidencia de tales recuperaciones de una compañía de seguros»[39], concluyendo enfáticamente que «es posible teóricamente que la acción directa pudiera ser utilizada por una compañía aseguradora contra otra»[40].

6. Conclusiones

a) Si cabe la subrogación legal del asegurador si se encuentra en alguno de los supuestos de hecho regulados en los incisos 1 y 2 del artículo 1260 del Código Civil;

b) atendiendo a que de una reconstrucción histórica y a la *mens legis*, el legislador nacional entiende como «legítimo interés» la situación jurídica de «débito», en el caso del pago de un asegurador, es de aplicarse el inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil;

c) si bien a nivel conceptual existe una diferencia entre seguros contra daños y seguros sobre la vida, el hecho de impedir la subrogación —aparte de las opiniones doctrinarias que no son pacíficas, ni son vinculantes— es una opción legislativa. Opción que ha asumido la experiencia argentina, por ejemplo, y que no ha asumido la experiencia italiana ni la peruana;

d) tanto el modelo jurídico italiano como el peruano no tienen el impedimento legal de la subrogación en materia de seguros sobre la vida: por consiguiente no es correcta ni conforme a los principios que consagra la Constitución la interpretación doctrinaria que pretende encontrar una prohibición donde no existe.

---

[37] De Trazegnies (1988: 152).

[38] De Trazegnies (1988: 153).

[39] De Trazegnies (1988).

[40] De Trazegnies (1988: 154).

Bibliografía

Angeloni, Vittorio
1958 «Assicurazione della responsabilità civile», en *Enciclopedia del Diritto*, III. Milano: Giuffrè.

Bianca, Massimo
2005 *Diritto Civile*, 4, *L'obbligazione*, reimpresión actualizada. Milano: Giuffrè.

Bigliazzi Geri, Lina
1993 «Interesse legitimo: diritto privato», en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino: UTET.

Boggio Amat y León, René
1982 *Obligaciones*. Lima: Universidad de Lima.

Caiani, Luigi
1958 «Analogia (Teoria Generale)». En *Enciclopedia del Diritto*, Tomo II, Milano: Giuffrè.

Castellano, Gaetano y Sergio Scarlatella
1981 *Le assicurazioni private*, segunda edición corregida y actualizada. Torino: UTET.

De Trazegnies Granda, Fernando
1988 *La responsabilidad extracontractual*, volumen IV, tomo II, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Díez Picazo Luis y Antonio Gullón
1982 *Sistema de Derecho Civil*, cuarta edición. tomo I, Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, Luis
1996 *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las Relaciones Obligatorias*. Madrid: Civitas.

Donati, Antigono y Giovanna Volpe Putzolu
2006 *Manuale di diritto delle assicurazioni*, octava edición actualizada. Milano: Giuffrè.

Espinoza Espinoza, Juan
2005 *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial.* Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fanelli, Giuseppe
1973 *Le assicurazioni*, tomo I. Milano: Giuffrè.

Farenga, Luigi
2006 *Diritto delle assicurazioni private*, segunda edición. Torino: Giappichelli.

Halperin, Isaac y Nicolás H. Barbato
2003 *Seguros. Exposición crítica de las Leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, tercera edición actualizada y ampliada, primera reimpresión. Buenos Aires: Lexis Nexis-De Palma.

Scalfi, Gianguido
1991 *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni.* Torino: UTET.

León Barandiarán, José
1992 *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, volumen II, *Las Obligaciones*. Lima: WG Editor.

Magazzu Andrea
1990 «Surrogazione per pagamento». En *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè.

Moisset de Espanés, Luis
1998 *Curso de Obligaciones*, tomo II. Córdova: Advocatus.

Montoya Manfredi, Ulises
1988 *Derecho Comercial*, tomo II. Lima: Cultural Cuzco.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre
1996 *Tratado de las Obligaciones*, volumen XVI, segunda parte, tomo VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Osterling Parodi, Felipe
1988 *Las Obligaciones*, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pothier, Robert Joseph
1978 *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Priori Posada, Giovanni
2003 «Comentario al artículo VI del título preliminar del Código Civil, "Legitimidad para obrar"». En *Código Civil Comentado*, tomo I, *Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico*, Lima: Gaceta Jurídica.

Reale, Miguel
1984 *Introducción al Derecho*, traducido por Brufau Prats, sexta edición. Madrid: Pirámide.

Rodríguez Pastor, Carlos
1987 *Derecho de seguros y reaseguros*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente.

Steidl, Enrico
1990 *Il contratto di assicurazione*, segunda edición. Milano: Giuffrè.

Tarello, Giovanni
1980 L'interpretazione della legge. Milano: Giuffrè.

Torres Carrasco, Manuel
2004 «Subrogación legal». Comentario al artículo 1260 del Código Civil, en *Código Civil Comentado*, tomo VI, *Derecho de las Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y LEGITIMACIÓN POSESORIA EN LOS BIENES MUEBLES

*Mateo Gómez Matos**

A don Fernando de Trazegnies Granda

1. Introducción

El estudio de los bienes muebles —que hasta hace algunos pocos años parecía muy seguro, y que venía a ponerse como ejemplo de lo estático que se muestra el régimen de las cosas— es un tema que en realidad ha tenido una larguísima evolución de dos siglos, que nunca ha pasado de moda y que más bien en los últimos años se viene actualizando desde el derecho de las garantías. Debajo de un mar en apariencia calmo se escondían fuertes corrientes y hasta traicioneros remolinos que solo hoy afloran en nuestra patria.

En todos los sistemas, la paulatina utilización de los bienes muebles como objeto de crédito, y la expansión creciente de su empleo para la inversión y el consumo duradero, ha llevado aparejada la búsqueda de mecanismos indispensables para que estas nuevas formas de tráfico puedan desarrollarse en términos de seguridad jurídica y equidad.

Entre los medios con que se ha protegido la circulación mobiliaria, tradicionalmente la función exteriorizadora de la posesión ha sido en la práctica el único método capaz de reflejar convenientemente las particularidades de un régimen dinámico y poco dado a las formalidades. En efecto, en el tráfico de las cosas muebles la posesión tiene un papel fundamental, tanto que en general representa el modo de su adquisición, mientras que el registro ha aparecido siempre relegado a un segundo plano, y a servir de muestra excepcional para algunos bienes que más se parecen a los inmuebles en su régimen.

---

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Piura. Ha sido Vocal y Presidente del Tribunal Registral de la Oficina Registral Grau.

Pero también es verdad que recientemente la sinonimia inmuebles-registro y muebles-posesión se ha venido quebrando gradualmente en la mayoría de ordenamientos en pro de nuevos sistemas de circulación controlada aplicable a un número cada vez mayor de bienes muebles. Por lo menos esto es lo que ha pasado en algunos ordenamientos cercanos al nuestro.

En este sentido, la cuestión que se ha venido planteando desde comienzos del siglo pasado es si la publicidad registral debe dirigirse por regla general a los inmuebles, y solo excepcionalmente a los muebles. Paralelamente, si la función legitimadora que presta la posesión es suficiente para los bienes muebles o hace falta pasar a un régimen protector por registro. Pero ya decididos a entrar dentro de un régimen publicitario, el primer problema que plantea el acceso al registro de los muebles es determinar el alcance que debe darse al asiento registral. La cuestión se propone, a grandes rasgos, entre dos polos, o bien acometer la tarea de construir un sistema de titularidades completas y revestir al dominio mobiliario de legitimación registral haciendo imposible el ataque por medios extra tabulares, o bien conceder simplemente un procedimiento de constitución de gravámenes que potencie el crédito de adquisición y financiamiento de cosas muebles. A fin de cuentas, el tema gira alrededor de la eficacia de la inscripción tanto para el titular registral como para el tercero, y en gran medida, si es posible la aplicación de los principios y métodos del registro de la propiedad inmueble.

Por lo pronto, dentro de estas dos grandes opciones, en el derecho comparado se encuentran matices diversos. Como veremos luego, algunos sistemas han procurado un sistema de máximos como el que tienen los inmuebles con el registro de la propiedad, y otros uno de mínimos, como el que trae nuestra ley 28677 de garantías mobiliarias.

Qué mayor justificativo, pues, para traer el tema de la legitimación mobiliaria que la reciente dación en nuestro país de la reciente ley 28677, de garantías mobiliarias. A partir de mayo de 2006, para los bienes muebles existe un régimen con vocación concentradora y universal, que con un único tipo negocial intenta cubrir todas las necesidades de aseguramiento de crédito en que medie cualquier clase de bien mueble.

Que esta ley ha venido a revolucionar el sistema de garantías mobiliarias peruano es seguro. También lo es que influirá mucho en todo el ordenamiento patrimonial peruano y que incluso sus propuestas quisieran extenderse al modélico sistema inmobiliario. Pero la ley de la garantía mobiliaria no solo ha inaugurado un nuevo ciclo en el iter legislativo de las garantías reales en el Perú, sino que la introducción de su nuevo diseño exige revisar los propios fundamentos de la circulación mobiliaria que se ponen en juego con ella.

Desde ya cabe dejar bien claro que cualquier deseo del legislador de extender la publicidad registral a las cosas muebles ha de enfrentarse con las particularidades de su circulación. Lo que sucede es que el régimen de transmisión de los muebles está atravesado completamente por el fenómeno de la posesión, de tal modo que las especialidades de su tráfico: mayor celeridad, dificultad de la prueba documental, e impedimento para cerciorarse con exactitud de la verdadera titularidad de los enajenantes, producen una modificación en las reglas generales de la reivindicación (cfr. artículo 948 del Código Civil). Luego, el sistema de publicidad registral mobiliaria —y tenemos uno muy nuevo— está directamente vinculado con el sistema de traspaso de los derechos reales sobre dichos bienes.

Por lo demás, en nuestro ordenamiento y en los sistemas cercanos al nuestro ha sido innegable la presencia de una dualidad de regímenes protectores del tráfico jurídico, centrado cada uno de ellos en un determinado tipo de bienes. En cada uno de esos regímenes hay normas protectoras del titular tanto como defensoras del adquirente. A las primeras corresponden los artículos 912 («el poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario») y 2013 del Código Civil («el contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez»), que consagran el principio de legitimación para muebles e inmuebles, respectivamente. En cuanto al segundo grupo de reglas, la opinión mayoritaria es que el artículo 2014 del Código Civil hace inatacable la adquisición realizada conforme a la fe pública registral. Este mismo efecto adquisitivo a *non domino* parece conseguirse con el artículo 948 del Código Civil.

El nuevo régimen mobiliario peruano se ha saltado muchas barreras de tipo dogmático y eso está muy bien que se haga, pero quizá convenga detenerse un poco y analizar qué ha ocurrido con los propios fundamentos de la circulación mobiliaria, esto es, con el régimen de transmisión mobiliaria del Código Civil y con el registro. El tema reclama estudiar el tráfico ordinario de los bienes muebles y cómo armonizan posesión y publicidad en la circulación mobiliaria.

En lo que sigue de este trabajo, me dedicaré a examinar las relaciones entre los artículos 948 del Código Civil y la concreta eficacia para la garantía y para la propiedad mobiliaria que trae la ley 28677. Para ello, comenzaré con lo que significa la legitimación posesoria y su concreción en el Código peruano, luego seguiré con evolución de la legitimación registral hasta la ley de mayo de 2006, y finalmente cómo armonizan ambos sistemas en el nuevo régimen.

2. La legitimación posesoria

En la circulación de los bienes muebles, la posesión desempeña una función que permite a una persona ser considerada como titular de un derecho y ejercitar las

facultades derivadas de aquel[1]. Frente a los terceros con quienes el poseedor puede contratar, el artículo 948 del Código Civil recoge la regla de equivalencia de la posesión al título, y es clave para entender el sistema de protección mobiliaria. Por esta razón, es importante estudiar cómo se interpreta dicha regla y lo que ocurre respecto de ella cuando el bien mueble accede a un registro de titularidades o a uno de gravámenes.

El artículo 948 tiene como último antecedente el conocido artículo 2279 del Código napoleónico, que importado a otros ordenamientos ha dado lugar a inagotables polémicas por lo equívoco de una redacción del estilo de los *brocards coutumiers*, de difícil inteligencia en la técnica legislativa[2]. Entre nosotros no se conservó la clásica y difícil proposición «posesión equivale a título» que conservan códigos como el español (cfr. artículo 464). En cualquier caso, la cuestión trata de la reivindicabilidad o irreivindicabilidad de la cosa vendida o cedida a *non domino*[3].

En la doctrina, hay una marcada evolución de una interpretación contraria a que la regla pudiera implicar una adquisición a *non domino* (tesis negativa), a una explicación fundamentalmente basada en ella (tesis positiva), con ciertos matices[4].

---

[1] Cfr. Díez-Picazo y Gullón (2001: 88).

[2] Cfr. Saleilles (1927: 139. El artículo 2279 del Código francés dice: «en fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il à été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celuidans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient». Este texto ha sido tachado de verdadero puzle o rompecabezas, debido a la diversidad de opiniones sobre cómo entender su contenido normativo y averiguar su eficacia en el sistema mobiliario (cfr. Díez-Picazo 1979: 7).

[3] Cfr. Vallet de Goytisolo (1962: 297).

[4] Los autores franceses prontamente se inclinaron por la explicación germanista. Así, incluso para los códigos de dudoso sentido exportaban la interpretación germanista. Por ejemplo, Saleilles (1927: 136) opinaba que en el artículo 464 español la posesión constituye un título adquisitivo. A este autor parece haber seguido especialmente Leopoldo Alas (1920: 127 y ss.), a partir de cuya obra la doctrina española se hará mayoritariamente germanista y se hablará abiertamente de una adquisición *a non domino*, por lo que debe ser citado con justicia como el impulsor de esta tendencia. Fue el primero en difundir la teoría de la publicidad de la *gewere* mobiliaria y dedica buena parte de su obra a combatir especialmente las opiniones de Mucius Scaevola y Manresa. Han seguido esta línea: Núñez Lagos (1934: 69 y ss.); Sanz Fernández (1946: 146); De Diego (1923: 469); Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill (1979: 608, nota 4). Castán se mostró germanista desde sus «Notas» a la traducción a Saleilles, y luego en (1987: 436). Fuenmayor sigue a Núñez Lagos en cuanto a admitir una presunción *iuris et de iure* (1941: 103 y ss.). En los últimos tiempos, el empuje que ha tenido esta tesis se debe a las obras de Hernández Gil (1944: 491 y ss.; 1980); así como a las de De la Cámara (1979; 1982). Se encuentran también en este sector: Albaladejo (2002: 117); Lacruz et al (2000: 193 y ss.); Díez del Corral (1972: 278); Espín Canovas, con alguna duda en cuanto al alcance de la privación ilegal (1959: 42); a Puig Peña le parece más racional la interpretación germanista, pero prefiere atenerse a la orientación inspirada en el derecho romano, «que es la del Tribunal Supremo en su sentencia del 19 de junio de 1945» (1972: 297); Jordano Barea (1950: 690); Peña (1952: 734 y ss.); De Ángel (1975: 69);

Las denominaciones más conocidas son: «romanista» y «germanista», respectivamente[5].

El Código Civil peruano de 1984 ha recogido en el texto del artículo 948 la tesis germanista. Según esta teoría, la equivalencia entre posesión y título significa que la posesión de buena fe de cosas muebles confiere *ex lege* al adquirente la propiedad u otro derecho real, aunque el transmitente carezca de poder de disposición. Se produce una adquisición a *non domino* del mismo derecho sobre la cosa en cuyo concepto se haya transmitido dicha posesión. Por ejemplo, el de

---

Álvarez Caperochipi (1986: 101); y Amorós, que aunque acepta el planteamiento de Vallet, se inclina por la interpretación germanista y un concepto reducido de «privación ilegal» a robo y hurto (1972: 202). Dada la finalidad de este trabajo, quedo dispensado de presentar la tesis de la presunción del título. En todo caso, véase Gómez Matos (2005: 117).

[5] Las denominaciones «romanista» y «germanista» obedecen a los especiales y contradictorios estatutos de adquisición e irreivindicabilidad, que se quieren hacer valer en la interpretación de la célebre proposición «posesión equivale a título». No responden entonces a que por ejemplo, la equivalencia de la posesión al título para la usucapión haya tenido su origen en Roma, sino simplemente a los principios se encuentran en el fondo de cada tesis y a los precedentes que citan una u otra. Ahora bien, no debe exagerarse el antagonismo entre estas dos tesis centrales y opuestas. Por ejemplo, a propósito del artículo 464 del Código español que repite la fórmula, se han planteado diversas teorías interpretativas. Miquel expone las siguientes: teoría del título para la usucapión, tesis de la prescripción instantánea, teoría de la presunción de propiedad, teoría de la adquisición ex lege, tesis de la irreivindicabilidad, y teoría del título por equivalencia (cfr. La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464, 1 del Código Civil), Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 169 y ss.). Por otro, la doctrina ha matizado las diferencias entre las posiciones romanista y germanista, tratando de distender el antagonismo absoluto en que se suelen plantear. Así, ni el sistema romano debe ser concebido como la condensación máxima del individualismo, ni el germánico se identifica por el espíritu social. Se aclara que, aunque la filiación del principio «posesión equivale a título» es germánica y el derecho romano lo desconoce, no debe caerse en el radicalismo de negarlo para este último. Se reconoce igualmente que, tal como figura en los códigos actuales, la regla de la equivalencia no es una pura versión del derecho germánico. Además, incluso los germanistas no creen que en la equivalencia de la posesión al título haya puro germanismo y admiten la interferencia del derecho romano en el régimen de posesión. En este sentido, Antonio Hernández Gil explica que en el Derecho germánico solo era decisivo que en la desposesión hubiese intervenido la voluntad del anterior poseedor. Si era así, la llamada acción de *anefang* no procedía; la adquisición se consolidaba en favor del adquirente porque su posesión se hacía inatacable. Por el contrario, si la desposesión había sido voluntaria, procedía la reivindicación. Todo giraba pues en torno al primer desplazamiento del bien mueble, a su puesta en circulación por A, recibido por B con el concurso de la voluntad de A, si este procedía a una enajenación sobrepasando las facultades que le correspondían C, sin más, consolidaba una posesión inatacable. Agrega que no es así como rige el principio en el derecho moderno donde la buena fe es esencial. La procedencia de este factor es romana. Por lo demás, las concretas aplicaciones de la buena fe posesoria son numerosas. Entre ellas resaltan las relativas a la usucapión. Aunque el artículo 2279 del *Code* no hizo mención de la buena fe, inmediatamente después de su promulgación se consolidó la doctrina que afirma su exigencia. La exigencia de la buena fe figura en la mayoría de los dódigos modernos, en nuestro artículo 948 queda muy claro (cfr. *La posesión, cit.,* pp. 520 y ss.).

propiedad, si la cosa se entregó en concepto de dueño; el de usufructo, si se le dio al adquirente para que la usufructuara, etcétera[6].

La adquisición de titularidad por la posesión excluye la reivindicación de la cosa por el anterior titular desposeído con el concurso de su voluntad, salvo en los casos de pérdida o bienes adquiridos con infracción de la ley penal, lo cual excluye las privaciones ilegales que no constituyan delito, y hace que estas excepciones se entiendan restrictivamente, de modo que no eliminen la posibilidad de adquisición, sin perjuicio de las acciones personales que correspondan al perjudicado frente al enajenante[7]. Aunque no se diga, entiendo que la adquisición a *non domino* solo se justifica cuando haya sido a título oneroso[8].

En la explicación histórica de este sistema favorable al tráfico se suele citar la institución de la *gewere* mobiliaria como antecedente remoto que lleva hasta los derechos no romanizados de la Europa antigua y medieval —conocidos genéricamente como «derechos germánicos»—, que fueron los que limitaron la posibilidad de reivindicación a los supuestos en que el dueño hubiera perdido

---

[6] Los autores franceses reconocen dos funciones en la regla *possession vaut titre* del artículo 2279 del Code: una adquisitiva —a non domino—, y otra probatoria, que encuentran aplicación en situaciones distintas (cfr. Colin y Capitant, 1961: 625). Ya Saleilles explicaba que, conforme a dicho artículo, la posesión tenía dos funciones claras: servir como título de adquisición o como presunción de título, y agregaba un caso de inaplicación cuando se tiene que probar el título en el supuesto de mala fe (pp. 120 y ss.). Miquel explica que la doctrina francesa explica la regla en su función adquisitiva como implicando un modo de adquirir que tiene carácter originario. En cambio, cuando se aplica la regla en su función probatoria se explica como una presunción *iuris tantum* de título (Mique, 1979: 181). La doctrina de la adquisición *a non domino* se recoge además en los códigos italianos, de 1865 (artículo 707: «con respecto a los bienes muebles por naturaleza y a los títulos al portador, la posesión produce, a favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a las universalidades de muebles», artículo 708 y 709: «sin embargo, aquel que ha perdido la cosa o fue robado puede recuperarla de aquel en quien se encuentra»); y de 1942 (artículos 1153 y ss.). También en el Código austríaco (§ 367); BGB (§ 932-934, § 935: «la adquisición de la propiedad, por virtud de los parágrafos 932 a 934, no se realiza cuando la cosa ha sido robada o perdida, o de cualquier otra forma se ha extraviado»); ZGB (§ 933, § 934: «cuando el poseedor de una cosa mueble ha sido robado, la ha perdido o se ve desposeído de cualquier otra manera sin su voluntad, puede reivindicarla durante cinco años»); código de Holanda (artículo 2014); y de Hungría (§ 299). Los códigos iberoamericanos siguen también el código napoleónico en esta materia. Así, el Código argentino (artículo 2412); y el Código venezolano (artículo 783, según la reforma de 1916). El Código Civil de Perú de 1936, en su artículo 546, solo establecía una presunción de título a favor del poseedor de cosas muebles para los efectos de la prescripción; el vigente Código Civil de 1984, como estoy comentando en el texto, establece la adquisición de propiedad en su artículo 948: «quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal».

[7] Véase Hernández Gil (1979: 506).

[8] Cfr. Albaladejo (1997: 483 y ss.). En el mismo sentido Lacruz *et al.* (2000: 203).

involuntariamente la posesión de un mueble[9]. Con un razonamiento diferente al romano, la ostentación del derecho sobre la cosa era tratada en el tráfico como si fuera realidad. La *gewere* no es algo provisional, sino una posición definitiva y suficiente. Quien ostenta la *gewere* sobre una cosa mueble, aunque no sea dueño de ella, puede provocar su transferencia válida, claro está, cuando la ha recibido voluntariamente del dueño (verbigracia, si este se la dio en arrendamiento, comodato, depósito o prenda). Para que opere, es preciso que el dueño haya entregado la cosa de grado y no por fuerza: que haya sido él quien confió en el nuevo poseedor. Así se explica con el viejo adagio germánico que reprende al dueño: «busca tu confianza donde la has puesto». Es decir, si por iniciativa tuya has comunicado la cosa a otro, eres responsable de la apariencia de dominio que has creado en el nuevo poseedor en quien confiaste. Otra fórmula justificativa de una adquisición legítima sin base en el derecho del enajenante, es la del *hand whare hand* o «la mano guarda la mano».

Conviene saber, para completar la perspectiva histórica, que estos orígenes germánicos existieron en el derecho francés hasta el siglo XIII. Solo en caso de desposesión por causa de pérdida o robo se concedían acciones, originariamente penales, que pronto se equipararon a la reivindicatoria. Regía el aforismo *mobilia no habent sequelam*, que más que al menosprecio económico a esta clase de bienes, alude a su difícil identificación y perseguibilidad debido a un tráfico frecuente y acelerado. También el adagio *meubles n'ont pas de suite*. Después del siglo XIII, y debido a la influencia del derecho romano, el ámbito de la reivindicación se fue ampliando paulatinamente hasta el punto de admitirla siempre. La aplicación de la regla *meubles n'ont pas de suite* se reduce hasta concretarse a la hipoteca: *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Con el paso de los años se fue gestando una reacción contraria a la reivindicación, para proteger el comercio. Desde comienzos del siglo XVII, todos los esfuerzos se encaminaron a reducir los efectos de la reivindicación. Se acortó la duración de la acción dejándola en tres años, y más tarde se suprimió del todo en el caso de que el propietario hubiese hecho dejación voluntaria a un depositario infiel. Surge así una nueva máxima que sustituye con el mismo alcance a las antiguas: *en fait de meubles, la possession vaut*

[9] La explicación histórica del porqué los derechos no romanizados de la Europa antigua y medieval —conocidos genéricamente como «derechos germánicos»— limitaron la posibilidad de reivindicación a los supuestos en que el dueño hubiera perdido involuntariamente la posesión de un mueble, se ha basado en el concepto de la *Gewere.* Según explica García de Valdeavellano (1959: 361), esta idea, que se manejó en lugar de la posesión y a veces de la propiedad, significó primero el acto formal de revestimiento o investidura, y después la relación externa en que una persona está respecto de una cosa. En suma, la ostentación del derecho sobre la cosa tratada en el tráfico como si fuera realidad.

titre. Esta habría sido recogida por un reconocido jurista —Bourjon— quien la explicaba como doctrina corriente observada por la jurisprudencia del Châtelet —tribunal de primera instancia en París—, de aquí pasaría al artículo 2279 del Code, precedente último del artículo 948 del Código Civil[10].

Sistemáticamente, el artículo 948 del Código Civil así interpretado encajaría dentro del sistema de normas protectoras de la apariencia al servicio del tráfico, y más concretamente en las protectoras del tercero de buena fe[11]. El paralelismo con el artículo 2014 del Código Civil vendría a ser perfecto[12]. Hay que decir que debe considerarse dicho precepto como una norma de protección de tercero, pues no actúa en una sola y estricta relación entre partes. El supuesto típico es el siguiente: A cede a B en depósito o comodato o arrendamiento o prenda un mueble. B vende a C ese mismo bien. Y C, si adquiere la posesión de buena fe, se convierte en propietario, sin perjuicio de las acciones personales —e incluso penales— que pueda ejercitar A respecto de B. Hay entonces yuxtaposición de dos relaciones entre partes en donde un sujeto se repite en ambas relaciones y otro es tercero respecto de la primera relación. Dicho precepto solo tiene aplicación cuando se trata de un tercero que adquiere o defiende su adquisición[13].

La doctrina apunta razones económicas cuando justifica que la ratio de la adquisición a *non domino* mobiliaria radica en ahorrar enojosas investigaciones sobre la titularidad de quien enajena[14]. Algunos autores suelen presentar dramáticamente las especialidades del tráfico mobiliario: inestabilidad de su tenencia, la inseguridad, la movilidad, la heterogeneidad, y la habitualidad de las operaciones desprovistas de titulación documental y con meras tradiciones manuales. Todo ello para abonar la tesis de que a los muebles responde mejor un régimen basado en la adquisición por la posesión[15]. Es curioso y hasta contradictorio que estas

---

[10] Cfr. Picard (1942: 319). Véase también Saleilles (1927: 103).

[11] La buena fe del poseedor, dice De La Cámara (1979: 190), es una exigencia claramente compatible con la teoría de la adquisición *a non domino.* En cambio, resultaría superflua si se estimase que la equivalencia entre posesión y título solo daba lugar a una presunción *iuris tantum* de propiedad, cuya función es suplir la dificultad en que normalmente se hallará el poseedor demandado de probar su título.

[12] Ya desde la invocación histórica a la *gewere* se intenta la comparación con el régimen de los inmuebles. Se sostiene que esta figura añeja prefigura los efectos del registro de la propiedad y de la adquisición *a non domino* de muebles. Esto es, el que tiene la *gewere,* como hoy el que tiene a su favor una inscripción en el registro o la posesión de un bien mueble, se halla investido de las defensas y a veces, de las facultades transmisivas de un propietario con título suficiente y vigente (cfr. Peña, 1952: 742).

[13] Cfr. Hernández Gil (1979: 507).

[14] Así Jordano Barea (1950: 690 y ss.); y Gordillo Cañas (1994: 77; 1995: 527 y ss.). También Lacruz *et al*. (2000: 203).

[15] Véase Hernández Gil (1979: 517 y s.).

mismas razones se den ahora para justificar un régimen controlado, aunque sea limitado, como el que ha introducido la ley de garantías mobiliarias peruana.

3. La insuficiencia de la publicidad posesoria

La protección a la adquisición del tercero de buena fe por medio del artículo 948 no es suficiente cuando estamos frente a bienes especialmente valiosos y fácilmente identificables. Para ellos, y solo para ellos, los civilistas y los hipotecaristas, desde hace mucho, desde la Carta de Buenos Aires aprobada en el I Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972 y en los congresos internacionales sucesivos, aconsejan un auténtico sistema de protección registral, lo cual nos sitúa ya fuera de la opción elegida por el legislador de la ley 28677.

Conviene examinar ahora el proceso que ha seguido la problemática que estudiamos.

El fenómeno de la inclusión progresiva de bienes muebles en los registros es conocido por la doctrina con distintos matices. Los autores se refieren a esta nueva realidad como un «proceso ampliatorio del objeto registral»[16] o —como dicen los italianos— un «processo espansivo»[17] ya consagrado legislativamente con la incorporación —en el Codice— de la categoría de los bienes muebles registrables. En suma, se entiende que hay una predisposición del sistema registral a completarse con bienes distintos a los predios[18].

Las soluciones legislativas que han permitido a los bienes muebles acceder a la publicidad registral son diversas y su desarrollo es prolongado en el tiempo. De hecho, en nuestro país desde la regulación de la hipoteca naval hasta la creación del nuevo diseño de un registro de bienes muebles conformado por registros jurídicos de bienes muebles y por el registro mobiliario de contratos, ha trascurrido todo un siglo. Téngase en cuenta que la inicial legislación hipotecaria partió de la base de la distinción civilística entre bienes muebles e inmuebles, tratando de proteger con urgencia el tráfico jurídico de los últimos[19]. En la misma dirección, cuando de muebles se trata, la superación del modelo codificador napoleónico

---

[16] Según De Ángel (1975: 85), se trata de una «ampliación del círculo de los bienes registrables». García García (2002: 72), se refiere a ella como la «mera ampliación del objeto del registro de la propiedad a otros bienes distintos de los bienes inmuebles»; y Chico (2000: 33), a propósito del registro de la propiedad, como la «tendencia a la ampliación de su ámbito funcional».

[17] Gabrielli (1988: 431).

[18] Gómez Gálligo (1999: 651 y ss.) considera que uno de los factores más importantes en este proceso lo constituye el acceso a la protección registral del patrimonio mobiliario.

[19] Chico (2000: 1775).

de garantías y clasificación de bienes también se ha hecho entre nosotros a través de leyes especiales, hasta la ruptura definitiva de esta línea con la ley 286777.

En efecto, en el Perú el iter legislativo de los muebles en el registro ha atravesado, según creo, tres grandes etapas.

En una primera fase, la originaria adscripción del bien inmueble a la legislación registral fue asimilada prontamente por otras disposiciones que trataron de utilizar la ventaja registral de la figura de la hipoteca. Este es el fundamento de la ley 2411 de 1916, de hipoteca naval, con la que se inicia —en el ordenamiento peruano— el fenómeno de la expansión de la publicidad registral hacia los bienes muebles. Es verdad que en el punto de partida de este proceso se desvirtúa la naturaleza mueble del buque considerándolo ficticiamente como inmueble, aunque al solo efecto de la garantía (cfr. artículo 1 LHN). Sigue esta línea la hipoteca de aeronaves que contenía la ley de aeronáutica civil.

Muy tempranamente y también desde comienzos del siglo que ha pasado, se abrió un segundo y largo período de prendas sectoriales y registros especiales limitados a los gravámenes o a los contratos. Este ciclo empieza con la prenda mercantil del Código de Comercio, con la ley 2402 de prenda agrícola, y con la ley 6565 del registro fiscal de ventas a plazos de 1929. En las décadas sucesivas se completó un repertorio de hasta dieciséis prendas de este tipo, entre las que reconocemos las de prenda industrial, la prenda minera, la prenda global y flotante, entre otras.

Hasta aquí llega el paralelo que se puede hacer entre el ordenamiento peruano y los ordenamientos continentales de los que hemos bebido en esta materia. Es curioso contrastar como las necesidades del tráfico que se hacen sentir en las economías avanzadas y que reciben diversas soluciones son importadas a nuestro país sin tomar en cuenta lo inoportuno de su admisión y lo difícil que puede ser su adaptación, sobre todo cuando proceden de sistemas distintos al nuestros.

En efecto, en algún otro lugar he hecho un símil con el proceso que han seguido las garantías mobiliarias en Francia, Italia, Alemania y España, y he encontrado que parece repetir el curso de la implantación de los sistemas hipotecarios modernos[20]. Hoy se repiten en las economías desarrolladas las mismas circunstancias favorables que desde principios del siglo XIX se presentaron para desarrollar registros fuertes de inmuebles.

Sin embargo, de las épocas de irrupción de la legislación de gravámenes con registros parciales y limitados a las cargas, y el contexto socio-económico actual no ha seguido, como en parte de Europa, un registro de titularidades mobiliarias, para los muebles valiosos y perfectamente identificables. Por el contrario, hemos

[20] Gómez Matos (2005: 144 y ss.).

pasado a un diseño genérico de minusvaloración de la institución registral, en el que se ha querido tener un registro único limitado a contratos o garantías.

Precisamente, con la ley 28677 de garantías mobiliarias y su reglamento, la resolución 142-2006-SUNARP, se ha inaugurado un tercer tramo que lleva a un nuevo sistema de publicidad registral mobiliaria que, en mi opinión, debilita la institución registral y abandona el modelo registral fuerte que obra en el Código Civil y en el reglamento general de inscripciones en pro de un nuevo diseño más parecido a los que existen en el derecho norteamericano del *notice filing*. Con todo, creo que no hemos llegado, todavía, a ese punto, pues lo que hay es una especie de sistema mixto en el que coexisten, por un lado, los registros jurídicos de bienes de calificación medianamente plena y aplicación de los principios registrales, y por otro, la unificación de los registros múltiples de garantías prendarias en el llamado registro mobiliario de contratos con calificación atenuada, que yo llamaría ausencia de calificación, y la imposibilidad de aplicar los principios registrales.

Como sea, la búsqueda del fomento del crédito mobiliario de adquisición de bienes costosos y productivos no necesariamente tiene que estar basado en la publicidad universal de su circulación, pero sí tiene que ser un régimen dual y flexible, acorde con la heterogeneidad de los muebles.

4. Publicidad registral y legitimación posesoria: armonización

La sustitución de la exteriorización fáctica y natural del hecho posesorio, por el más exacto y artificial modo de la organización registral genera consecuencias en el tráfico patrimonial mobiliario, más cuando se trata de un tráfico marcado por especiales notas de agilidad y diversidad, por lo que cabe ahora estudiar cómo armonizan la posesión con el registro.

En el engarce entre la posesión y el registro para muebles ha primado la influencia de los autores germánicos. Leopoldo Alas, lo expresa con bastante claridad: «Registro para los inmuebles, posesión para los muebles, tales son los medios que han servido generalmente hasta hoy para asegurar la publicidad del dominio y de los demás derechos reales, protegiendo de este modo la buena fe de los terceros y la seguridad del comercio jurídico»[21]. Desde esta óptica se ha dicho que en los derechos francés, alemán y español hay un evidente paralelismo entre los efectos de la inscripción en materia de inmuebles y los de la posesión en materia de muebles.

Según mi modo de ver, un auténtico paralelismo es el que se encuentra en los ordenamientos de los países de más directa tradición germánica, en que la

[21] Alas (1920: 15).

posesión es aún más importante por la exacerbación del modo (cfr. §§ 892 frente al 1.006; y §§ 873 versus 932 del BGB; y artículos 656 frente al 714 ZGB)[22].

En los ordenamientos en que rige el consensualismo como sistema de transmisión en general, a pesar de la importancia de la tradición mobiliaria por distintas razones históricas —derecho de las costumbres en el caso francés—, se ha visto que el principio del consensualismo impide a su doctrina predicar abiertamente la función publicitaria en la posesión.

Paralelismo en los sistemas de exacerbación del modo

¿Cómo funciona la relación entre posesión y registro en los sistemas donde se atiende únicamente al modo como adquisición del derecho?

En los ordenamientos germánicos, los compiladores del BGB rechazaron expresamente el principio de la eficacia traslativa del consenso francés por no responder a las necesidades del comercio jurídico[23]. En este punto, el modelo seguido procede del Código de Comercio alemán de 1861[24]. Sin un signo externo que atestigüe públicamente la transferencia de propiedad, se considera que la negociación de los bienes deviene insegura. Para los muebles basta la posesión. Tratándose de los inmuebles, este signo externo no podría consistir en el hecho histórico de la entrega, necesitándose sobre todo un permanente registro de pública consulta.

En Alemania los bienes muebles e inmuebles se hallan sometidos a regímenes diferentes[25] y aunque no existe una distinción formal en el BGB se estudian con separación el derecho de cosas inmuebles o derecho inmobiliario *(grundstücksrecht,*

---

[22] Por similar vía, llega a la misma conclusión Fernández Gregoraci (2002: 56), al afirmar que los comentaristas de los códigos alemán y suizo, que destacan por formular de manera perfecta el principio de legitimación registral entendiéndolo como una presunción de pertenencia y existencia del derecho a favor del titular registral, establecían un paralelismo entre la inscripción y la posesión al colocar la diferencia entre el régimen inmobiliario y el mobiliario precisamente en el instrumento que para cada uno de ellos actúa como título de legitimación: la inscripción registral crea una presunción en favor de la existencia del derecho inmobiliario a que se refiere, y la posesión cumple la misma función en los muebles.

[23] Bianca (1994: 501).

[24] Miquel (1979: 155).

[25] En el Código alemán la separación de muebles e inmuebles es más bien acentuada, a pesar de que no se encuentra formalmente, pues solo hay referencias diversas a fincas y muebles por separado. La sección segunda del libro primero, parte general, trata de las cosas en común. Decide que las cosas son fungibles y consumibles pero no define los muebles y los inmuebles. Sin embargo, al tratar las cosas fungibles y consumibles dispone que estas son solo cosas muebles, del mismo modo que el artículo 337 del Código español declara que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Además, al definir las partes integrantes de una cosa parece hacer una clasificación de los inmuebles por incorporación e inmuebles por naturaleza (cfr. §§ 91 a 97 BGB, ambos inclusive).

liegenschaftsrecht), y el derecho de cosas muebles *(fahrnisrecht)*[26]. Así, para los inmuebles la inscripción es constitutiva (cfr. § 873 BGB), y para los muebles la posesión permite la adquisición del no titular, a *non domino* (cfr. § 932 BGB). En dicho supuesto, la propiedad escapa a la acción reivindicatoria y es reemplazada por una acción personal indemnizatoria de los perjuicios causados, con lo que se modifica el principio romano *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, aunque para ambos tipos de bienes rige el principio del consentimiento abstracto.

Así, la seguridad de la circulación de los derechos mobiliarios exige la referencia a un dato externo de rápida valoración, cual es la posesión de la cosa. Con todo, el suyo es un sistema sui generis. El § 929, del título tercero, «adquisición y pérdida de la propiedad de las cosas muebles»[27] del Código alemán, consagra un sistema transmisivo con dos requisitos: a) entrega de la cosa; y b) *einigung,* o acuerdo abstracto de transmisión.

Como el acuerdo abstracto de transmisión se sobrentiende, la entrega alcanza un papel central. Resulta imprescindible matizar que dicho sistema se ve algo espiritualizado, pues el BGB no solo comprende la entrega manual, sino también la *traditio brevi manu* del § 929 inciso 2, el constituto posesorio del parágrafo 930[28] y la cesión de la pretensión de restitución del § 931[29]. Cada uno de ellos tiene un correlato para el supuesto de enajenación por un *non domino.* El parágrafo central es el 932 que consagra en general y para el caso de *traditio brevi manu*, la adquisición por el adquirente de buena fe[30], así como se encarga de definir este último término. Los parágrafos 933 y 934 BGB establecen las condiciones para la eficacia adquisitiva a non domino en los casos del constituto posesorio y

---

[26] García de Valdeavellano (1959: 360), Díez-Picazo (1995: 176).

[27] El parágrafo 929 BGB manda que «para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad».

[28] Según el § 930 BGB: «Si el propietario está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituída por el hecho de que entre él y el adquirente sea pactada una relación jnurídica en cuya virtud el adquirente obtiene la posesión mediata».

[29] De acuerdo al parágrafo 931 BGB, «si un tercero está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el propietario ceda al adquirente la pretensión de entrega de la cosa». Se refiere a la pretensión que el propietario enajenante tenía contra el tercero que posee la cosa, para que se la entregase o restituyese.

[30] § 932 BGB: «por una enajenación realizada según el parágrafo 929 el adquirente se hace propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a no ser que él —el adquirente— no esté de buena fe en el tiempo en que según estas disposiciones adquiriría la propiedad. En el caso del parágrafo 929, inciso 2, esto solo vale, sin embargo, si el adquirente había obtenido la posesión del enajenante. El adquirente no está de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante».

de la cesión de la pretensión de restitución. Aunque el estilo es completamente distinto, la lectura de estos artículos recuerda el sistema francés.

Ahora bien, la posesión no es suficiente en el caso del tráfico de ciertos muebles. Por ejemplo, para los vehículos, cuya transmisión tiene lugar con la simultánea entrega de un documento que le acompaña, caso en el que la importancia de la posesión material en la exteriorización de derechos en esta parcela es menor. No obstante, en el ordenamiento alemán han ganado mucho terreno las formas de garantía crediticia mobiliaria basadas en la reserva de dominio y en la transmisión o cesión en garantía de la propiedad del bien, que prescinden de cualquier tipo de publicidad, con lo que no existe propiamente un sistema de publicidad registral de bienes muebles en el derecho alemán registral[31]. Por esta razón, es claramente excepcional la regulación legal de las hipotecas mobiliarias de buques —*schiffshypotheken*— y de aeronaves —*registerpfandrecht am luftfahrzeu*—.

En Alemania, la práctica comercial de las reservas de dominio —*eigentumsvorbehaldt*— tiene muchísimo desarrollo, a través de sus dos subtipos legales: la versión «prolongada» o *verlängerte*, y la llamada «ampliada » o *erweiterte*, que constituyen, junto con la transmisión fiduciaria de la propiedad, la técnica más utilizada de garantía real sobre bienes muebles y derechos incorporales[32].

Ahora bien, la ausencia de un sistema de publicidad registral mobiliaria en Alemania no es del gusto de todos, y hay gravísimas dudas doctrinales y prácticas sobre la solución de los problemas de concurso de la reserva con otras garantías. Por ejemplo, a pesar de la falta de publicidad de la reserva de dominio, la doctrina y la jurisprudencia alemanas no niegan la reipersecutoriedad mobiliaria —a favor del comprador— cuando la garantía se constituye sobre bienes de equipo (si se constituye sobre mercaderías y bienes destinados a la reventa se presume una autorización para enajenar la cosa a terceros en el curso ordinario de los negocios). Es el adquirente quien en derecho alemán soporta la carga de investigar acerca de la existencia de la garantía. Por estos problemas sus vecinos suizos niegan toda eficacia en su territorio a las reservas de dominio 'ocultas' sobre bienes procedentes de Alemania[33].

En la misma órbita, es llamativo el enfoque del Código suizo, pues su libro IV, parte tercera, trata conjuntamente la posesión y el registro. Dicha sistemática responde a una organización del tráfico según el binomio muebles-posesión,

---

[31] Cfr. Bercovitz (1988: 19); Garrido (2000: 511 y ss.); y Domínguez Luelmo (2003: 973).

[32] Serick (1988: 61 y ss.).

[33] Fernández del Pozo (2004: 19).

inmuebles-registro[34]. Su régimen muestra un sistema mobiliario anclado en la posesión y en la irreivindicabilidad limitada de los bienes muebles, junto a una estricta y fuerte organización inmobiliaria registral donde la identificación a través del catastro es muy rigurosa.

Basta decir, en lo que a la cuestión mobiliaria concierne, que los artículos 714, 728, 746, 884, 919 y siguientes del *zivilgesetzbuch* consagran la posesión como la base normal de la adquisición, transmisión, prescripción, establecimiento de usufructo o constitución de prenda sobre muebles. Dichos preceptos unen, a través de una presunción, la posesión de muebles de buena fe con la existencia del derecho correspondiente (cfr. artículo 930 ZGB), y hacen irreivindicables las cosas muebles cuando se han recibido de buena fe, incluso si la cosa fue confiada al enajenante sin facultad de disponer (cfr. artículo 933 ZGB). Cuando se trata de cosas robadas, perdidas o de las que se ha sido privado contra voluntad, cabe la reivindicación dentro de cinco años por cualquier adquirente; pero si son adquiridas en subasta pública, en un comercio, o de un empresario dedicado a su tráfico, cabe la reivindicación si se abona el precio pagado por ellas (cfr. artículo 934 ZGB). En cambio, el régimen de los derechos reales inmobiliarios se fundamenta exclusivamente sobre el registro —*grundbuch*—, pues todas las adquisiciones de derechos reales

[34] Refiriéndose a la sistemática del derecho suizo, decía don Jerónimo González (1924: 261), que el punto de inicio de este tratamiento está en la distinción tradicional entre bienes, según la naturaleza de las cosas, entre muebles e inmuebles. La glosa que el célebre hipotecarista hace de la exposición de motivos del ZGB, es muy ilustrativa sobre el modo en que en estos sistemas se articulan posesión y registro: «surge una distinción inevitable, nos dice la exposición de motivos del anteproyecto, según la naturaleza misma de las cosas, entre las reglas adecuadas a los muebles y las que están destinadas a los inmuebles. En materia de transacciones mobiliarias, puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre la cosa, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto a cualquier tercero de buena fe, sin que este último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles, en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa en comparación con la omnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída. Así, tiene distinto valor, según se trate de inmuebles o muebles, la circunstancia de que la posesión o el goce virtual no puede ser expresado completamente por medio de una ficción, y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos. Dichas formas son entonces constitutivas del derecho. Quien se aprovecha de ellas puede ser considerado, por cualquier tercero de buena fe, como titular verdadero del derecho. Las formas inmobiliarias consistirán en actos emanados de una autoridad pública, en signos colocados en el inmueble mismo o en una inscripción sobre los registros oficiales. Tendrán siempre una doble finalidad; por de pronto, la constitución del derecho real sobre el inmueble; después su manifestación general y cierta».

sobre inmuebles se hacen depender de la inscripción en el registro fundiario, en régimen de inscripción constitutiva (cfr. artículos 656 y 971 ZGB).

La equivalencia en los sistemas de consenso traslativo

¿Cómo funciona la relación entre posesión y registro en los sistemas de consenso traslativo?

Del mismo modo, alejados de cualquier afán por la publicidad y exteriorización, el ordenamiento francés[35] y el italiano[36] a pesar de su raigambre romanista, en la práctica tienen regímenes en los que su germanismo en cuanto a bienes muebles hace que la adquisición escape del principio del consenso traslativo que impera como regla general para todos los bienes.

En el derecho francés, la relación entre la posesión mobiliaria y el registro, entendida como si se tratasen ambos de medios de publicidad que difieren en cuanto a su objeto, posesión en exclusiva a los muebles, y registro para inmuebles, ya fue expresada con meridiana claridad por la doctrina francesa de comienzos del siglo pasado.

Con ocasión del artículo 2279 del Code, antecedente histórico de nuestro artículo 948, Saleilles planteó el problema de que en materia de muebles, no podían sus transacciones sujetarse a una publicidad formalista y complicada y que no podía establecerse para ella un sistema de inmatriculación. Con autoridad reconocida, este legislador francés sostenía que la difundida regla del artículo 2279, nuestro artículo 948 del Código Civil, tiene por objeto realizar, en materia de bienes muebles, la misma función protectora del crédito que cumple el sistema de inmatriculación y el registro de la propiedad respecto a los inmuebles. Por ello llegó a afirmar que dicho artículo es la consagración casi extrema de un sistema de publicidad y legalidad en materia de muebles análogo a lo que en Alemania es la inmatriculación respecto a los inmuebles[37].

El ordenamiento francés es el primer modelo en el que la publicidad de las garantías mobiliarias rompe el esquema codificador a través de una evolución fragmentaria sustentada en leyes especiales, de las cuales, en gran medida, bebió

---

[35] El Título I —*De la distinction des biens*— del libro segundo —*Des biens et des différentes modifications de la propriété*— del *Code,* empieza con el artículo 516 que se limita a decir que todos los bienes son muebles o inmuebles. El capítulo primero de dicho título se ocupa de los inmuebles y comprende desde el artículo 517 al 526, ambos inclusive. El capítulo segundo está dedicado a los muebles, y comprende hasta el artículo 536 inclusive.

[36] La sistemática del *Codice* de 1942 es similar a la del Código francés. El título I del libro tercero trata de los bienes. Su sección II está dedicada a *Dei beni inmobili e mobili*, y solo el artículo 812 intenta describirlos.

[37] Saleilles (1927: 104).

la normativa española y, a través suyo, la legislación peruana. Entre las fuentes sectoriales francesas se encuentran, la ley de hipoteca marítima de 1874 y la de 1917 de hipoteca fluvial; la del *nantissement du fonds de commerce*; y la de garantías mobiliarias sin desposesión documentadas en warrants, especialmente, el agrícola. Entre las disposiciones recientes, debo mencionar las de reserva de dominio, del 12 de mayo de 1980 y 10 de junio de 1994.

Toca ahora ocuparnos del sistema mobiliario italiano. El Código Civil de 1942 ocupa una posición aislada dentro del derecho comparado y puede considerarse un antecedente más directo en cuanto a la redacción de nuestro artículo 948 del Código Civil. Con su ilimitada defensa del tráfico, otorga una protección completa al adquirente por posesión en su artículo 1153, suprimiendo la distinción entre pérdida voluntaria e involuntaria[38].

Únicamente escapan a este régimen los bienes muebles registrados para los que el Codice dispone la *trascrizione mobiliare*, estos son naves y aparatos flotantes, aeronaves y automóviles (artículo 2683)[39]. Los automóviles, como las aeronaves, y las naves, son susceptibles de ser adquiridos según los modos de adquisición de todos los bienes muebles. Pero a diferencia del viejo código de 1865, el artículo 1156 del Codice de 1942 niega absolutamente la aplicación a los bienes muebles registrados del principio *possesso vale titolo* del artículo 1153. Sucede lo mismo para algunos otros que son objeto de trascripción según las leyes especiales, tales como las patentes, marcas y máquinas de valor relevante (artículo 2696), si bien para este último caso se trata de una publicidad con limitadísima esfera de aplicación[40]. Todos los bienes restantes, o sea, los no incorporados al régimen publicitario, son disciplinados por el artículo 1153[41].

---

[38] Según el artículo 1153: colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è propietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente. Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, si uso e di pegno. Miquel (1979: 154) explica que el Codice ya no formula la regla posesión equivale a título, y aunque en Italia se siga hablando de ella para aludir a las adquisiciones a non domino de bienes muebles, ello no tiene más base que la tradición.

[39] Los automóviles, como las aeronaves, y las naves, son susceptibles de ser adquiridos según los modos de adquisición de todos los bienes muebles. Pero a diferencia del viejo código de 1865, el artículo 1156 del Codice de 1942 niega absolutamente la aplicación a los bienes muebles registrados del principio *possesso vale titolo* del artículo 1153 (Molfese, 2001 1).

[40] Cfr. Gabrielli (1988: 431). La publicidad se dispone únicamente si la máquina supera cierto valor económico. En tal caso, el vendedor propietario, puede oponer la reserva de propiedad solo si se ha trascrito en el registro correspondiente, con tal que el bien siga en el lugar designado en el contrato (cfr. artículo 1524, párrafo 2 del Codice). En cualquier caso, el vendedor tiene un privilegio por el precio no pagado, si trascribe el documento en el registro indicado (cfr. artículo 1524, párrafo 2).

[41] Triola (1992: 977).

Ahora bien, el fuerte papel asignado a la posesión no ha sido óbice en su doctrina para negar que esta sea un hecho que señale derechos. Se ha insistido en que solo con una gran simplificación se la puede considerar como instrumento de publicidad, aun rudimentario. A pesar de que pueda parecer sorprendente en un ordenamiento como el italiano, cuyo Codice otorga muy fuertes efectos a la posesión de muebles (cfr. artículo 1153), la doctrina niega la condición publicitaria a la posesión. Bajo el fuerte influjo de Pugliatti, se afirma que esta solo ofrece al exterior un índice en cierto modo controlable, la detentación, cuyo carácter es manifiestamente equívoco, y necesita ser integrada con una concreta fisonomía exterior[42].

La explicación a esta línea doctrinal estriba en que, a pesar del indicado artículo 1153, la doctrina italiana es reacia a ver en la posesión un instrumento de publicidad, en tanto su sistema gira sobre el principio consensualista (cfr. artículo 1376 del Codice). El principio consensualista o del consenso traslativo se remonta a la regla adoptada por el código napoleónico en el artículo 1138: *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* que, más que afirmar un abstracto postulado del poder de la voluntad privada, acogió a su vez una regla efectivamente ya vigente en las regiones de tradición romanística. La regla fue recibida ya por el Codice civile italiano de 1865: artículo 1448: *la vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo* […][43].

En fin, recuérdese que en el sistema italiano, los contratos de enajenación pueden ser traslativos o meramente obligacionales. Los primeros, también llamados contratos con efectos reales, producen inmediatamente el efecto de adquisición del derecho. Por regla general, los contratos de enajenación son traslativos cuando tienen por objeto: a) la transferencia de la propiedad de un bien determinado; b) la transferencia o la constitución de un derecho real; o c) la transferencia o la constitución derivativa de otro derecho. En tales casos la adquisición del derecho se determina por efecto del consenso de las partes legítimamente manifestado (artículo 1376 del Codice)[44] esto es, la tradición no vale aquí como requisito. A pesar de ello, cuenta con la posesión como signo externo para mantener la adquisición.

---

[42] Triola (1957: 279).

[43] Bianca (1994: 500).

[44] Cfr. artículo 1376 del Codice: *Nei contratti che hanno per oggeto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale overo il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*.

Bianca explica esta aparente contradicción, reconociendo que el italiano confirma el sistema del Código francés. Ambos son marcadamente consensualistas, pero en el tema de la enajenación mobiliaria adoptan la regla germánica de posesión vale título. Tal regla, opina, «habría en definitiva vaciado de contenido el principio del consenso traslativo»[45].

En mi opinión, esto demuestra que incluso en los ordenamientos que no cuentan especialmente con la publicidad, como el francés y el italiano, la posesión mobiliaria conserva un papel muy importante, e incluso predominante, aunque no se la trate como un instrumento publicitario.

En consecuencia, las reglas sobre la trascripción mobiliaria son modeladas, de las que corresponden a la trascripción inmobiliaria y contienen numerosas remisiones a ella. Finalmente, expresamente se propone que los bienes hipotecables no solo comprendan a los inmuebles, sino también los muebles.

Es interesante agregar que, la aplicación de la publicidad a los muebles en Italia produjo «una profunda transformación en el régimen jurídico, y lleva una cuasi asimilación o acercamiento al régimen inmobiliario», que explica la síntesis que consiste en poner la noción de hipoteca mobiliaria, al lado de la tradicional hipoteca inmobiliaria[46].

Correspondencia entre publicidad y posesión en los ordenamientos del título y el modo

En general, en la relación entre posesión mobiliaria y publicidad registral, los muebles que se incluyen como objeto de publicidad registral están excluidos del régimen basado en el artículo 948 del Código Civil. Esta afirmación vale para los sistemas en los que la adquisición mobiliaria responde al esquema del título y del modo[47] típicamente los diseños español y peruano.

En el Código Civil de 1984, el artículo 947 manda que «la transferencia de la propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su

---

[45] Cfr. Bianca (1994: 501). Falzea considera que si se acepta el principio consensualista eliminando el requisito de la tradición, ello precluye sin más, la valoración de la posesión de las cosas muebles como fuente de apariencia del derecho: *dove la legge non lega* […] *il possesso alla proprietà non si puo essere spazio per il fenomeno dell'apparenza*» (cfr. «Apparenza», en *Enciclopedia del Diritto, II*, Giuffrè, 1958, p. 688).

[46] Ferrara (1932: 143, 365 y ss.).

[47] En este sistema, en las transmisiones *inter vivos,* el contrato o negocio antecedente es la causa de la tradición a que se refiere el artículo 609 del Código Civil español y el artículo 947 del Código peruano, los que confirma el sistema clásico de título y modo. Según explica Rodríguez-Rosado (1998: 92) se trata del significado más restringido de la causa de la atribución, como causa de la tradición que justifica que el modo surta efecto transmisivo.

acreedor, salvo disposición legal diferente». Con ello, el solo consentimiento no puede producir por sí solo la transmisión mobiliaria, y se impone la seguridad jurídica sobre la voluntariedad. Más aún, como se reconoce en Perú, no se exige aquí la buena fe o conocimiento de la enajenación anterior, esto por la sencilla razón de que cualquier transmisión anterior que vaya acompañada de la entrega no completa la enajenación y no convierte al acreedor de la entrega y comprador en propietario[48].

También se admite en nuestro país que aunque el artículo 1136 se refiera únicamente a la concurrencia de acreedores de la entrega de un mueble y se limite al campo obligacional, no cabe duda que las diversas soluciones que se ensayen para las dobles ventas han de concordarse con el artículo 947 estudiado. Aquí hay un diferencia entre sus textos, puesto que en el segundo texto se prefiere al acreedor de buena fe, a quien el deudor hizo tradición de él aunque su título sea de fecha posterior, con lo que parece agregarse la buena fe como requisito adicional.

En mi opinión, no hay concordancia posible entre el artículo 947 y el artículo 1136[49]. Este último artículo debe concordarse con el artículo 948 del Código Civil, del cual es más bien un desarrollo o una aplicación. No hay redundancia entre ambos porque el artículo 1136 no regula la transmisión de la propiedad mueble, tan solo el orden de la entrega en materia contractual[50].

La necesidad de la tradición se comprueba cuando se examinan las definiciones legales que se hacen de la compraventa (artículo 1529), permuta (1602), donación (1621), y demás contratos típicos, todos los cuales resultan ser meramente obligacionales. Pero si bien la tradición es suficiente para hacer adquirir el dominio, la referencia al acreedor y no al adquirente lleva a la necesidad de causa y enmarca la cuestión en la teoría del título y modo para los bienes muebles. La solución peruana en el artículo 947 está pensada para que la tradición tenga los efectos del pago y extinga la obligación nacida del título. Que el sistema mobiliario, hasta aquí, es causalista lo comprueban los artículos 1267 y ss. que conceden al deudor la facultad de reivindicar el bien dado en pago por error. Consecuentemente, *inter partes* la elección del legislador es la de un sistema causalista de corte liberal o francés, mientras que para terceros opera un diseño germánico que prescinde del negocio causal. Elegir de dos opciones las dos, desconcierta, pero funciona, porque la declaración del artículo 947 es más bien inocua o poco práctica.

---

[48] Cfr. Boza Dibós (1987: 68).

[49] Boza intenta hacer compatibles ambos artículos a partir del sector de los bienes registrables (1987: 69).

[50] Concuerdo que tampoco es cierto que el 1136 se refiere a los bienes registrables mientras que el 947 a los no registrables, ambos se refieren a los bienes muebles en general.

En efecto, no podemos olvidarnos del artículo 948 que hemos estudiado antes. Me parece que la declaración de título y modo que hace el artículo 947 queda completamente desbordada por el artículo 948 que contiene la verdadera declaración del sistema transmisivo mobiliario en el Perú. Los muebles se adquieren única y exclusivamente por el modo, sin que importe el título, puesto que su adquisición, una vez más, es *ex lege* y no *ex causam.*

En cualquier caso, la protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe de cosas muebles, quiebra y no despliega su eficacia cuando existe un régimen de publicidad registral que los incluya como objeto de derechos inscribibles[51]. Luego, el régimen mobiliario cede conforme las cosas muebles se van incorporando a un sistema publicitario. Por ejemplo, esa es la finalidad que persigue el nuevo registro de bienes muebles español creado en 1998 que es de titularidades y que, en consecuencia, manifiesta todas las vicisitudes jurídicas de dichos bienes, imitando lo que el registro de la propiedad hace en cuanto a los inmuebles, es decir, limitar el alcance reipersecutorio de los derechos reales.

La idea es que para evitar que los derechos reales puedan hacerse valer aunque se encuentren en poder de terceras personas, es menester que el sistema jurídico, limite el alcance reipersecutorio de los derechos reales, por medio del registro de la propiedad inmobiliaria (para los bienes inmuebles), o merced a la fuerza legitimadora que se otorga a la posesión.

Naturalmente, cuando la transmisión mobiliaria opera exclusivamente por la tradición no puede excluirse que la posesión cumpla una función manifestadora como signo externo de una adquisición[52]. Así ocurre en el derecho alemán y en el suizo. Sin embargo, este paralelismo no es tan perfecto en los ordenamientos de aplicación del título y modo como el español. En este orden de ideas, el desequilibrio en favor del modo se encuentra atemperado por las formas espiritualizadas de tradición, que no pueden ser signos de exteriorización de cambios reales y por el campo de acción de la excepciones a la aplicación de la adquisición a *non domino*: los bienes perdidos y los adquiridos con infracción penal[53].

---

[51] Así lo ha sostenido la jurisprudencia española. Véase, sentencias del 15 de febrero de 1990 y del 25 de febrero de 1992. La STS del 25 de febrero de 1992, refiriéndose a la interpretación germanista del 464 del Código español, expone que «es la que está más en consonancia con la seguridad del tráfico de bienes muebles, *en el que con excepción de los sometidos o susceptibles de publicidad registral*, su posesión suscita la apariencia de propiedad, como norma general, y en esa confianza se realizan negocios jurídicos con los mismos». (Las cursivas son mías).

[52] De la Cámara (1979: 111).

[53] Para Vallet (1962: 473), «no se diga que es en virtud de la apariencia legitimadora de la posesión equivalente a título, porque esa virtud solo se otorga a la posesión en concepto de dueño o titular adquirida de buena fe; y la mera tenencia de una cosa no garantiza el concepto en que se posee. Además, la apariencia posesoria extrínseca de quien detenta una cosa no es distinta en las cosas anteriormente

Igualmente, las nuevas formas de garantía mobiliaria con algún tipo de registro implican la desvalorización de la función de publicidad en la posesión[54]. Con mayor frecuencia la posesión no sirve más a la circulación del tráfico, y para muchos muebles valiosos e identificables, compensa colocar una carga en el adquirente que investigar la situación jurídico-real del bien, en contra de la llamada función legitimadora para el tráfico que pudiera tener la posesión.

La explicación a este fenómeno está en la seguridad del tráfico, en concreto en que en algunos casos, la masiva circulación de muebles requiere un plus de seguridad que solo se consigue mediante la creación de instrumentos publicitarios o registros jurídicos, cuyos efectos están fuera del alcance de la protección posesoria de dicha norma.

Si la necesidad de protección del crédito territorial explica la aparición del registro de la propiedad inmueble, la creación de los nuevos registros mobiliarios se debe más a la protección del crédito vinculado a la adquisición de muebles productivos de gran valor. En efecto, es curioso observar como en los países del primer mundo el problema crediticio actual de los bienes muebles es el contrario del patrimonio inmueble. Ahí no se trata de cómo obtener crédito de ellos, como en los inmuebles, sino de cómo obtener los bienes muebles a crédito por imperio del consumismo[55]. En nuestro país, la cuestión se ha planteado al revés: para obtener crédito de los muebles establezco una publicidad de mínimos, exactamente la solución inversa de lo que ocurre con los inmuebles.

---

perdidas, robadas o hurtadas». Desde la perspectiva germanista, Díez-Picazo (1995: 672) reconoce en este punto la debilidad de la idea de la protección por apariencia, al admitir que la idea del artículo 464 no es, en primera línea, la de establecer una adquisición *a non domino* como medida de protección de la confianza de quien contrata fiado en la apariencia, porque en tal caso debería haberse protegido a todos los terceros que contratan con un dueño aparente. Contrariamente, no basta la concurrencia de la situación aparente, pues hay supuestos que escapan a dicha adquisición. Sitúa mejor dicho precepto en el ámbito de la reivindicación mobiliaria. Amorós (1972: 204) va más allá, e intenta responder sosteniendo que se trata de una excepción y que la regla es la protección de la apariencia de la posesión. Así, «no se diga que el criterio inspirador del 464 no está en la protección del tráfico y de la apariencia posesoria, como lo prueba el hecho de no proteger al poseedor de buena fe que adquiere de un titular aparente, igualmente poseedor de buena fe, si este a su vez, adquirió de un mediador posesorio, cuando la cosa había sido robada o hurtada. Porque entonces el propietario que sufrió la pérdida o el robo podrá reivindicarla no sólo del primer comprador […] sino del segundo. Esta falta de protección del subadquirente o segundo comprador, por causa de la originaria pérdida o privación ilegal, demostraría que no se protegía —al menos en todos los casos— el tráfico y la apariencia. Ello es cierto. Y quizá la solución legal no resulte enteramente satisfactoria desde este punto de vista […] ello representa una excepción al principio general protector consagrado en este precepto. Y que ese criterio legal restrictivo, censurable o no para nuestra mentalidad actual, en ningún caso autoriza a desvirtuar el principio general de protección al tráfico, que aquí se manifiesta con mayor o menor extensión».

[54] Vallet (1973: 217 y ss., 409 y ss.).

[55] Cabanillas Gallas (1965: 388).

En suma, en los sistemas de título y modo no puede hacerse una equiparación en abstracto entre la eficacia legitimadora derivada de la posesión y la necesaria oponibilidad frente a terceros que resulta de la publicidad registral mobiliaria. En mi opinión, la armonización entre la posesión mobiliaria y la publicidad registral pasa por aceptar que ambas manifiestan cosas y pertenecen al mundo de la cognoscibilidad. Pero más allá, solo hay coincidencia de efectos: la adquisición a *non domino*, y no un fundamento común. En estricto, no hay identidad entre el instituto del registro que supone una estructura y organización y el hecho de la posesión. La primera es una manifestación organizada preventivamente cuyo fin exclusivo es la cognoscibilidad con efectos que tienden a ser fuertes. La segunda es algo más que un instrumento de legitimación, su función más importante es hacer posible la inmediación con el bien.

Lo esencial del fenómeno publicitario es que sus consecuencias se producen por vía del conocimiento legal de la situación, lo que no se da en la posesión. Para vencer la titularidad aparente que surge del hecho posesorio, en el campo de los muebles es necesario crear auténticas publicidades mobiliarias, es decir, «crear fenómenos registrales que creen una titularidad que venza la singularidad aparente que la posesión significa»[56].

Problema: la eficacia de las garantías mobiliarias en los registros débiles

Todo cuanto he dicho se enfrenta a la regulación dada por la ley de garantías mobiliarias. ¿Qué sucede pues con el régimen de circulación por la posesión en cuanto el bien mueble ingrese a un registro de bienes o al registro mobiliario de contratos según la ley 28677?

Para responder esta pregunta es imprescindible acudir a los antecedentes de la ley, y en ella, un sistema es el que hay en el anteproyecto y otro el que ha quedado en la ley.

Primero veamos cuáles son los sistemas de publicidad registral mobiliaria en el derecho comparado.

Entre los diferentes sistemas de publicidad de garantías mobiliarias no posesorias del derecho comparado, debe referirse, por un lado, los llamados «modos de publicidad basados en la titularidad», entre los que cabe citar los sistemas de registro de la propiedad mueble, como el registro de buques y aeronaves, en la mayoría de países, y los sistemas de certificados de título, o de Acta Torrens. Por otro lado existen los sistemas de registros de gravámenes, en los que destacan los registros de garantías mobiliarias tradicionales sin desplazamiento —hipotecas

[56] Cabanillas Gallas (1965: 386).

mobiliarias y prendas no posesorias—, los registros de inscripción de la garantía incorporada en un modelo de contrato, como muchos de los registros de reservas de dominio y *leasing* mobiliario antes de su derogación; y finalmente, el diseño norteamericano de inscripción de una notificación de garantía en un registro de operaciones garantizadas.

Este último modelo es el que propuso el anteproyecto de la ley y el que, con matices importantes, se ha impuesto en la nueva ley de garantías mobiliarias. En efecto, la propuesta original prescindía por completo de los registros de bienes y solo creaba una denominada central, que era un registro de contratos y no de bienes donde debía inscribirse toda clase de garantías. El asiento debía tener un contenido mínimo (artículo 29) y la inscripción se debía hacer solo mediante un documento distinto al título constitutivo, que ha venido a ser el formulario. Como se trataba de una base de datos mínima, la SUNARP, encargada de la administración y régimen del registro, podía darla en concesión a operadores privados (artículo 38). Respecto a la calificación registral, el artículo 34 del anteproyecto señalaba que «la inscripción del formulario […], no está condicionada a la comprobación de la propiedad del bien mueble afecto a la garantía mobiliaria […]. Para dicha inscripción es exigible solo la presentación del título de la garantía». En el artículo 35 se decía que «el registrador se limitará a trasladar la información contenida en el formulario de inscripción registral al asiento correspondiente en base a los datos del registro. El registrador no evaluará la legalidad del título de la garantía mobiliaria, la validez de la obligación garantizada y otro aspecto relacionado con la garantía mobiliaria». Como puede apreciarse, más que un registro jurídico, esto parece un archivo o depósito de contratos, obviamente, la publicidad jurídica aquí no puede ser completa.

Este diseño fue claramente morigerado por la comisión de economía e inteligencia financiera del Congreso, a través del texto sustitutorio propuesto por los proyectos de ley 6911/2003-CR y 9388/2003-PE. Esta comisión mantuvo la bipartición registros de bienes y registros de contratos. En realidad estos proyectos son los antecedentes directísimos de la actual ley e incorporan cambios tan importantes al proyecto original que deben considerarse los auténticos antecedentes de la ley. Considero que esta enmienda es acertada. La unidad no interesa cuando se hace a cualquier costo y sí importa la calificación registral para ciertos bienes valiosos y perfectamente identificables. Los muebles son tan heterogéneos que no puede ser igual la publicidad que se dispensa a un bien perfectamente identificable como los automóviles y los buques, que la que se presta a los activos intangibles de una empresa o a los certificados de acciones y créditos que obren en una factura por ejemplo.

Reservando un estudio acerca de las bondades y problemas de la ley de garantías mobiliarias peruanas, conviene adelantar el problema de la eficacia de dicha garantía en relación con el sistema registral que propone.

La inscripción de la garantía mobiliaria en el registro de bienes muebles no es obligatoria, es solo declarativa y asegura oponibilidad al derecho inscrito. Si la garantía recae sobre un bien registrado en el registro de bienes muebles deberá inscribirse en el rubro de gravámenes del historial jurídico del bien, para lo que operan todos los principios registrales en su plenitud. Entre ellos el de folio real y tracto sucesivo entre los formales, y el de fe pública registral entre los sustantivos. No hay pues diferencia alguna entre un inmueble registrado y un mueble registrado en cuanto a aplicación de los principios registrales en relación con las reglas comunes del derecho civil.

Si el bien no figura en algún registro de bienes, la garantía abre folio personal para el deudor, verificándose una calificación registral atenuada en la que no puede hablarse de tracto propiamente ni tampoco de fe pública registral, dado que no hay un asiento de dominio. Peor aun cuando lo que llega al registro es solo un formulario que contiene simples datos y es independiente del negocio causal. En cualquier caso, creo que en este registro solo se asegura oponibilidad para la garantía pero nada más. Peor todavía, el mejor efecto en cuanto a la titularidad de bien sería el de la inoponibilidad, pudiendo afectar a la garantía la adquisición a *non dominio* ex artículo 948 del Código Civil que opera plenamente aunque el bien esté inscrito en el registro mobiliario de contratos.

Lo que he dicho puede comprobarse del texto del artículo 24 de la ley, que no hace más que reconocer que «si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario».

Por el contrario, «si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe». Este segundo párrafo del artículo 24 LGM contiene dos supuestos. El primero es que se trate de un bien que obre en un registro de bienes. En ese caso, aun cuando la redacción no sea la tradicional, está muy claro que se legisla sobre la aplicación del principio de fe pública registral. El segundo supuesto, no es sino el desarrollo del artículo 948 del Código Civil.

Por lo demás, este registro débil de contratos con calificación mínima y escasez de principios registrales, debido al folio personal, requiere de un índice de personas que facilite la publicidad formal.

En esta misma línea, creo que la posesión, aunque pareciera que está arrinconada en la ley, en realidad no lo está, pues no queda al margen del sistema como mecanismo de oponibilidad. El aseguramiento de la oponibilidad únicamente para la garantía inscrita no debe llevar a semejante afirmación (artículo 17 y artículo 3.1 LGM). La ley en este punto tiene la intención de evitar las garantías ocultas, pero no puede impedir que el medio organizado, la publicidad registral, coexista con el medio posesorio, esto sería alterar todo el sistema del artículo 948 y llevaría a dejar sin respaldo las miles de operaciones de garantía con pérdida de posesión como el crédito pignoraticio con respaldo de joyas. En este punto, en la concurrencia de posesión y registro de contratos, vence la posesión.

Bibliografía

Alas, Leopoldo

1920 *La publicidad y los bienes muebles. Junta para la ampliación de estudios e investigaciones científicas*. Madrid: Centro de Estudios Históricos.

Albaladejo, Manuel

2002 *Derecho Civil*, III. Barcelona: Bosch.

Álvarez Caperochipi, J.

1986 *Curso de Derechos reales. Propiedad y posesión.* Madrid: Civitas.

Amorós, Manuel

1972 «La protección al comprador de buena fe». *Anuario de Derecho Civil, ADC,* volumen 25, número 1, Universidad de La Rioja.

Bercovitz, Alberto

1988 Prólogo a Serick, *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*. Carrasco Perera (traductor), Madrid: Tecnos.

Bianca, Massimo

1994 *Diritto civile*. III, Milano: Giuffrè.

Boza Dibós, B.

1987 «La tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables». *Themis* 7, Lima: p. 68.

Cabanillas Gallas, Pío

1965 «El futuro Derecho registral». En *VVAA, Primer Congreso de Derecho registral.* 2 a 6 de mayo de 1961. Ponencias. Actas. Conferencias, Madrid: Bolaños y Aguilar.

Castán, José
1987 *Derecho Civil español, común y foral*. II-1, Madrid: Editorial Reus.

Clemente de Diego, Felipe
1923 *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*. III, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.

Colin y Capitant
1961 *Curso elemental de derecho civil francés*, II-2, De Buen (traductor). Madrid: Editorial Reus.

Chico, José María
2000 *Estudios sobre Derecho hipotecario*. II tomos, Madrid: Marcial Pons.

De Ángel, Ricardo
1975 *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral.* Bilbao: Universidad de Deusto.

De Fuenmayor, Amadeo
1941 *La Revocación de la Propiedad.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas

De la Cámara, Manuel
1979 «Contribución al estudio del artículo 464 del Código Civil» *Revista de Derecho Notarial*, Guadalajara.
1982 «La adquisición *a non domino* de bienes muebles. Nuevo estudio sobre el artículo 464-1 del Código Civil». Madrid: EDERSA.

Díez del Corral, Luis
1972 «La adquisición *a non domino* de bienes muebles en el Proyecto de Ley uniforme y comparación con el sistema español». *Anuario de Derecho Civil, ADC*, Madrid.

Díez-Picazo, Luis
1979 «Prólogo» a Miquel, en *La posesión de bienes muebles* (Estudio del artículo 464, 1 del Código Civil). Madrid: Editorial Montecorvo.
1995 *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* III, Madrid: Civitas.

Díez-Picazo Luis y Antonio Gullón
2001 *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid: Tecnos.

Domínguez Luelmo, Andrés
2003 «Derechos de Garantía sobre Bienes Muebles». En Cámara Lapuente (coordinador), *Derecho Privado Europeo,* Madrid: Colex.

Espín Canovas, Diego
1959 «Manual de Derecho Civil español». II, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

Falzea, Angelo
1958 «Apparenza». En *Enciclopedia del Diritto*, II, Giuffrè.

Fernández Gregoraci, Beatriz
2002 *Legitimación posesoria y legitimación registral. (Algunos supuestos de aplicación)*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Ferrara, JR
1932 *L'ipoteca mobiliaria ed insieme un* contributo alla teoria della *publicita*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano.

Gabrielli, G.
1988 «Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema». *Revista de Derecho Privado*, *RDC*.

García de Valdeavellano, Luis
1959 «Sobre la prenda inmobiliaria en el Derecho Español Medieval». *AAMN*.

García García, José Manuel
2002 *Derecho inmobiliario registral o hipotecario.* III, Madrid: Civitas.

Garrido, José María
2000 *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas.

Gómez Gálligo, Francisco Javier
1999 «Principios hipotecarios de los Registros Mobiliarios». *RCDI,* 1999.

Gómez Matos, Mateo
2005 *El Registro de Bienes Muebles*. Pamplona: Thomson Aranzadi.

González, Jerónimo
1924 *Estudios de Derecho hipotecario*. Madrid: (s.e.).

Gordillo Cañas, Antonio
1994 «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica». *Anuario de Derecho Civil, ADC*.
1995 «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-registrales: Sistema español». *Anuario de Derecho Civil,* ADC.

Hernández Gil, Antonio
1944 «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de 'privación ilegal'», Madrid: *RDP*.
1980 *La posesión.* Madrid: Espasa-Calpe.

Jordano Barea, Juan
1950 «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros». *Anuario de Derecho Civil, ADC*.

Lacruz, José Luis et al
2000 *Elementos de Derecho Civil*. III-1º, Madrid: Dykinson.

Miquel, José María
1979 *La posesión de bienes muebles* (Estudio del artículo 464, 1 del Código Civil). Madrid: Editorial Montecorvo.

Molfese, Francesco
2001 *La circolazione giuridica degli autoveicoli*. Padova: CEDAM.

Núñez Lagos, Rafael
1934 *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Madrid: Editorial Reus.

Peña, Manuel
1952 «Notas sobre las adquisiciones *a non domino* del usufructo y uso sobre muebles y de la prenda». *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, número 293 de octubre.

Picard, René
1942 «Los bienes». En Planiol y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, III, Díaz Cruz (traductor), La Habana: Cultural.

Puig Peña, Federico
1972 «Tratado de Derecho Civil español». III-1. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 297.

Roca-Sastre, Ramón María y Lluís Roca-Sastre Muncunill
1979 *Derecho Hipotecario*. *I,* Barcelona: Bosch.

Rodríguez-Rosado, Bruno
1998 *Fiducia y pacto de retro en garantía.* Madrid: Marcial Pons.

Saleilles, Raymond
1927 «La posesión de bienes muebles. Estudios de Derecho alemán y de Derecho francés», Castán (traductor). *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

Sanz Fernández, Ángel
1946 «La prenda sin desplazamiento». *AAMN*.

Serick, Rolf
1988 *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*. Carrasco Perera (traductor), Madrid: Tecnos.

Triola, Roberto
1957 *La trascrizione. La pubblicità in generale*. Milano: Giuffrè, Milano.
1992 «Trascrizione». En *Enciclopedia del Diritto,* XLIV, Varese: Giuffrè.

Vallet de Goytisolo, Juan
1962 *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*. Barcelona: Nereo.
1973 *Estudios sobre garantías reales.* Madrid: Editorial Montecorvo.

LA CONSENSUALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS REALES*

*Alejandro Guzmán Brito***

Me es grato ofrecer el presente trabajo al doctor Fernando de Trazegnies Granda y participar, así, en el merecido homenaje que se le rinde con este libro. El doctor de Trazegnies es un jurista de relieve mayor en el Perú, que ha trascendido, sin embargo, los límites de su país, pues la fama de sus publicaciones ha llevado el nombre del autor a todo el continente y aun fuera de él, asegurándole una autoridad de historiador y de dogmático del derecho, y también un prestigio de literato de elegante e imaginativa pluma. Aunque personalmente no haya tenido un trato frecuente con el doctor de Trazegnies, y nuestras relaciones directas consistan en cordiales encuentros en congresos científicos en Lima o en Santiago de Chile, creo, sin embargo, conocerlo bien a través de la lectura de los libros y artículos de los que es autor, de los que me ha resultado imposible no conseguir el provecho que en ellos busqué. De ahí mi complacencia por haber sido invitado a sumarme al homenaje y la consiguiente participación.

---

* La ocasión de poder colaborar con este trabajo en el justo homenaje que se rinde al doctor Fernando de Trazegnies, me ha sido ofrecida por la proposición hecha en Chile de sustituir los ahí vigentes contratos reales por otros consensuales, formulada por la profesora Solange Doyharçabal, en un informe titulado «Estudio sobre la conveniencia de mantener o no la categoría del contrato real en el Código Civil chileno» (2006), encargado por la Comisión Académica de Reformas a los Código Civil y de comercio, la cual me encomendó, a su vez, hacerle un comentario, que en buena parte nutre esta colaboración, con las necesarias adaptaciones al derecho peruano.

** Profesor de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad de Chile. Individuo de Número de la Academia Chilena de la Historia y Correspondiente de la Real Academia Española de la Historia, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires.

1. La abolición del contrato real en el Código Civil peruano de 1984

El Código Civil del Perú de 1984 conoce, como regla general, el tipo consensual de contratos y, por excepción, el tipo formal o solemne. Tal es el sentido de su artículo 1352: «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señala por la ley bajo sanción de nulidad». Desconoce, en consecuencia, el tipo de contrato que en la tradición romanística es llamado real, y entendido como aquel cuya perfección exige, además del consentimiento mutuo de las partes, la tradición o bien la entrega de la cosa que es su objeto. A él pertenecen el mutuo, el comodato y el depósito[1]. En ninguno de estos la convención meramente consensual, de todos modos necesaria, forma contrato obligacional, mientras no proceda una tradición en la donación y el mutuo, o una entrega en los demás mencionados; efectuada la cual y perfeccionado, por ende, el contrato, nace la obligación de restituir lo recibido —salvo en la donación, por cierto—.

Consecuentes con esta postura, las definiciones que el Código peruano ofrece para cada uno de esos contratos tradicionalmente reales, aparece concebida en términos obligacionales, que merced al dispositivo del artículo 1352, antes transcrito, derivan de solo el consenso, salvo la prenda y la anticresis, por las razones que diremos. Así, el artículo 1621 define que «por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien». El artículo 1648, a su vez, dice que «por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad»[2]. El artículo 1728, por su lado, expresa que «por el comodato, el comodante 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»[3]. Por el suyo, el artículo 1814 dicta que «por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante». En todos los casos, pues, el tipo consiste en que una de las partes «se obligue»; se entiende que en la donación y en el mutuo, la obligación es a transferir el donante el bien al donatario,

[1] No era así en el código de 1936, en que el mutuo, el comodato y el depósito eran reales: véanse las respectivas definiciones de los artículos 1537, 1587 y 1603 de ese código, todas en el sentido de un perfección real de cada uno de esos contratos.

[2] En consecuencia, el artículo 1653 del Código Civil peruano declara que «el mutuante está obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato».

[3] Por lo cual el artículo 1735 del Código Civil peruano establece como una de las obligaciones del comodante: «entregar el bien en el plazo convenido».

o el mutuante la cantidad de consumibles al mutuario; en el comodato, a entregar el comodante la cosa inconsumible al comodatario; y en el depósito, a recibir el depositario el bien y a entregarlo en devolución al depositante después.

En lo que concierne a la prenda y a la anticresis, el código de 1984 no las considera contratos ni las expone, por ende, entre estos en el libro VII: fuentes de las obligaciones, sección 2: contratos nominados; sino en el libro V: derechos reales, sección 4: derechos reales de garantía, título 1: prenda y título 2: anticresis. En todo caso, les conserva su tradicional carácter real. De la prenda, dice el artículo 1055, en efecto, que «se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación»; y de la anticresis añade el artículo 1091 «se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos». Así que, sea cual sea la naturaleza de ambos actos, no cabe duda que es la entrega la que los perfecciona. Por esta razón, advirtamos de inmediato que ellos han de quedar fuera de nuestro estudio.

Por lo que concierne a la donación, su carácter real u obligacional, derivado este último carácter de un consenso o de una forma convencional, desborda el preciso tema de la consensualización de los contratos reales, porque la duda y la discusión sobre uno u otro carácter de tal acto la ha cruzado a través de toda la historia del derecho[4] debido a lo cual también prescindiremos de ella aquí.

2. La puesta del contrato real en crisis

1. Con la abolición de los contratos reales, el código de 1984 adoptó cierta línea crítica formada en contra de ese tipo a fines del siglo XIX, que solo la legislación suiza se atrevió a sancionar, primero en 1883 y después en 1911, al conferir carácter consensual[5] a los contratos de comodato[6] mutuo[7] y depósito[8]. Cierto es que el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1896, entrado en vigencia en 1900,

[4] Véase Guzmán Brito (2004: 199-267; 2005: 97-125).

[5] La regla del consensualismo aparece en el artículo 1 de la Loi fédérale complétant le Code Civil suisse (Livre V: Droit des obligations), del 30 de marzo de 1911 (que es una revisión del Code Féderal des obligations de 1883): «1. Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté». La única excepción general aparece en el artículo artículo 11: «La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi». Entre ambas disposiciones no queda lugar para los contratos reales.

[6] Artículo 305 (artículo 321 del Código de 1883).

[7] Artículo 312 (artículo 329 del Código de 1883).

[8] Artículo 472 (artículo 475 del Código de 1883).

había convertido en consensual al comodato[9], pero solo a él, lo cual impide ver en tal postura una actitud antirrealista de ese código. En los decenios posteriores, códigos de segunda generación, como, notablemente, el italiano de 1942 y el portugués de 1966, entre los europeos; y el boliviano de 1975, el paraguayo de 1987, el quebequense de 1991 o el brasileño de 2001, entre los americanos, no hubieron de atreverse a la conversión; y todos, pues, se mantuvieron atenidos fielmente a la tradición romanística en esta materia. Hizo excepción el Código cubano de 1987 que, en efecto, consensualizó los antiguos contratos reales de mutuo[10], comodato[11] y depósito[12], en orden a dejar obligados al mutuante y al comodante a entregar, y al depositario a recibir. En cuanto a la prenda, le confirió naturaleza solemne, al exigir siempre un escrito[13], y no queda claro de la sola lectura de ese cuerpo legal si la entrega es necesaria, además, para la perfección del negocio, o solo el objeto de una obligación derivada de la solemnidad que previamente perfeccionaría el contrato[14]. En lo concerniente a la donación, tampoco es clara su naturaleza real o consensual[15]. En Europa, el nuevo Código Civil de Holanda *(Burgerlijk Wetboek),* de 1992, confiere carácter consensual depósito[16]. Más recientemente, la «Ley de modernización del derecho de obligaciones» *(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)*, del 26 de noviembre de 2001 —entrada en vigencia el 1 de enero de 2002—, que principalmente modificó el libro II del BGB, extendió el carácter consensual al mutuo[17], pero conservó el real al depósito[18]. La reforma, por otro lado, no afectó al derecho de bienes *(Sachenrecht)*, por lo cual la prenda, que a aquel se ve totalmente atraída en el BGB, no varió su anterior estatuto de acto real[19].

---

[9] BGB, § 598: *Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauche der* Sache unentgeltlich zu gestatten" («Por el comodato, el comodante de una cosa es obligado a conceder el uso gratuito de la cosa al comodatario»).

[10] Código Civil Cubano, artículo 379.

[11] Código Civil Cubano, artículo 382.

[12] Código Civil Cubano, artículo 423.

[13] Código Civil Cubano, artículo 270, número 4.

[14] El artículo 270, número 12 solo habla de un «bien mueble recibido del deudor».

[15] El artículo 371 define al acto en términos de un contrato que «transmite la propiedad», lo que indica el carácter real; pero el artículo 372 habla de una promesa de donación, que obliga al ser aceptada.

[16] Código Civil Holandés, libro VII, artículo 600, según el cual, el depositario se obliga a guardar y a devolver una cosa que le confía o le confiará el depositante. Del mutuo y del comodato se habrá de tratar en la continuación del libro VII, que está pendiente aún. Seguramente también esos contratos han de aparecer consensualizados.

[17] BGB (nuevo) § 607.

[18] BGB (nuevo) § 688.

[19] BGB (nuevo) § 1295, el cual exige la entrega de la cosa pignorada.

2. Al menos en 1906, el conocido jurista francés Gabriel Baudry-Lacantinerie (1837-1913) verificaba que la atribución del carácter real por el code civil a los contratos de mutuo, comodato, prenda[20] y depósito era una *théorie qui a pour elle presque l'unanimité de la doctrine*[21]. La limitación señalada con *presque* provenía de un autor que Baudry-Lacantinerie identifica como M. Vigié, según el cual, en el derecho francés, todos los contratos, sin excepción, se forman por el simple consentimiento, de modo que la entrega de la cosa no es una condición de la formación de los antes mencionados contratos, sino la ejecución de una obligación previamente nacida de ellos[22]. Acto seguido, Baudry-Lacantinerie criticaba esta opinión, en cuanto aparecía como una interpretación del derecho francés vigente, por tener en su contra a los textos y a la tradición[23]. Lo cual no significa que *en pure théorie* la solución del *Code* Civil —en orden a exigir la entrega de la cosa para perfeccionar los contratos de mutuo, comodato, prenda y depósito—, no mereciera críticas. Baudry-Lacantinerie explica que la obligación de devolver, propia de esos contratos, no es incompatible con su consideración como consensuales, tal cual acaece en el arrendamiento de cosas; y que, como en el derecho francés los contratos de promesa de dar en mutuo, entregar en comodato, de recibir en depósito y de entregar en prenda son válidos, entonces *pourquoi décider que la rémise ultérieure de la chose aura pour effet de former un nouveau contrat, un contrat réel? Cette complication est inutile*. Al autor, pues, le parecía correcta la refundición de la promesa de contrato real y el contrato real prometido mismo en uno solo, que tendría carácter consensual. En apoyo, terminaba citando el ejemplo del *Code federal des obligations suizo* (de 1883), que, como antes hicimos notar, ya acordaba naturaleza consensual al comodato, al mutuo y al depósito[24].

3. Como vimos, al menos hacia 1906, este autor consideraba «casi unánime» (en Francia) la doctrina sobre la naturaleza real de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda en el orden de *lege data*. En el de *lege ferenda,* aparenta haber sido él el primero en aconsejar la conversión de tales contratos en consensuales. Esta última opinión ha ganado paulatino terreno.

---

[20] Como se sabe, en el derecho francés, la prenda es un contrato real.

[21] Baudry-Lacantinerie (1906, I, número 23: 23). Dije «al menos en 1906», debido a que solo he podido examinar, como se ve, la tercera edición de este libro; así que es probable que el autor ya hubiera hecho la afirmación transcrita en la primera.

[22] Baudry-Lacantinerie (1906: 24-25).

[23] Baudry-Lacantinerie (1906: 25-30).

[24] Baudry-Lacantinerie (1906: 30-31).

En 1962, Gabriel Marty y Pierre Raynaud, en efecto, escribían:

> Mais cette notion de contrat réel est de plus en plus contestée. […] aujourd'hui que le simple consentement suffit à obliger, cette remise est inutile et les partisans de la notion de contrat réel sont obligés de reconnaître que, dès avant la remise de la chose, certaines obligations peuvent naître par le seul accord de volontés et d'admettre la valeur d'une promesse consensuelle de contrat réel. Ainsi si une personne promet de prêter à une autre qui accepte de payer un intérêt, il y a engagement valable des deux parties, bien qu'il n'y ait pas eu encore remise des deniers et il est bien inutile de scinder ainsi en deux contrats distincts et successifs une opération qui forme un tout./ Les prétendus contrats réels ne sont que des contrats consensuels […][25].

En nota citan a diversos juristas impugnadores de la noción de contrato real[26]. Más modernamente, se pronuncian en el mismo sentido juristas aun vivientes como Christian Larroumet[27] o François Chabas[28].

4. La postura antirrealista, sin embargo, no se expone sin contradictores. Aquí recordaremos algunas opiniones importantes.

En 1948 se trató de derogar el principio realista en el seno de la *Commission de Réforme du Code Civil,* a la sazón presidida por Léon Julliot de la Morandière[29]. El autor de la proposición fue Henri Mazeaud, secundado por otros colegas. En la discusión quedaron planteados los argumentos entre los cuales, por regla general, se ha movido la doctrina francesa posterior: en pro del contrato real, que no puede haber obligación de restituir sin previa tradición o entrega; y en contra, que es una complicación inútil distinguir un contrato (consensual) de promesa de contrato real, que obliga a entregar, y un contrato real posterior que se perfecciona por la entrega. El presidente Julliot de la Morandière añadió un elemento cultural: *Les codes modernes qui ignorent le contrat réel ont été rédigés à une époque où le consensualisme, l'individualisme, la volonté de l'individu étaient considères comme la source unique du contrat. Mais la vraie source, dans certains contrat, est la remise de la chose*[30]. Citamos con sus palabras originales esta opinión, porque en nuestro tiempo Jean Carbonnier la ha rescatado en apoyo a sus

---

[25] Marty (1962, II, 1, número 60: 48).

[26] Marty (1962, número 1: 48), entre los más conocidos: Colin, Capitant y Julliot de la Morandière (*Traité de Droit civil*), Ripert y Boulanger (*Traité de Droit civil*), Planiol y Ripert (*Traité pratique*), Esmein (6ª edición del viejo tratado de Aubry et Rau), Demogue (*Obligations*).

[27] Larroumet (1996, número 522: 504-505).

[28] Chabas (1997, II, 1, númro 82: 71), [hay una 12ª edición, de 2000].

[29] *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. Année 1947-1948* (Paris, Sirey, 1949), sesión del 18 de junio de 1948, pp. 279-283.

[30] *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. Année 1947-1948* (Paris, Sirey, 1949), sesión del 18 de junio de 1948, p. 282.

dudas acerca de la tendencia antirrealista: «une voix éminente —recalca— a fait remarquer quel'hostilité à la théorie des contrats réels datait d'une époque où, à travers le consensualisme, l'individualisme était roi»[31]. Carbonnier también apoya sus dudas en un dato sociológico:

> Nosotros tenemos todavía contratos reales y se puede poner justamente en duda si, en nuestro análisis civilista del contrato, hemos hecho suficiente sitio a esta categoría de los contratos formados *re* acosados como un arcaísmo en nombre de la autonomía de la voluntad, pero quizá más viva de lo que pensamos, porque responde a un dato primitivo del derecho contractual[32].

Mas recientemente, Jacques Ghestin ha retomado y desarrollado las razones de Carbonnier. Después de resumir los argumentos tradicionales de la doctrina antirrealista: ser el contrato real un arcaísmo y significar una innecesaria complicación del sistema general consensualista, al exigir dos contratos, una promesa y el acto real posterior, si se quiere hacer obligatoria la entrega, añade:

> Il est permis de penser cependant que l'hostilité à la théorie des contrats réels appartient elle-même au passé, et plus précisément qu'elle date 'd'une époque où, à travers le consensualisme, l'individualisme était roi[33]. On peut mettre en doute que, dans note analyse civiliste du contrat […][34]. En fait, la catégorie des contrats réels traduit l'importance du déplacement de valeur et exprime une conception moins intellectuelle, plus concrète, et par là plus vraie, des relations contractuelles[35].

Ghestin, pues, a partir de las ideas de Carbonnier, quiere llamar la atención acerca del hecho de que en los actos y contratos la voluntad no lo es todo, y que, pensar lo contrario, es situarse en un pasado (no remoto), en que se creyó ser suficiente aquella para explicar cualquier extremo del contrato. Alegar el ejemplo de aquellos contratos consensuales en que hay también entrega, como el arrendamiento o el transporte de mercaderías, eso *montre simplemente que, dans ces contrats aussi, des eléments matériels coexistent avec le rôle de la volonté*[36]. Lo cual también ocurre —añade— en la compraventa misma —el prototipo de contrato consensual en que la entrega no cumple ninguna función generadora de obligaciones—, como lo muestra la práctica corriente de darse arras las partes, lo cual traduce *cette conception plus concrète des relations contractuelles*[37]. Continúa con el argumento maestro de la defensa del realismo: sin entrega no puede haber obligación de

---

31 Carbonnier (1969, número 43: 140).

32 Carbonnier (1974: 252-153).

33 La cita es de Carbonnier.

34 Se trata de otra cita a Carbonnier.

35 Ghestin (1999, número 452: 419).

36 Ghestin (1999).

37 Ghestin (1999).

restituir, frente a lo cual la *volonté des parties est impuissante à écarter ce qui résulte de la nature des choses*[38]. Termina declarando no ver dificultades en aceptar la noción de contrato real una vez adoptada la de promesa de contrato real, para dejar a la opción de las partes escoger entre obligarse inicialmente una de ellas a entregar, mediante una promesa; o no obligarse y formar el contrato solo desde el momento de la entrega.

En general, quienes toman partido por conservar la categoría de los contratos reales hacen ver que los inconvenientes prácticos que ellos pueden ofrecer a veces, se solucionan merced al instrumento de la promesa de contrato real. Tal es, por lo demás, el núcleo de un extenso trabajo de Jobard-Bachellier, publicado en 1985[39], en que demuestra punto por punto la validez de tal promesa, salvo escasas excepciones, de tal modo que concluye, por lo que al problema de fondo atañe:

> Ces solutions, qui réservent encore une place à la remise comme condition de formation des contrats dans certaines des conventions considérées traditionnellement comme réelles, constituent-elles une anomalie difficilement acceptable dans un système, comme le système juridique français, qui serait entièrement consensualiste? Nous ne le croyons pas; ces solutions sont le résultat non fortuit d'exigences bien réelles issues d'un équilibre fondamental à respecter entre la force de la volonté, la force du consentement donné, d'une part, et la force de ce fait matériel, représenté par la déplacement d'un bien corporel d'un patrimoine à un autre, qui seul peut avoir pour effet de mettre la chose concrètement et définitivement, à la disposition d'autrui […][40].

En suma, no puede decirse ser predominante en el día la tesis antirrealista, que, por lo demás, nunca ha contado con el favor de la jurisprudencia: «*L'attachement de la jurisprudence à la notion de contrat réel a, au demeurant, conduit* —dicen tres juristas del día— *un courant doctrinal important à prendre conscience de ce que celle-ci n'était peut-être pas aussi archaïque qu'on l'a prétendu*»[41].

3. La estructura del contrato real

Propondremos en este trabajo un examen de las exigencias dogmáticas contenidas en la conversión de los contratos reales en consensuales, y de sus supuestos efectos prácticos, en función de verificar la regularidad jurídica de tal conversión.

Preliminarmente, debemos examinar la estructura de los contratos reales que aquí tratamos, a saber, del mutuo, el comodato y el depósito.

---

[38] Ghestin (1999).

[39] Jobard-Bachellier (1985: 1-62).

[40] Jobard-Bachellier (1985: 62).

[41] Terré (2005, número 49: 161).

I.

En todos ellos observamos una estructura ciertamente unitaria, pero de dos niveles:

1. El primero corresponde a la necesaria convención entre dos partes, que lógica aunque no siempre cronológicamente debe preceder al perfeccionamiento del contrato. En ellas queda definido el contenido típico del contrato por celebrar; y se trata, en consecuencia, de un acuerdo de dar y recibir cierta cantidad de fungibles en préstamo; de entregar y recibir gratuitamente una especie no fungible en uso; de entregar y recibir una especie no fungible en custodia; de entregar y recibir un mueble no fungible en garantía de una deuda; o de entregar y recibir un inmueble en disfrute, en función de pago de una deuda o compensación de sus intereses. La convención identifica al futuro contrato en su esencia, y delimita que se trata, respectivamente, de un mutuo, o de un comodato, o de un depósito.

Esta convención es enteramente consensual, pero no produce efecto obligacional alguno; vale decir, sus partes no quedan obligadas a dar —en el caso del futuro mutuante— y recibir —en el del futuro mutuario— o a entregar y a recibir, en los demás casos. Cada una puede arrepentirse, pues, sin que la contraparte que iría a recibir disponga de una acción dirigida a conseguir el cumplimiento forzado de la dación, en su caso, o de la entrega; ni que aquella que iría a dar o entregar disponga de otra acción encaminada a forzar la recepción de la cosa por la otra; o a obtener, en ambos casos, la indemnización del daño emergente y el lucro cesante.

Problema distinto es si —en el caso de incumplimiento del anuncio de dar o entregar, o de recibir—, puede el interesado intentar conseguir la indemnización extracontractual del daño patrimonial causado por tal incumplimiento, considerado como hecho doloso o culposo que causa perjuicio a otro.

2. El segundo plano corresponde a la tradición de la cosa en el mutuo, o a la mera entrega en los demás casos. Si el anterior era un plano puramente consensual, este es un plano real, llamado así por el movimiento efectivo de una cosa, consistente en su traspaso de una parte a otra mediante la entrega, que es propiamente tradición, como se sabe, en el mutuo, y mera entrega en el comodato y el depósito.

II.

Ahora bien, en el momento en que la tradición o la entrega quedan consumadas, se perfecciona el respectivo contrato. Entonces, la precedente convención consensual empieza a tener efecto, consistente en funcionalizar la tradición como

mutuaria, o la entrega como comodataria o depositaria; y decimos que constituye la causa o el título de una u otra: pasa a ser la causa credendi en el mutuo, y constituye, pues, el título traslaticio de dominio de su tradición; o pasa a ser el título no traslaticio de dominio o título de mera tenencia en los demás casos. Esta función es sumamente importante, debido a que la tradición y la entrega, en sí mismas, son actos neutros, carentes de contenido propio, que no sea el de precisamente traspasar una cosa, y de un propio efecto jurídico pre-tipificado; en tales circunstancias, el efecto que hayan de producir les viene de su causa o título. Si la entrega de un bien es en mutuo, comodato o depósito, eso solo se puede saber al examinar la causa de esa entrega, constituida por la convención consensual que antes estudiamos.

El complejo integrado por la convención consensual y la entrega es el que llamamos contrato real; cuyo efecto, a su vez, es servir de causa o fuente a una obligación de carácter restitutorio: el que recibió resulta, en efecto, obligado a restituir, otras especies, pero del mismo tanto, género y calidad que las recibidas, en el caso del mutuo; o la misma especie, en el del comodato y del depósito.

Esta es la estructura esencial de los contratos reales cuya propuesta abolición debemos examinar.

4. La estructura sinalagmática o bilateral de los contratos consensuales sustitutivos de los reales

La sustitución de los contratos reales por sendos contratos consensuales implica operar una doble conversión en el sistema: por un lado, la conversión de la causa, radicante en la convención consensual definidora de la futura operación, en contrato consensual (o solemne, si es que se quiere, lo que debemos dejar a un lado en el análisis); y por otro, la conversión de la entrega causada y perfeccionadora del contrato real en cumplimiento del contrato consensual. Así por lo menos debería ser.

Esto se podría intentar hacer de dos maneras:

1. La primera es crear un contrato consensual obligacionalmente sinalagmático o bilateral. Si consideramos el caso del mutuo, aquello consistiría en un consenso en orden a obligarse a dar en préstamo una cantidad de fungibles, por una parte, y a recibirla por la otra. El mutuante, pues, quedaría obligado a dar y el mutuario a hacer, consistente en recibir; y cada uno dispondría de una acción personal al efecto. Consecuentemente, se deberían aplicar a estas obligaciones las reglas generales sobre cumplimiento, mora, ejecución forzada en especie o por equivalencia, indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante,

etcétera. Cuando se mira a los demás contratos reales, la primera obligación, la del comodante, depositante, pignorante o deudor anticrético sería, no de dar, por cierto, sino de entregar. En el resto es aplicable lo dicho para el mutuo.

2. La segunda manera es crear un contrato consensual obligacionalmente unilateral, en que la parte activa quedaría obligada a dar, en el caso del mutuo, o a entregar, en los demás casos, pero no a recibir la parte pasiva, quien, en consecuencia, podría desistirse del contrato hasta el instante previo a la recepción. Solo, pues, la parte pasiva dispondría de una acción personal para forzar la tradición o la entrega, según el caso, de la activa; pero no esta para forzar la recepción de la cosa por la contraparte.

A mi juicio, tales son las opciones que tiene abiertas el legislador que haya decidido extinguir el tipo real de contratos.

5. La obligación de restituir

1. En Francia, François Chabas ha planteado que los contratos consensuales sucesores de los reales podrían ser sinalagmáticos o bilaterales, pero en otro sentido. Según él: *L'ensemble de l'operation juridique s'analyserait alors en un contrat consensuel synallagmatique, c'est-à-dire faisant naître deux obligations reciproques: le prêteur s'engage à remettre la chose, el l'emprunteur s'oblige à la restituer si elle lui est remise*[42]. En el mutuo y el comodato, la sinalagmaticidad estaría constituida por el entrecruce de la obligación de la parte activa consistente en dar o entregar, según el caso, y de aquella de la parte pasiva consistente en restituir. En ninguno de estos contratos caso habría obligación de recibir. Chabas nada dice de especial en torno al depósito gratuito, pero podemos suponer que él sería siempre unilateral, aunque de doble unilateralidad, pues solo el depositario se obligaría, y se obligaría tanto a recibir como a restituir, mientras que el depositante no quedaría obligado a entregar, como es natural. Si el contrato es oneroso, en cambio, este último contraería la obligación de pagar la remuneración acordada y sería, por ende, bilateral.

Chabas entiende que la obligación de restituir emana, pues, del consenso contractual, aunque —añade— bajo la condición de haber habido entrega: *l'emprunteur s'oblige à la restituer si elle lui est remise*. Previamente había declarado: *on peut s'engager à restituer une chose quand elle sera remise: obligation sous condition suspensive de la remise*[43].

---

[42] Chabas.

[43] Chabas.

Esta construcción es necesaria porque va de suyo que en el mutuo, el comodato y el depósito tiene que existir una obligación restitutoria de lo recibido; de lo contrario todos ellos se convertirían en donaciones. En esos contratos concebidos como reales, la causa o fuente de tal obligación es la tradición o entrega, según el caso. Ahora bien, al concebírselo como consensuales, se quiere ver la causa o fuente de la obligación restitutoria en el consentimiento contractual mismo. Pero ese consentimiento tiene lugar antes de la entrega, en circunstancias de que para existir una obligación de restituir, previamente tuvo que haber habido una recepción, la cual supone, a su vez, una entrega. Nadie puede obligarse a devolver lo que nunca le fue entregado ni recibió. Así que es imposible que la parte pasiva del contrato consensual de mutuo, por ejemplo, quede obligada a devolver la cantidad de fungibles a que el contrato se refiere, si este ya no consiste en darla el mutuante al mutuario y en recibirla este, sino en obligarse a dársela el primero, porque se obligaría a restituir antes de haber recibido. Lo propio cabe decir con respecto a los demás contratos ahora reales, una vez convertidos en consensuales. La única manera de encajar satisfactoriamente una obligación pertinente a la restitución en cabeza de la parte pasiva, es —como bien lo ve Chabas— bajo condición.

2. Cumple, por consiguiente, analizar el perfil dogmático de esta condición. La cual tendría que ser configurada como el hecho futuro e incierto de entregarse y recibirse la cosa de que se tratare; y sería, por ende, positiva y suspensiva. Pendiente tal condición, la obligación de restituir no existe; y deja definitivamente de poder empezar a existir si falla, vale decir, si la cosa no es entregada o recibida; pero empieza a existir al cumplirse la condición, consistente en el hecho de la entrega y de la recepción; existencia aquella que se retrotrae o no al momento de haberse perfeccionado el contrato, que es el del consentimiento, según que el sistema acepte o no la retroacción[44].

Se observará que la condición de que hablamos consiste en que la cosa sea entregada y recibida; no basta, pues, la entrega si no siguió una recepción, no bien que cuando no haya existido esta última, en realidad no pueda hablarse propiamente de entrega, sino de oferta de entrega. Por consiguiente, en la hipótesis de ausencia de recepción, por cualquier causa, y en especial en la de repudio de la oferta, la condición falla y la obligación de restituir no nace. Esto debe ser entendido así, porque por más que la parte activa esté dispuesta a entregar, si la pasiva no recibe, no puede resultar obligada a restituir. En el caso contrario, se formaría una hipótesis de lo que suele ser llamado enriquecimiento sin causa,

[44] No la acepta el Código Civil peruano, artículo 177, salvo pacto en contrario.

pues la parte activa podría exigir algo que tiene y nunca dejó de tener, y la pasiva ser obligada a devolver algo que no tiene y nunca empezó a tener.

Para ilustrar la idea de que la obligación de restituir puede ser atribuida al consenso contractual, suele recurrirse al ejemplo del arrendamiento, en que el arrendatario se obliga a restituir, pese a que la entrega no perfecciona al contrato, que es consensual, y a que puede ella advenir tiempo después de celebrado[45].

6. El empalme de la obligación de restituir en los contratos consensuales sustitutivos

Con todo, esta construcción ofrece dificultades dogmáticas de relieve.

1. Hemos concluido, con Chabas, que la obligación de restituir la cosa, que pesa sobre la parte pasiva del contrato, debe ser construida como una obligación sometida a condición positiva suspensiva de que esa cosa sea entregada y recibida. Ahora bien, el análisis de tal condición muestra su carácter complejo, pues ella envuelve cuatro acaecimientos a) el hecho voluntario de ofrecer entregar la cosa el acreedor; b) su alternativa, de no querer entregarla; c) el hecho voluntario de recibir la cosa el deudor; y d) su alternativa de no querer recibirla. Dos de estos supuestos dependen de la voluntad del acreedor y dos del deudor; pero ninguno de terceros ni del acaso. En consecuencia, la condición, mirada unitariamente ahora, es potestativa, y no casual ni mixta. Descompuesta ella de nuevo en los cuatro supuestos enunciados, resulta ahora que tres no ofrecen reproche alguno, pues a) ofrecer entregar el acreedor es un hecho voluntario suyo, de modo que, convertido en condición, pertenece a las llamadas simplemente potestativas, que valen; b) no querer entregar el mismo acreedor, aunque ya no es un hecho voluntario, mas solo una declaración, expresa o tácita de voluntad, una vez convertida en condición, vale, tanto como valen las condiciones meramente potestativas del acreedor; c) recibir el deudor también es un hecho voluntario suyo, que, convertido en condición, se hace perteneciente al tipo de las simplemente potestativas del deudor, que valen; pero d) no querer recibir ese deudor, como tampoco es un hecho voluntario suyo, sino únicamente una declaración, expresa o tácita, de voluntad, al ser deducido en condición hace nulo al acto, porque el artículo 172 del Código Civil peruano precisamente declara tal a aquellos cuyos efectos están subordinados a una condición suspensiva que consiste en la exclusiva voluntad del deudor. Y, en efecto, le basta al deudor no querer recibir para que la condición falle. Este elemento meramente

[45] Baudry-Lacantinerie.

potestativo contamina toda la condición, de nuevo considerada unitariamente, y ella, a su vez, al acto, porque resulta ser claro que el efecto de este, vale decir, la obligación, en final de cuentas depende de la mera voluntad del deudor; y es como si el deudor hubiera declarado: «me obligo a restituir si quiero obligarme a restituir». Ello equivale a una ausencia de consentimiento, que es la razón dogmática por la cual se anulan los actos sometidos a condiciones meramente potestativas del deudor. En tales circunstancias, la obligación de restituir no es que pueda no llegar a nacer, sino que no puede llegar a nacer, atendida la nulidad del acto del que emana

2. A esta dificultad dogmática se añade en los ordenamientos que aceptan la retroacción de las condiciones cumplidas —que no es el caso del Código peruano— una segunda, que admite ser formulada así: cuando se da por cumplida la condición, porque hubo entrega y recepción de la cosa, tal cumplimiento actúa retroactivamente, en el sentido de deber considerarse a la obligación como nacida pura y simplemente en el momento de perfeccionado el contrato sin jamás haber estado pendiente. De ello se sigue que la obligación de restituir, que no puede nacer, como se vio, antes de la entrega, nació, sin embargo, cuando la cosa aun no había sido entregada; lo cual constituye un contrasentido imposible de aceptar, aunque haya sido provocado por una ficción.

La única manera de evitar este desaguisado lógico es declarar que en la materia el efecto retroactivo no opera, y que la obligación de restituir nace con la entrega y la recepción únicamente para el futuro, no para el pasado, de modo que en el tiempo intermedio no existió. Tal tiene que ser la construcción en el derecho peruano. Pero ello implica negar que la obligación restitutoria queda conectada con el consentimiento contractual, y que este sea su fuente; y lleva a la conclusión de que en la operación hay, en realidad, dos contratos: el consensual y el real, pues si la entrega y no el consenso genera la obligación de restituir, y la entrega es un acto convencional, no queda otra opción que darle el carácter de contrato.

3. Se ve, pues, que obligación condicional de restituir no puede ser correctamente incrustada en la estructura de los contratos consensuales sustitutivos de los que son reales. Y es completamente normal que ocurra así, porque ya la idea básica, de que la obligación de restituir depende del consenso contractual, es errada, al ser imposible que una obligación de restituir, que solo puede existir después de recibir, quede imputada a un consenso primordial otorgado antes de entregar. De esta falsa premisa no pueden sino que seguirse incongruencias dogmáticas, que no se arreglan con la segunda idea de la entrega como condición, porque ella conduce a nuevas incongruencias, que nos portan a una telaraña de sutilezas

dialécticas. Pero no nos engañemos, pues tales sutilezas son consecuencia directa de la sutileza inicial de suponer que un puro consenso es capaz de generar la obligación de restituir.

4. No es el caso del contrato de arrendamiento de cosas. Consiste este en un consentimiento recíproco que obliga al arrendador a ceder temporalmente el uso de un bien al arrendatario, y a este, a pagar cierta renta convenida (artículo 1666 Código Civil peruano). No consiste en un consentimiento que obliga al arrendador a entregar una cosa y al arrendatario a restituirla. Ahora bien, el arrendador debe hacer varias cosas para cumplir su obligación de ceder el uso de la cosa arrendada al locatario: debe empezar por entregársela (artículo 1678 Código Civil peruano); continuar con la conservación de la cosa en estado de servir para el fin por el que se la arrendó (artículo 1680, número 1, Código Civil peruano), reparándola cuando sea preciso (artículo 1680, número 2, Código Civil peruano); y finalizar por la mantención del arrendatario en el uso de bien, lo cual implica la evitación de toda turbación o embarazo en tal uso (artículo 1680, número 1, Código Civil peruano). El arrendatario, por su parte, debe, en síntesis, usar correctamente la cosa, repararla cuando ello sea de su cargo y pagar la renta convenida (artículo 1681 Código Civil peruano).

En cuanto a la restitución, aunque el código diga ser obligación suya (artículo 1681, número 10, Código Civil peruano), y en términos amplios pueda aceptarse que es así, estrictamente hablando es una natural secuela de la terminación del contrato, a la que debe proceder el arrendatario (artículo 1704 Código Civil peruano). Así que la restitución no es una obligación principal del arrendamiento, y no alcanza hasta permitir calificarlo como un contrato de restitución. En efecto, es innecesario y superfluo que el arrendatario se obligue a restituir, porque ello necesariamente acaecerá por haber recibido la cosa y haber terminado el contrato. Lo único que no puede hacerse es excluir la restitución, que convertiría al arrendamiento en otro contrato.

5. Todavía podemos examinar la hipótesis de un contrato desarrollado en el uso bancario, al que suele designarse como «contrato de línea de crédito», y que se originó en la antigua práctica de los sobregiros autorizados unilateralmente por el banco o previa petición del cuentacorrentista. Por él, un banco se obliga a pagar los cheques girados por un cuentacorrentista sin el respaldo de fondos en su cuenta, hasta cierto monto total acordado. El cuentacorrentista debe restituir las cantidades sobregiradas y sus intereses, en determinadas condiciones de tiempo. La obligación de restituir y de pagar intereses no nace, por cierto, sino con el pago del cheque sobregirado. Pero el contrato es legalmente consensual (si bien, en la práctica, los bancos lo formalizan merced a la exigida firma de varios instrumentos privados

apropiados), y no real; así que, con su celebración, el banco queda obligado a cubrir los cheques sobregirados, y debe responder del perjuicio causado por la omisión injustificada de cobertura y del eventual protesto por falta de fondos. En el fondo, lo que el banco debe hacer es atender a la petición de crédito por parte del cliente, petición que se manifiesta con la presentación del cheque sobregirado por su beneficiario —que por supuesto puede ser el mismo cuentacorrentista— en caja, o por otro banco en el momento de la compensación bancaria, si el cheque fue depositado en él. El cliente se asegura, de esta manera, tener crédito abierto para cuando lo necesite.

Igual que en el arrendamiento, la obligación de restituir no nace del consenso contractual sino del acto real, consistente en el pago que el banco hace del cheque presentado a caja o a compensación. El cuentacorrentista no necesita obligarse consensualmente a la restitución, porque igual quedará obligado merced al acto real, que no tiene carácter donatorio ni solutorio de algún crédito del cuentacorrentista. Tanto es así, que incluso cuando no mediara el contrato de línea de crédito y el banco decidiera pagar el cheque llegado a él en descubierto, aun así el cuentacorrentista quedaría obligado en fuerza del acto real.

6. Es posible, pues, generalizar. Que la parte pasiva se obligue consensualmente a restituir es superfluo, pues igualmente resulta obligada a ello en fuerza de la entrega y recepción, desde que este acto real no tiene significado donatorio ni solutorio, que le permitiría retener definitivamente. De hecho, en los contratos reales el punto relativo a la restitución no es nunca objeto de convención, que solo se refiere a las modalidades de aquella, como el plazo o el fin y otras circunstancias. Es suficiente que no se declare que el receptor no habrá de restituir, porque si tal se hiciese, ello implicaría que no se trata de un mutuo, un comodato o un depósito. Pero no se requiere por innecesario declarar que el receptor sí queda obligado a restituir.

7. En tales circunstancias, los contratos consensuales sustitutivos de los reales deben limitarse a prever la obligación de dar o entregar para una parte y la de recibir para la otra, excepto el depósito, si se los construye como sinalagmáticos; o solo la primera, y la de recibir en el depósito, cuando se los conciba como unilaterales.

La obligación de restituir, que no puede nacer del contrato consensual, solo nace de la entrega y recepción de la cosa, consideradas no como condición. Pero de que una y otra constituyan el cumplimiento de aquel contrato, que determinan la extinción de sus obligaciones, se sigue que la entrega y la recepción son, al mismo tiempo, la fuente de una obligación nueva, que antes no existía. Y como, a su vez, la entrega y la recepción constituyen un acto convencional, he ahí que en

definitiva constituyen un contrato, el cual es necesariamente real, porque existe y es perfecto en cuanto haya habido entrega y recepción.

La conclusión final es que la creación de los contratos consensuales no suprime a los contratos reales; solo los posterga; y que, quiérase o no, ellos consiguen introducirse en el sistema, negándose a morir; si se prefiere, son inmortales. Así que el argumento que suele esgrimirse[46] en orden a que la creación de los contratos consensuales permite economizar en la actuación jurídica, que en otro caso se complica por el desdoblamiento en la celebración, primero una promesa de contrato real, y luego del contrato real mismo, es falso. No se economiza nada, pues igual hay dos contratos que celebrar, uno consensual y otro real. En final de cuentas, los contratos consensuales sustitutivos de los reales vienen a equivaler a las promesas de estos últimos. En efecto, si alguien promete celebrar un mutuo, esto es, dar *credendi causa* una cantidad de fungibles, y no cumple, la condena es a celebrar el contrato, vale decir, a dar la cantidad, lo mismo que si hubiera celebrado un contrato consensual de mutuo, que lo dejó obligado a dar la cantidad[47].

7. El empalme dogmático de la obligación de recibir en los contratos consensuales sinalagmáticos

Volvamos a los contratos consensuales construidos como sinalagmáticos. Ellos, como vimos, consisten en obligarse ambas partes, la activa a dar en el mutuo o a entregar en los demás casos, y la pasiva, a recibir.

1. Ahora bien, dejando para examinar en su momento, las objeciones prácticas o de hecho que el establecimiento de una obligación de recibir porta consigo, atendamos ahora solo a sus desajustes dogmáticos.

---

[46] Es común en la doctrina francesa antirealista, desde Baudry-Lacantinerie: «cette complication est inutile»; Mazeaud, en *Travaux*, p. 280: «Ce sont des complications inutiles»; Marty-Raynaud: «[…] il est bien inutile de scinder ainsi en deux contrats distincts et successifs une opération qui forme un tout»; Larroumet: «cette notion qui est inutile».

[47] Un entusiasta crítico de la noción de contrato real, como Larroumet, se ve implícitamente obligado a reconocer este similar efecto, aunque rehuye la conclusión. Parte diciendo que una promesa de contrato real no es lo mismo que el contrato real, porque la jurisprudencia francesa tiene decidido que, en caso de incumplimiento de la promesa de mutuo, la condena es a la indemnización de perjuicios, y no a la ejecución del contrato prometido. Enseguida considera que tal solución es errónea, y que lo procedente es condenar a la ejecución, lo cual implica dar la cantidad a que se refería el mutuo. Pero, en vez de concluir que entonces da lo mismo la promesa de mutuo que el contrato consensual de mutuo, dice: «*En tout cas, la solution [sc. de la jurisprudencia], quelque contestable qu'elle soit pour des raisons indépendantes de la notion de contrat réel, demontre la volonté de la jurisprudence de conservar cette notion*».

Previamente es menester fijar en quien normalmente recae la utilidad de los contratos reales. En el mutuo sin intereses y en el comodato, su utilidad es de la parte que recibe, vale decir, del mutuario y del comodatario. En el depósito es de la parte que entrega, o sea, del depositante. En el mutuo con interés es de ambas partes.

Es consecuente con ello que de antemano pueda calcularse el efecto que tiene la construcción de una obligación de recibir de la parte pasiva en los contratos que solo a ella son útiles, si es que la utilidad para el que debe recibir, por alguna razón de hecho que no interesa saber, ya no existe.

2. Así, pues, en los contratos que solo son útiles al que recibe, obligarlo a recibir parece contrario a una sana dogmática. Tal, como dijimos, ocurre:

a) En el mutuo sin interés, que solo es útil al mutuario. Es consiguiente que en esta clase de mutuo, aquel puede devolver la cantidad recibida con anticipación al plazo pactado (artículo 1658 Código Civil peruano). Por ende, una obligación suya de recibir, no acompañada, por cualquier razón, de la utilidad de hecho en recibir, se burla recibiendo y acto seguido devolviendo; eso equivale a directamente a rehusar recibir; e incluso podría construirse como pago mediante una suerte de *traditio brevi manu impropia* en el momento de ir a recibir.

b) En el comodato, con o sin plazo de restitución convenido, que solo interesa al comodatario, como este entonces se encuentra obligado a «devolver el bien […] después del uso para el que fue dado en comodato» (artículo 1738, número 5, Código Civil peruano), con mayor razón debe entenderse que si la parte pasiva del contrato consensual ya no la necesita al tiempo de ir a recibirla, puede alegar este hecho para no recibirla, sin necesidad de probar este hecho negativo. Si el comodato tuvo plazo de restitución, aun así podría aquella parte rehusar la recepción, con base en la regla del número 3 del artículo 1735 del Código Civil peruano, según el cual el comodante no debe exigir la restitución del bien «antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato», porque si pedir una restitución después de haber terminado el uso es un derecho del comodante, la de restituir en las mismas circunstancias es correlativamente una obligación del comodatario, así que él puede alegar que ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual necesitaba la cosa y devolverla acto seguido a la recepción, o simplemente repudiar esta.

3. Vamos a los contratos no útiles a la parte que recibe, sino a la que entrega, como el depósito. Una obligación de recibir a cargo de la parte pasiva en él, no

es dogmáticamente incorrecta. Tiene sentido establecerla, porque la parte activa podría querer asegurarse con anterioridad a la entrega, de que la parte pasiva no podrá rehusarse a recibir. Podría querer, en síntesis, asegurarse que su proyectado depósito va a tener lugar. Sin embargo, aquí debemos adelantar que carecería de sentido obligarlo a él a entregar, porque si, por regla general, en el depósito procede restituir «cuando lo solicite el depositante» (artículos 1814 y 1830 del Código Civil peruano), aun cuando se fije un plazo para la restitución (artículo 1830), es consiguiente que él pueda entregar y acto seguido pedir la restitución, lo que equivale a rehusarse a entregar. Si es así, el contrato consensual de depósito no debe nunca ser bilateral, al carecer de sentido construir una obligación de entregar. Su examen queda, pues, postergado para el más general de los contratos consensuales unilaterales.

4. Pasemos, en fin, a los contratos útiles a ambas partes.
En el mutuo con intereses, que, en efecto, es útil al mutuante que da, con base en los intereses pactados, y al mutuante, en cuanto a la disposición de la cantidad que recibe, una obligación de recibir no carece de sentido. Es consistente con ello que el mutuario no pueda pagar la suma recibida con anterioridad al pago estipulado (artículo 1658 Código Civil peruano).

En síntesis, pues, la construcción de los contratos consensuales como sinalagmáticos es dogmáticamente incongruente con respecto al mutuo sin interés, al comodato y el depósito. Solo tiene una cierta congruencia dogmática en el mutuo con interés.

Ahora bien, diseñar una reforma de derecho privado tan radical para un caso, no parece ni prudente ni razonable.

8. El empalme dogmático de la obligación de entregar en los contratos unilaterales y de recibir en el unilateral de depósito

Veamos qué congruencia dogmática ofrecen estos contratos consensuales cuando se los quiera configurar tan solo como unilaterales, vale decir, con obligación de dar o entregar, según el caso, en el mutuo con o sin intereses y el comodato, pero sin la contrapartida de una obligación de recibir; o con obligación de recibir en el depósito, sin una correlativa obligación de entregar.

1. En los contratos que solo son útiles a la parte que recibe, como el mutuo sin intereses y el comodato con o sin plazo de restitución, un contrato consensual que obligue a la parte activa a dar o entregar, según el caso, tiene sentido para la contraparte precisamente interesada en recibir, que de esa manera se asegura la

entrega por anticipado, una vez adoptada su decisión de requerir los fungibles que necesita en mutuo, o la especie que precisa usar, sin necesitar esperar a la efectiva tradición o entrega, única que en la operación concebida como real asegura su interés.

En los contratos que son útiles a la parte que entrega, como el depósito, un contrato consensual unilateral, con una obligación de la parte pasiva en orden a recibir, también tiene sentido para la parte activa, interesada en conseguir la custodia de un cierto mueble, pues de esa manera se asegura la recepción desde que empezó su necesidad de entregar en custodia, sin que haya menester esperar la entrega para asegurarse aquella.

En los contratos que son útiles a ambas partes, como el mutuo con intereses, en fin, nuevamente hay que declararlo con sentido para el que ha de recibir, que con él ve asegurado de su interés en precisamente recibir desde antes de que tenga lugar la entrega.

2. Esta corrección dogmática corresponde a la misma corrección que se presenta en el contrato de promesa de un contrato real, merced al cual el promitente activo de un mutuo o comodato se obliga a dar o entregar, según el caso, o el promitente pasivo de un depósito, a recibir. Una promesa tal, concebida, pues, como unilateral, ya que solo una de sus partes se obliga a concluir el contrato real, es plenamente aceptada por la doctrina. Si es así, como la situación no cambia en los propuestos contratos consensuales, he ahí que estos también deben resultar plenamente aceptables. Por lo demás, tal es la solución del Código peruano.

Pero esta observación relativa a la promesa de contrato real nos consiente hacer una observación. Antes dijimos que la supresión de los contratos reales y su conversión en consensuales contiene dos conversiones: la del convenio causal no vinculante de aquellos en contrato, y la de su tradición o entrega perfeccionadoras en actos de cumplimiento del nuevo contrato. Ahora debemos agregar que también contiene una nueva conversión, la de la promesa unilateral misma de contrato real en contrato consensual sustitutivo del real. Se produciría así una suerte de fusión de la promesa de cada uno de los contratos reales con el convenio causal de la tradición o entrega perfeccionadora de los mismos.

En tales circunstancias, ¿por qué sustraer a las partes la disponibilidad del instrumento de la promesa (mejor, de la opción)? ¿Por qué no permitirles que escojan ellas primero celebrar el contrato preparatorio y después el real, si les conviene y tienen interés en ellos; antes que forzarlas a siempre celebrar un único contrato consensual?

9. Dificultades prácticas que ofrecen los contratos consensuales sustitutivos

1. Una línea de argumentación en favor del reemplazo de los contratos reales por unos contratos consensuales se orienta en el sentido de proteger el interés de las personas que reciben, salvo con respecto al depósito, en que la protección va hacia la persona que entrega. Si alguien recibe una oferta de comodato real, y el oferente olvida después su oferta y rehúsa la entrega, eso puede causar muchos perjuicios al que aceptó la oferta porque necesitaba la cosa ofrecida, sin nada poder hacer contra el olvidadizo, que no estuvo obligado a entregar[48]. La verdad es que lo mismo puede acaecer cuando la iniciativa es adoptada por el que desea recibir cierta cosa en comodato, si la pide a alguien, quien acepta prestarla, y posteriormente olvida o desconoce su aceptación. Sea como fuere, que un perjuicio puede irrogarse al interesado en recibir una cosa en comodato, con la retractación anterior a la entrega por el que aceptó prestarla, eso es cierto. Además, tal esquema se puede generalizar para el mutuo y para el depósito, pero con respecto al interesado en que un mueble suyo sea recibido en custodia.

El remedio a tal situación, que sería el contrato preparatorio, no funciona bien —se dice— porque, fuerza a la celebración de dos contratos, el preparatorio y el definitivo, en circunstancias de poder haber urgencia en recibir la cosa, o en entregarla en el caso del depósito. Y todavía se agrega que el interesado en conseguir la entrega, o la recepción, en el caso de depósito, suele inhibirse de exigir un contrato preparatorio a su contraparte, atendido que esta ningún interés tiene en el contrato definitivo y presumiblemente prefiera quedar libre de poder no entregar, o sea de arrepentirse, hasta el momento en que, decidido a entregar, entregue efectivamente.

Examinemos cada uno a uno estos argumentos.

2. La argumentación concerniente al interés del que recibe, o del que entrega en el caso del depósito, es —ya lo reconocimos— verdadera. Pero también unilateral. Examinemos un comodato real. Una vez acordado, supongamos que la parte activa quiere entregar; al efecto, puede ser que la desafecte de algunos usos útiles para él; quizá deba desechar venderla a quien le ofreció comprarla; tal vez incurrió en algunos gastos para dejarla en condiciones de ser usada por el comodatario, etcétera. Llegado el momento de la entrega, la parte pasiva, alegando no necesitar ya la cosa, la rehúsa y se retira de todos modos muy agradecida. La parte activa nada puede hacer, salvo disgustarse. Como se ve, esta situación es la contrapartida

[48] Es una de las líneas adoptadas por la profesora Doyharçabal, en su informe citado en la nota *.

de aquella de la parte pasiva que contaba con que le irían a entregar la cosa que pidió en comodato, y que a última hora le fue negada.

El problema es que si ahora suponemos un contrato consensual de comodato, la situación cambia para la parte pasiva en su favor, mas no sucede lo propio para la activa. Eso, por el hecho de que, como ya tenemos aceptado, tal contrato debe ser unilateral, en el sentido de solo obligar a entregar mas no a recibir y que, cuando también obligara a recibir, tal obligación sería sin dificultad alguna eludible por el comodatario. Así que el contrato consensual protegería el interés del comodatario interesado en recibir, pero no el del comodante, quien, aunque carente de interés en entregar cuando el contrato es real, el cual, además, no le presta utilidad alguna, empieza a tener interés en entregar, cuando es consensual, aunque siga haciendo defecto una utilidad para él. Ese interés consiste en cumplir su obligación, para no ser demandado ni tener que indemnizar perjuicios. La pregunta práctica es esta: ¿quién accedería a celebrar un contrato consensual de comodato sabiendo que no bien ponga todo de su parte para cumplirlo, ello puede resultar inútil si el comodatario perdió su inicial interés en recibir y omite hacerlo? Ciertamente se podría establecer alguna suerte de responsabilidad para el comodatario constituido en mora de recibir —la cual no existe en el Código peruano—. Pero, dejando a un lado que esta norma no haría sistema interno con respecto a un contrato para el cual no está dicho que el comodatario tiene la obligación de recibir, ella, como quedó dicho, es fácilmente eludible: para evitar esta responsabilidad, el comodatario podría recibir y acto seguido devolver, alegando que cesó el uso para el cual la recibió, y el efecto dañoso para el comodante es el mismo que si no la hubiera recibido el comodatario.

El análisis conducido para el comodato se puede repetir con respecto a los demás contratos. El contrato consensual de depósito protege el interés del depositante que cuenta con que la cosa tendrá que serle recibida por el depositario; pero se desentiende del interés de este, quien preparó todo para recibir la cosa en el momento acordado y a última hora no le fue entregada por el depositante, que ya no necesita su custodia. Y si se pensare en imponerle alguna responsabilidad, ella podría ser eludida con el expediente de entregar la cosa para acto seguido pedir su restitución, lo que es facultad arbitraria del depositante. Un mutuante, que distrajo dinero de otras operaciones lucrativas para cumplir con su obligación de darlo en préstamo al mutuario a fin de ganar los mejores intereses acordados, se encuentra con que este ya no necesita la cantidad y se desiste de recibirla. El contrato consensual de mutuo protegió su interés cuando le aseguró la entrega, pero desprotege el interés del mutuante.

En los contratos reales, en cambio, ambas partes están en igualdad de condiciones con respecto al punto del perjuicio que puedan eventualmente sufrir

al preparar la entrega y la recepción, que finalmente no se consumaron. Eso es inevitable y normal, y entra en la economía de todo contrato antes de perfeccionarse. En la práctica, también ha de ocurrir en el contrato consensual antes de llegarse al consenso, consenso que en los contratos de liberalidad como el comodato, el mutuo sin intereses o el depósito, la parte que se grava retardará y hará coincidir con la entrega, antes de aceptar quedar previamente ligado. ¿A título de qué aceptará tal cosa si el contrato no le reporta utilidad alguna y podría ocasionarle más de un problema?

3. No es mejor argumento el que consiste en la economía que se consigue al eliminar la duplicidad de contratos representada por el preparatorio y el contrato definitivo, que normalmente será uno de opción. La opción de mutuo, comodato y depósito son, en efecto, consensuales[49]. Si hay urgencia en recibir o en entregar, en el caso del depósito, esa urgencia determinará que la entrega o la recepción sean pedidas de inmediato y que no haya plazo ni condición para celebrar en el futuro el contrato definitivo; de forma que, en la práctica, este funcionará como real, pues si se acepta dilación es que tanta urgencia no hubo. En cuanto a que la parte que se beneficia puede auto-inhibirse de exigir un contrato preparatorio a la contraparte, más auto-inhibición habrá cuando explícita o implícitamente ronde la amenaza de exigir responsabilidades si no se cumple el contrato consensual. ¿Quién estaría dispuesto a presentarse ante alguien para solicitarle el préstamo, supongamos de un automóvil, y, ante las consultas del interlocutor, verse en la necesidad de advertirle que si consiente en prestarlo, quedará obligado a entregarlo en tantos días o a indemnizarle los perjuicios que le cause con su negativa de hacerlo? ¿Y quién estaría dispuesto a tolerar que el favor y la gracia que se le pide resulten sujetos a semejante responsabilidad y, en tales circunstancias, a consentir como comodante en el acto? Casi puede calcularse o pronosticarse que los contratos consensuales de los que hablamos habrán de caer en desuso.

4. La proposición de tales contratos no toma en cuenta ciertas realidades modernas que aminoran los riesgos que algunos contratos puramente reales hacen correr a las partes que se benefician con él, y que con la sustitución se tratan de evitar. Nos referimos, en primer lugar, a la profesionalización, tal cual ocurre con las operaciones de crédito, que constituyen actividad normal del sistema bancario y financiero, o con los depósitos practicados por empresas de custodia, así los almacenes denominados «warrants» y otros. En segundo lugar, nos referimos a la moderna legislación protectora de los consumidores.

[49] Artículo 1425 en relación con los artículos 1649, 1730 y 1816 del Código Civil peruano.

El aludido profesionalismo de la actividad crediticia y depositaria hace que quien da o recibe, respectivamente, no suela negar a última hora y de improviso la celebración del real, causando perjuicios arbitrarios al particular que pide el crédito o quiere depositar, si no hay una justa razón de hecho que lo impulse a ello. Si el cliente es solvente y tiene todos sus papeles en regla, el banco no le negará el crédito que al principio se manifestó dispuesto a otorgarle, arguyendo que el contrato no se ha perfeccionado por la tradición; de lo contrario obraría arbitrariamente y aun en contra de sus propios intereses. En contrapartida, como antes de entregar el dinero querrá verificar bien los antecedentes del cliente, se rehusará a quedar obligado a prestar celebrando el contrato consensual y hará todo lo posible por acercarlo al acto real.

Enseguida, está la protección al consumidor. Al respecto, los proveedores no pueden discriminar a los consumidores, dice, en síntesis, el artículo 7B de la ley de protección al consumidor[50] así que aquellos no podrían negar injustificadamente los servicios y productos de sus giros, una vez ofrecidos. Puede, en consecuencia, decirse que existe una suerte de deber legal de prestar el servicio o producto ofrecidos, que ciertamente ampara al cliente de retractaciones abusivas. Esto es enteramente aplicable a los servicios de depósito; pero también a las operaciones de crédito.

10. ¿Por qué tanto incienso al consensualismo?

Nos formamos la impresión que el sacrificio de los contratos reales en el altar del consensualismo es un sacrificio a cierto mito. El consensualismo, como principio general, es algo más bien moderno. Los romanos, que inventaron los contratos consensuales, desconocidos en otros pueblos de la Antigüedad, y particularmente en el mundo helenístico, no pensaron en elevar el canon que los rige a la categoría de tal principio; lo propio hicieron los medievales. La generalización del consensualismo fue obra del derecho natural moderno. Ya a Grocio, y a autores más filosofantes que juristas, como Pufendorf, Thomasius o Wolf, les pareció solo conforme con el derecho natural de la razón, que el consenso de dos sea suficiente, tanto para transferir el dominio como para obligarse, sin necesidad de artificios no naturales como la tradición o unas solemnidades. Aun así, no se atrevieron a sugerir la abolición de los contratos reales, porque se dieron cuenta que eso es imposible. En las modernas codificaciones quedó

[50] Decreto supremo 039-2000, del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, cuyo texto único fue establecido por el decreto legislativo 716, publicado el 11 de diciembre de 2000.

indirectamente consagrado el consensualismo como principio general del derecho de contratos, cuando, en síntesis, para obligarse solo se pide que dos partes capaces consientan sin vicios sobre un objeto lícito movidas por una causa lícita. Como no se pide además que consientan bajo ciertas formas o con subsiguiente entrega o tradición, aquellas y estas permanecen como excepciones que deben ser expresamente establecidas.

Pero todos saben que de hecho no es así. Lo que aparenta ser principio general es en la práctica excepcional, y queda relegado al ámbito teórico. Son muchas las exigencias de formalidades de diversa naturaleza para un sinnúmero de actuaciones jurídicas que fulmina la ley[51] y, cuando no es esta la que las exige, es tanta la desconfianza social hacia la mera palabra dada, que son los propios particulares quienes las piden. De esta manera, en los hechos, el recurso a los acuerdos meramente consensuales queda reducido al ámbito de las relaciones jurídicas entre parientes y amigos, y aun así, para operaciones de poca monta.

Tememos, pues, que la conversión de los contratos reales en consensuales en la práctica sea más bien una conversión de tales contratos en solemnes, de los cuales hay un paso a los reales nuevamente; pues no es infrecuente que la parte activa, o la pasiva en el caso del depósito, antes de aceptar contratar, exijan un escrito, y que no se allanen a firmarlo mientras no haya traspaso de la cosa. O sea, más o menos como se hace hoy, porque, aun siendo reales los contratos, si presentan alguna envergadura patrimonial, siempre se ven cubiertos por un acto escrito, cuyo momento de suscripción suele coincidir con el momento del traspaso mismo de la cosa.

Bibliografía

Baudry-Lacantinerie, Gabriel

1906 *Traité théorique et pratique de Droit civil des obligations,* tercera edición. París: I, número 23.

Carbonnier, Jean

1969 *Droit civil, IV: Les obligations*, sexta edición. Paris: Presses Universitaires de France, [hay una 22ª edición, de 2000]), número 43.

1974 *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. L. Díez-Picazo (traductor). Madrid: Tecnos.

[51] Sobre este tema, véase el exhaustivo recuento de formalidades exigidas que ofrece López Santa María (2005, I, § 42: 255-264).

Chabas, François
1997 «Obligations: théorie genérale», en Mazeaud, Henri y Léon; Mazaud, Jean (editores). *Leçons de Droit civil*. París: Montchrestien, II, 1, número 82 [hay una 12ª edición, de 2000].

Ghestin, Jacques
1999 «La formation du contrat». En *Traité de Droit civil* bajo la dirección de Jacques Ghestin, tercera edición. París: Librairie Générale de Jurisprudence, número 452.

Guzmán Brito, Alejandro
2004 «La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso.
2005 *De las donaciones. Conceptos y tipos*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Jobard-Bachellier, Marie-Noëlle
1985 «Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif». *Revue Trimestrelle de Droit Civil* 84.

López Santa María, Jorge
2005 *Los contratos. Parte general*, cuarta edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Marty, Gabriel y Pierre Raynaud
1962 *Droit civil. Les obligations*. París: Sirey, II, 1: número 60.

Terré, François, Philippe Simler, Ives Lequette
2005 *Droit civil. Les obligations*. Novena edición. París: Dalloz.

Otros

Loi fédérale complétant le Code Civil suisse (Livre V: Droit des obligations), del 30 de marzo de 1911.

Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. Année 1947-1948 (Paris, Sirey, 1949), sesión del 18 de junio de 1948.

EL DEBER DE SINCERIDAD DEL TOMADOR DEL SEGURO EN SU DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO*

*Fernando Hinestrosa***

1. La cláusula general de buena fe

El postulado con arreglo al cual las partes han de proceder de buena fe en la ejecución del contrato, ha sido predicado tradicionalmente por los códigos, a partir del *Code Civil français* (artículo 1134; artículo 1603 Código Civil colombiano). Durante el siglo XIX la referencia a la buena fe se circunscribió al cumplimiento de las obligaciones surgidas de aquel, con un juego bastante reducido del papel del juez, por cuya boca hablaba la ley, de modo de asegurar que el contrato fuera asunto exclusivo de las partes, a salvo de cualquiera intervención ajena (ante todo judicial) correctora o de ampliación del contenido.

Ya en los comienzos del siglo XX, la jurisprudencia francesa, abrió la puerta a las obligaciones contiguas, implícitas, resultantes de la naturaleza del objeto, pero, sobre todo, como exigencia de la buena fe.

2. Ampliación e intensificación del principio de buena fe

Igualmente, la proyección y el sentido de la buena fe se fueron ampliando en otras direcciones, a la vez que su contenido se tornó más exigente, en general, y con mayor severidad frente a ciertos contratos en los que la confianza recíproca o la de una parte en la otra es más intensa o, mejor, imperativa. El derecho, por principio, demanda al particular en todo momento de su relación —desde cuando se propone contratar hasta después de haber liquidado el contrato—, un comportamiento ceñido a la consideración de los intereses de la contraparte, con

---

* Contribución al Libro de Homenaje al doctor Fernando de Trazegnies, Lima, Perú.

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Bogotá, Colombia. Rector de la Universidad Externado de Bogotá, Colombia. Profesor de Derecho Privado en ella. Miembro Correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

la que ha de colaborar para alcanzar la finalidad común. La sensibilidad por la cláusula general de la buena fe fue extendiendo su radio de acción, de modo de gobernar igualmente las «negociaciones» que pueden anteceder a su celebración, y así la han venido resaltando, cada día con mayor fuerza, la doctrina y la jurisprudencia, e incluso la legislación, como aparece en los artículos 1337 y 1375 *Cod. civile* italiano, los artículos 863 y 871 Código de Comercio colombiano, inspirado en ese modelo, el artículo 1362 Código Civil peruano, y el artículo 1375 del *Code civil* de Québec.

3. Surgimiento de la buena fe objetiva

Pero, además, fue apareciendo o, quizá mejor, se fue desarrollando, adquiriendo autonomía y tomando gran vigor, una nueva dimensión de la buena fe: la buena fe objetiva, diligente o exenta de culpa, que por lo mismo no puede darse por supuesta, y la persona que pretenda obtener la tutela o la ventaja prevenidas en la norma, habrá de demostrar que su estuvo a la altura de lo exigible, no en abstracto, sino según su condición personal y los patrones de conducta correspondientes a las distintas circunstancias. Para el derecho colombiano, como corresponde a la tradición romano-germánica, el concepto de buena no es sinónimo de 'razonabilidad'. Esto quiere decir que la buena fe es una regla 'relacional', cuyo contenido es objetivo y cuyo entendimiento va siempre en función de la tutela de la otra parte, o sea en garantía de la confianza legítima que en ella despertó quien debía proceder lealmente: *dictorum conventorumque constantia et veritas*. Por ello no se puede tomar la buena fe, ni siquiera la subjetiva, con una elasticidad que le permita al obligado a emplearla según su mejor saber y entender, sacrificando el interés ajeno, y menos aún, como una regla susceptible de atenuaciones que limiten su responsabilidad al caso de fraude[1].

[1] «[Buena fe objetiva] no es una diligencia media o en abstracto (aquella constantemente replanteada y elaborada tradicionalmente —en una orgía de aurea mediocritas y en virtud de una especie de revelación estadística de comportamiento uniformes— referida a un bonus pater familias, sino una diligencia en concreto, […] con criterio atento a la calidad de los intereses en juego» (Bigliazzi-Geri 1987: 56 y ss.). «Se advierte la distinción recurrente entre la buena fe subjetiva y la objetiva y se agrega, para una mayor reflexión, la necesidad de ver incluso la primera, en una dimensión que no se limite a considerar la actitud de quien obra de buena fe, entendida emotivamente, y lleva al juez, como justificación, su convicción del ejercicio del derecho o el error. Además, está la exigencia, para la buena fe subjetiva, de no encerrarla en una visión unilateral limitada a quien la invoca, de modo de proceder a una comparación de los intereses no solo con el estado subjetivo y la condición y defensa de quien obra, sino también de los sujetos frente a los cuales se hace valer la situación de buena fe» (Rescigno, 1987: 35).

La buena fe en nuestro derecho contractual, —y este es el espíritu del Código de Comercio, en locuciones tomadas directamente del Codice civil italiano de 1942— es la buena fe objetiva y no la subjetiva[2]. Es la denominada allá 'exenta de culpa', lo que a fin de cuentas quiere decir que el sujeto tiene que actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los estándares sociales y legales, que en ocasiones se extreman (como en el caso de la declaración del estado del riesgo en el contrato de seguro, artículo 1958 Código Comercio colombiano)[3], que no se atenúan, y en ningún caso según su propio criterio individual, de suyo proclive a la auto-complacencia. Y, además, que tiene que probar que así se desempeñó.

El artículo 863 Código de Comercio colombiano, previene singularmente que «las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período pre-contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen», en redacción tomada del artículo 1337 *Codice civile*, a la que agregó la calificación de la buena fe «exenta de culpa», que utiliza repetidamente, para precisar su especificidad y diferenciarla de la buena fe pasiva, imperante en materia posesoria, lo que en cierto sentido vino a constituir una innovación.

---

[2] Escobar Sanín (1985: 144; 1994: 527).

[3] «No se puede decir que la buena fe no tenga su sitio en materia contractual. Ante todo, evidentemente, bajo una forma negativa, con la prohibición de su contraria: la mala fe. Se observa, así, al contratante que viola sus compromisos formalmente expresados, como también a aquel que hace surgir en su contraparte una esperanza que sabe no tendrá respuesta. Se aproxima de ese modo positivamente a la buena fe que impone ciertos deberes a los contratantes. Ante todo, deber de lealtad en la ejecución del contrato, pero también en su negociación y su celebración (El proyecto de *Code Civil* del año VIII preveía que 'las convenciones deben ser *contratadas* y ejecutadas de buena fe'). En la formación: no solamente cada una de las partes no debe engañar a la otra, sino que debe adoptar una actitud coherente permitiendo a su contraparte determinar su propia conducta. […] De manera general, cada vez que un contratante da lugar a una relación de confianza, debe asumir las consecuencias» (Terré, Simler y Lequette, 2002: 43). «En el desenvolvimiento de las negociaciones y en la formación del contrato las partes se deben comportar conforme a la buena fe (artículo 1137 c. c.). La buena fe se presenta aquí como regla de conducta, o sea como buena fe en sentido objetivo. La buena fe expresa el principio de la solidaridad contractual y se especifica en los dos aspectos fundamentales de la lealtad y de la salvaguarda. La buena fe, precisamente, impone a la parte comportarse lealmente y, además, esmerarse para salvaguardar la utilidad de la otra parte dentro de los límites de un sacrificio apreciable. […] Deberes típicos de buena fe en la fase pre-contractual, por el aspecto de la lealtad, están los deberes de a) información, b) claridad y c) secreto, y por el aspecto de la salvaguarda, está d) el deber de cumplimiento de los actos necesarios para la validez y la eficacia del contrato. a) Información. Una expresión típica de la buena fe en las negociaciones es el deber de informar a la otra parte sobre las circunstancias relevantes concernientes al negocio. La violación del deber de información en las negociaciones se califica como reticencia. Queriendo determinar el contenido del deber de información en las negociaciones, debe decirse ante todo que este no se refiere a la conveniencia de contrato, sino a las circunstancias objetivas que lo hacen inválido, ineficaz o inútil» (Bianca 1994: 78).

4. El deber de información

El deber de información oportuna, completa y veraz, es algo elemental, correspondiente a la exigencia de obrar con lealtad y corrección en que se proyecta el principio de buena fe, encarecido sobremanera en el comercio de bienes y servicios, que impone la mayor consideración hacia el otro, acá la contraparte en ciernes, en cuya vigencia ponen especial esmero jurisprudencia y doctrina por doquier, en procura de combinar pedagogía cívica con responsabilidad jurídica, para una mayor armonía y coherencia de las relaciones. Quien quiera que emita una oferta de contrato ha de precisar las características de los bienes y servicios relativos y, por ende las condiciones de aquel.

Esa exigencia genérica de lealtad y corrección, que se expresa en el deber de información de todas aquellas circunstancias relevantes concernientes a la formación del contrato, adquiere connotaciones singulares en determinados contratos y, dentro de ellos, más aun, en determinadas condiciones, a veces disciplinadas singular y estrictamente por la ley. Así, ese deber general, se refuerza y especifica, en razón de la naturaleza de la relación jurídica en ciernes, que le impone a ambas partes o a una de ellas en especial, sinceridad, corrección, lealtad, mayores, o sea una buena fe más estricta: *ubérrima*, se dice. Y, a esa exigencia, el contrato de seguro no solamente no se sustrae, sino que en él es aun más apremiante[4], y en la actualidad ocurre otro tanto con los contratos de consumo. A unos y otros les son aplicables, por supuesto, además de las reglas comunes, aquellas exigencias especiales que los ordenamientos han elaborado a propósito, en el ánimo de la mayor transparencia en su celebración y la mayor agilidad para atender las anomalías mediante sanciones expeditas, ante todo de tutela particular, pero también coloreadas de un interés general en la honestidad de los tratos, más vivo en la medida de la universalización de las figuras y del significado económico que su volumen enorme llega a alcanzar universalmente.

5. La sanidad del consentimiento como requisito de validez del contrato

De antaño se ha repetido que el consentimiento o la voluntad de los sujetos negociales ha de ser consciente, ilustrado y libre, y el derecho ha provisto al

[4] «En todo contrato el proponente debe indicar los elementos que constituyen el contenido de su propuesta. Pero en el contrato de seguro esta indicación adquiere una importancia especial, porque no es el asegurador, sino el asegurado el llamado gestor del riesgo y solamente él conoce todas las circunstancias aptas para identificarlo y valorarlo. […] En el seguro la verificación por parte del asegurador de los elementos indicados por el asegurado es de ordinario imposible, por tratarse de acontecimientos ocurridos tiempo atrás o de naturaleza delicada» (Donati 1954: 414).

imperio de esa pauta, por medio de la institución de los vicios de la voluntad, para el caso, del dolo, que es el que acá interesa, entendido como error determinante provocado por la otra parte, y en los actos unilaterales, por el beneficiario de la atribución patrimonial, inicialmente con relevancia circunscrita a sus maniobras, esto es, a su comportamiento positivo insidioso, pero habiendo ampliado paulatinamente el criterio para comprender también la reticencia o silencio, naturalmente cuando en razón de precepto normativo o de regla de conducta social o profesional, el sujeto se encontraba en el deber de expresarse, alertar, informar, corregir la visión de los hechos y circunstancias, a fin de evitar el error del otro. Solo que por razones múltiples de seguridad jurídica y de compaginación de los intereses en juego, los requisitos de relevancia de las figuras correspondientes han sido precisos y rigurosos. De ahí que, algunas más complejas refinadas, la ley ha delineado previsiones y soluciones que difieren de aquellos, y se adaptan mejor a las mayores exigencias de corrección y sinceridad de ambas partes o de aquella a la que directamente concierne el deber.

El deber de corrección, de honestidad, de sinceridad, de solidaridad, o utilizando una expresión afortunada de la doctrina francesa reciente: un deber de decencia[5], con que se ha de comportar cada uno de los sujetos que emprenden negociaciones o que se aprestan a la celebración de un contrato, compelidas socialmente e incluso normativamente, a colocarse en el lugar del otro y precaver descalabros y quebrantos, en manera alguna justificables con la excusa de «no se me preguntó», «no pensé que esa información tuviera importancia».

6. Importancia del conocimiento del riesgo en el contrato de seguro

En lo que se refiere al contrato de seguro y, dentro de él, más a algunas variedades o modalidades suyas, dado que su función es trasladar en todo o en parte las consecuencias patrimoniales adversas del riesgo que corre una de las partes a la otra, que lo asume, la determinación precisa de aquel es esencial y definitiva[6]. De ahí el esmero que las legislaciones han puesto en la identificación y precisión

---

[5] Stoffel-Munck (2004: 943 y ss.).

[6] Las probabilidades de que el siniestro ocurra son necesariamente diferentes según la variedad de situaciones objetivas y normalmente también según la persona del asegurado. De ahí la necesidad para el asegurador de conocer con exactitud la situación objetiva al momento del contrato. […] El contrato de seguro no contempla un riesgo genérico y abstracto, sino uno específico y concreto que es inherente a determinada situación objetiva. Para la valoración del riesgo es, por tanto, necesario que el asegurador conozca todas las circunstancias que pueden influir en la probabilidad de ocurrencia del evento» (Ferri 1976: 844).

del riesgo y en el deber del tomador de declarar con sinceridad y plenitud, las circunstancias que lo individualizan y permiten estimar sus caracteres, y la previsión específica del tratamiento de la reticencia[7] y la inexactitud en que pueda incurrir aquel[8]. Para el asegurador, la noticia del estado del riesgo que se le propone o se le solicita asumir, es fundamental: ante todo para decidir si tiene en cuenta o rechaza la propuesta y, seguidamente, en caso inclinarse por la positiva, en qué condiciones económicas le sería aceptable. En tanto que en lo que hace al tomador-asegurado es elemental la consideración de ser el mejor informado del riesgo y sus distintos aspectos, y cuando menos, quien está en mejores condiciones de una averiguación completa al respecto, de donde viene su deber de colaboración para que el trato que se celebre sea legítimo y diáfano. Esto es que al paso que el derecho y la experiencia imponen de ordinario a cada candidato de parte la carga de informarse cabalmente sobre las condiciones de los bienes y servicios y los términos del contrato que se propone celebrar, aquí, «se deroga el derecho común de los contratos. Derogación que se impone porque el riesgo es el elemento esencial de todo seguro, y el asegurador ha de estar en condiciones de apreciarlo, antes de comprometerse, sea para aceptar o no el riesgo, sea para determinar exactamente la prima correspondiente»[9].

7. La singularidad de la disciplina de cada ordenamiento

De más está decir que en medio de una comunidad o generalidad de prevenciones y reacciones de los distintos ordenamientos delante de esos fenómenos, es indispensable observar la actitud singular, específica del ordenamiento que rige la relación en cuestión, para juzgar con acierto el caso y conceptuar sobre la eficacia del contrato.

8. La disciplina tradicional de la formación del contrato de seguro

La regulación del comportamiento debido por el asegurado a la hora de la celebración del contrato y de las consecuencias de su falta a la exigencia de información sincera sobre el estado del riesgo, arranca con el artículo 348 del

---

[7] «Reticencia», según el Diccionario (IV edición, Utet, Torino, 1976, número 610: 844).

[8] Reticencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: «efecto de no decir sino en parte, ordinariamente con malicia […]. Figura que consiste en dejar incompleta una frase o no acabar declarar una especie […]. 'Callar' e 'Inexactitud' quieren decir: «falta de exactitud». Exacto: «puntual, fiel, cabal».

[9] Jacob (1974: 106).

Code de commerce maritime français de 1808[10], que, tomando el antecedente de la *Ordenzanza* sobre la marina de 1608, sancionaba con la nulidad del contrato el incumplimiento de la obligación de declarar sinceramente[11], cuya prevención se difundió universalmente. Así el Código de Comercio terrestre colombiano de 1871, que igual que el Código Civil, tuvo su origen en el ordenamiento chileno: «Artículo 680. El asegurado está obligado: A declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos […]». «Artículo 681. El seguro se rescinde: Por las declaraciones falsas o erróneas, o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación de sus condiciones», y el artículo 429 del *Cod. commerce italiano* de 1882.

9. La regulación en el derecho colombiano

El Código de Comercio colombiano de 1971 actualizó y precisó aquel deber y estas consecuencias en los siguientes términos:

> Artículo 1058. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea presentado por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre los hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro[12]. Si la declaración no se hace con

---

[10] *Toute réticence, toute fausse déclaration de la part del'assuré, toute difference entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque et en changeraient le sujet annulent l'assurence* […].

[11] «Sanción que los jueces llegaron a considerar demasiado rigurosa porque afectaba a toda irregularidad del asegurado, que aun sin intención fraudulenta, se hacía culpable de una simple negligencia» (Jacob 1974: 115).

[12] *Declaración inexacta o reticente.* El código anterior consignaba la *falsedad*, el *error*, la *reticencia* como vicios de la declaración que hacían rescindible el contrato de seguro. Mejor ajustado a la técnica, el nuevo (artículo 1058) consagra tan solo la *inexactitud* y la *reticencia*, claro está «sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas». Pero una y otra pueden ser *intencionales* (por venir de dolo o culpa grave), *culposas* (por venir de culpa leve o levísima) o *inocentes* (por venir de error inculpable). Su origen, en otras palabras, incide sobre la naturaleza de la sanción, que ayer fue la nulidad relativa y hoy, con mejor sentido de la equidad, puede ser la nulidad relativa o la reducción proporcional de la prestación asegurada en caso de siniestro. […] La inexactitud y la reticencia, pueden ser *relevantes* o *irrelevantes*. Lo que importa jurídicamente a los efectos de la procedencia o improcedencia de las sanciones establecidas en la ley. […] a) *Sobre hechos relevantes*. Si los hechos o circunstancias omitidos o inexactamente declarados: 1) eran o debían ser *conocidos* por el tomador (la declaración debe ser sincera) o por su representante (c. de co. artículo 834). Si los ignoraba, no estaba obligado a declararlos, a menos que hubiera podido

sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo[13] […]. Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador solo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa adeudada al verdadero estado del riesgo […]. Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre los que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato se allane a subsanarlos o los acepte expresa o tácitamente.

---

conocerlos mediante una razonable diligencia. La ley exige la «buena fe exenta de culpa» en la etapa pre-contractual (artículo 863). No creemos, con todo, que el tomador esté obligado a adelantar pesquisas, investigaciones exhaustivas en procura de información acerca de un hecho que ignora o del cual tiene apenas lejana referencia. Le basta, a nuestro juicio, en guarda de la lealtad debida al asegurador, proceder con la normal diligencia de un buen padre de familia. 2) Si los hechos o circunstancias encubiertos, por acción u omisión, eran de tal naturaleza que hubieran influido en el consentimiento del augurado o en las condiciones de su otorgamiento o, como reza textualmente el artículo 1058, «que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas». Lo que pretende la ley es que el asegurador sea consciente del riesgo que asume, de su naturaleza de su extensión, de los hechos o circunstancias de carácter objetivo o subjetivo que lo hacen más o menos azaroso y, por tanto, más o menos probable el siniestro o si este ocurre, más o menos cuantioso el daño indemnizable a la luz del contrato. Y de ahí la fidelidad que exige en la declaración de asegurabilidad que, de otra parte, está concebida para relevarlo de acuciosas investigaciones, de laboriosas inspecciones y análisis […] (Ossa 1991: 330).

[13] «Esos hechos o circunstancias a que se refiere el primer inciso del artículo 1058, están constituidos por los que señalen las preguntas del cuestionario elaborado por el asegurador, tendentes a que el consentimiento de este se halle libre de todo vicio al celebrar el contrato, especialmente del error; a que conozca exacta y debidamente la naturaleza, extensión y magnitud del riesgo que va a asumir y a que pueda juzgarlos convenientemente […]. La rescisión el contrato de seguro […] se cumple en las siguientes hipótesis: a) que el asegurado haga declaraciones que no sean verídicas acerca de los riesgos que debe asumir el asegurador; b) que haya callado u ocultado alguno de los riesgos; c) que esas declaraciones inexactas o reticentes sean capaces de influir sobre el consentimiento del asegurador para asumir el riesgo […]. Por consiguiente la ley pretende impedir con esa norma (artículo 1058) que la conducta del asegurado genere en la aseguradora un consentimiento errado». […] «La redacción misma del segundo inciso del precepto que se comenta indica muy claramente que el solicitante, aunque el asegurador no le someta a cuestionario, en todo caso está obligado a declarar los hechos o circunstancias que permitan a dicho asegurador tener un consentimiento libre de todo vicio para conocer el riego que va a cubrir y aceptar o rechazar el seguro pedido o para estipular condiciones más onerosas que las habituales para este tipo de riesgo. […] En uno y otro caso, o sea con cuestionario o sin él, si las apuntadas inexactitudes o reticencias del tomador del seguro están libres de culpa de su parte, la sanción que establece la ley es más benigna»: Casación civil de 28 de julio de 1976.

10. La norma del Código peruano

De su lado, el artículo 376 del Código de Comercio del Perú de 1902, previene:

> Nulidad del contrato de seguro. Será nulo todo contrato de seguro: 1) Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato. 2) Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos. 3) Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato.

11. La especificidad de la regulación del contrato de seguro

Bien se aprecia que dentro de la exigencia mayor de buena fe para ambas partes en la celebración del contrato de seguro, la ley se esmeró en la disciplina del comportamiento del asegurado[14], con la previsión de que la omisión o inexactitud relativa a la declaración de hechos o circunstancias relevantes para la apreciación del riesgo[15], cuando fue determinante para la celebración o definitiva para las condiciones económicas del contrato, da lugar a la anulación[16], al margen de la calificación política o moral de la conducta del tomador[17]. Con lo cual se palpa

---

[14] «El deber de información es a veces descrito como exigencia, no solo para el asegurado, sino también para el asegurador, de revelar todos los hechos materiales de su conocimiento […]. Es obvio que usualmente el asegurador no tiene nada que revelar […]. Si el asegurado deja de revelar los hechos, puede perder en su totalidad la suma correspondiente a la indemnización en caso de siniestro» (Friedmann 1999: 314).

[15] A propósito del concepto de «circunstancia de riesgo» y su clasificación, cfr. Donati (1954: 337 y 418).

[16] «Cuando el derecho de seguros fue formulado en Inglaterra […] estaba ya entrelazado con el concepto de buena fe […]. Los textos jurídicos están llenos de declaraciones en el sentido de que los contratos de seguros son contractos de máxima buena fe, al parecer porque 'buena fe' no era suficiente: '*uberrima fides*', en palabras latinas, para fortalecerla. Este desarrollo del derecho de seguros se mantuvo por varios siglos en contraste grande con la posición del derecho general de los contratos, que rechazaba la doctrina de la buena fe, y que se atenía a la idea del imperio de la idea de *caveat emptor*» (Friedmann 1999: 310).

[17] Visintini (1972: 42), anota que Emerigon en su Traité des assurances et des contrants à la grosse (1783), sostuvo que «se es responsable de dolo no solo cuando para inducir al asegurador al contrato o a bastarse con una prima baja, se declaran hechos contrarios a la verdad, sino también si se callan circunstancias graves cuya consecuencia era importante para el asegurador», y que Pothier, en su Traité du contrat d'assurence (p. 196), se pronunció claramente por «la nulidad del contrato de seguro en caso de declaraciones falsas que indujeran al asegurador a error en su representación del riesgo, independientemente de la mala fe del asegurado». «No importan, entonces, los motivos que hayan movido al tomador para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de

el contraste con el tratamiento dado por el derecho a los vicios de la voluntad relativos a ignorancia o falsa apreciación del estado del riesgo, cuya ocurrencia podría desembocar en la nulidad del contrato[18]. De un lado, en lo que hace al error, la no exigencia de su sustancialidad, esto es, de que verse sobre uno de los cuatro elementos o caracteres del contrato: *error in negotii, error in corpore, error in substantia, error in persona*, pudiendo darse sobre cualquier otro aspecto o factor, siempre que su conocimiento hubiera retraído al asegurador de la aceptación del contrato o lo hubiera llevado a aceptarlo en condiciones más onerosas. Y en lo que respecta al dolo, la aceptación directa del dolo negativo[19], como quiera que la parte tiene el deber legal de declarar y hacerlo sinceramente[20] y a plenitud, la no exigencia de mala fe del tomador, cuya omisión o inexactitud, por sí solas, independientemente de cualquier fraude o culpa, completan el supuesto de hecho de la sanción de invalidez, no solo al ser determinantes de la celebración del contrato —*causam dans*—, sino incluso en el supuesto de haber conducido a su celebración en condiciones desproporcionadas —*incidens*—. O sea que la figura de la anulabilidad del contrato por falla en la declaración del proponente encuentra su fundamento en la peculiaridad del seguro, dentro de un desarrollo singular y más del deber común de asegurar que los contratos se celebren reglar

suficiente entidad que le permitan a esta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa, lo cierto es que la consecuencia de su proceder afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz. […]»: casación 25 noviembre 2005.

[18] No pareciendo adecuadas las normas generales sobre los vicios del consentimiento, se dictaron normas especiales que establecieron que cualquiera declaración falsa o errada y cualquiera reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, así no fueran influyentes sobre el siniestro, pero si tales que el asegurador no habría celebrado el contrato o no lo habría celebrado en las mismas condiciones, de haber conocido el verdadero estado de las cosas, era causal de nulidad, y en caso de mala fe, el asegurador tenía derecho a la prima» (Donati 1954: 414).

[19] «La excepción a la irrelevancia del llamado dolo negativo es de ordinario justificada en razón del carácter singularmente aleatorio del contrato de seguro y de la consiguiente necesidad de prever explícitamente por ley un deber específico de información a cargo del asegurado y de garantizar su observancia con sanciones oportunas» (Visintini 1972: 39).

[20] Conforme lo señala el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 'sinceramente' es un adverbio que significa «con sinceridad», y 'sinceridad' es un sustantivo que quiere decir «veracidad», «decir la verdad»: «realidad, existencia real de una cosa». O sea que se trata de conceptos objetivos y no subjetivos. No decir la verdad es declarar algo distinto de la realidad, más cuando se conoce esa realidad. Es claro que la mentira implica una falta a la verdad, con la intención de engañar; no todo el que falta a la verdad miente; pero sí todo aquel que no dice la verdad no declara sinceramente. En otras palabras, lo que la ley exige al asegurador es decir la verdad objetiva, y no la suya personal, y lo que la ley sanciona con la nulidad del seguro es esa falta objetiva, y no un dolo o engaño.

y equitativamente[21] Lo que no se puede afirmar es que la culpa sea ingrediente esencial de la invalidez del contrato. Otra cosa es que la inexactitud proveniente de un error inculpable o inocente permita que la sanción de nulidad pase a ser de reducción de la indemnización en caso de siniestro (artículo 1058, inciso 3).

12. Explicaciones de la disciplina de la formación del contrato de seguro

De antiguo se han formulado tesis variadas para explicar la anulación del contrato de seguro por declaración inexacta o reticente[22]. Acá vale resaltar la tendencia marcada a atribuirla a vicio de la voluntad, que sería sui generis, dadas los caracteres del *factum* normativo, que de insistir en ella, conduciría a la formulación de un cuarta categoría de vicio, por demás innecesaria[23]; y en contraposición con ella, la que encuentra el *fundamentum iuris* de la figura en el «incumplimiento de deberes pre-contractuales»[24]. A este propósito y advirtiendo que no se trata de «incumplimiento de obligaciones» y, menos contractuales, derivadas de un contrato que aún no se ha celebrado, sino de «deberes» *(obblighi*, más que «cargas» propiamente dichas), legalmente impuestos y cuyo «incumplimiento» —para el tiempo de la celebración de aquel— está igualmente prevenido por la ley con esa sanción. Actitud política del ordenamiento que, por lo demás, no versa exclusivamente sobre el contrato de seguro, sino que se ha extendido a numerosos contratos de consumo, en donde campea el deber de información oportuna, completa y veraz respecto de los objetos y de las condiciones del contrato, con la misma previsión tutelar, que deja en manos del 'beneficiario' del deber, víctima de la trasgresión, la decisión de impugnar la validez del contrato. Como respuesta, en mi sentir, más ágil y propia a la opción normativa, a la que se agrega la cláusula general de la responsabilidad pre-contractual (artículo 863 Código Comercio colombiano citado).

---

[21] «La vía escogida por el legislador fue la de: a) elevar a presupuesto de validez plena y eficacia del contrato la correspondencia objetiva (o sea independientemente del conocimiento o ignorancia del contratante) entre el riesgo presentado al asegurado y el riesgo real; b) la declaración exacta y completa del riesgo constituye una carga al tomador en interés del asegurador, para que este pueda obtener la correspondencia, de modo que se satisfaga el interés de que el contrato sea válido y eficaz; c) la violación de la carga tiene por efecto la debilitación del contrato: debilitación más profunda (anulación) […] o menos profunda (terminación o reducción de la prestación en caso de siniestro anterior a aquella)» (Donati 1954: 417).

[22] Entre nosotros, asimilándolo al dolo, véase Ordoñez (1998: 26 ss. y 138 ss.).

[23] Visintini (1972: 87).

[24] Visintini (1972: 88 y 99 ss.).

13. Procedimientos para la formación del contrato de seguro

El procedimiento para llegar a la celebración del contrato exige de todas maneras una declaración cierta y completa sobre el estado del riesgo de parte del asegurado[25]. Declaración que puede ser solicitada o propiciada por el asegurador al proveer al tomador de un formulario que este debe responder con protesta de la mayor sinceridad y, aun cuando la mayoría de los seguros se toman antecedidos de esa declaración formal, que en algunos casos puede llegar a ser requisito ineludible, los dos regímenes: con formulario previo o sin él, se encuentran prevenidos legalmente y con diferencias fundamentales en su tratamiento.

14. Seguro mediante formulario

El formulario, dados los pasos que preceden al contrato, adquiere el carácter de propuesta del tomador al asegurador: documento impreso o electrónico contentivo de un sinnúmero de preguntas relativas a hechos y circunstancias que el asegurador considera de importancia (relevantes) para la clase de seguro en cuestión, cuya respuesta le permitirá valorar la trascendencia y magnitud del riesgo y, en consecuencia, asumirlo o desechar la propuesta y, en la primera opción valorar su costo y, por ende el monto de la prima. Los distintos ordenamientos recalcan,

---

[25] Cfr. artículos 15, 17 y 21 de la ley francesa de 1930. «La declaración de los riesgos que se asegurarán es una de las obligaciones absolutamente fundamentales del asegurado, cuyo fin es permitirle al asegurador formarse su opinión sobre el riesgo que va a garantizar, de clasificarlo dentro de las categorías de los riesgos comprendidos en sus estadísticas y determinar así su costo y, por ende, el precio de la garantía […]. El contrato de seguro es un contrato de buena fe, en el que el asegurador debe confiar ampliamente en las declaraciones del asegurado, de modo que las meras reticencias, al alterar la apreciación del riesgo, falsean la evaluación correcta del costo de la seguridad que toma a su cargo y el mecanismo mismo del seguro por la compensación de riesgos. […]. El artículo L. 113-2, inciso 2, adicionado al código de seguros, dispone que el asegurado está obligado a «responder exactamente las preguntas formuladas por el asegurador, concretamente en el formulario de declaración del riesgo en el que el asegurador le pregunta para la celebración del contrato, sobre las circunstancias cuya naturaleza le permite apreciar los riesgos que toma a su cargo».[…] La declaración de los riesgos debe hacerse sobre la base de un solo cuestionario dispuesto por el asegurador. 1. *Este cuestionario es pues, limitativo* y, si el asegurador omitió una pregunta sobre un aspecto importante del riesgo, el asegurado no incurrirá en culpa. Los aseguradores deben velar por presentar los cuestionarios tan completos y exhaustivos como sea posible. 2. Este cuestionario debe ser preciso: a este propósito el artículo L. 112-3, inciso 2 del código de seguros, trae una advertencia severa: 'Cuando, antes de la celebración del contrato, el asegurador formula preguntas por escrito, o por otro medio, no podrá prevalerse del hecho de que una pregunta formulada en términos generales haya sido contestada en forma imprecisa […]. En consecuencia, el objeto de la declaración está circunscrito a las solas preguntas formuladas en el cuestionario limitativo» (Lambert-Faivre 1998: 312).

tanto el deber de plenitud, como el de exactitud en la respuesta del asegurado[26]. Lo primero, en cuanto ponen de presente, o ello va implícito, que aquel ha de rastrear las circunstancias que rodean al riesgo que pretende le sea cubierto, y lo segundo en cuanto no le vale un juicio personal de la suficiencia de la averiguación y de la declaración[27].

Cuando al contrato se llega mediante formulario, el *factum* de la causal de anulación está constituido en el ordenamiento colombiano, por la reticencia o la inexactitud en la declaración de «hechos o circunstancias conocidos por el asegurador, lo habrían retraído de celebrar el contrato o lo habrían conducido a estipular condiciones más onerosas». Adicionalmente, los hechos y circunstancias materia del formulario se presumen relevantes para la determinación del asegurador[28]. A dicho propósito surge inquietud sobre la naturaleza de unos y otras, que se resuelve en abstracto diciendo que han de ser relevantes para la apreciación del riesgo; y acerca de la diligencia que ha de emplear el asegurado en la indagación de ellas, que corre pareja con la diafanidad que se le exige al declararlas, sobre lo cual se volverá más adelante, pero a cuyo propósito, preventivamente, puede decirse que es allí donde se manifiesta el carácter de *uberrima fidei* del contrato de seguro y la demanda normativa de máximas diligencia y buena fe a cargo del asegurado[29].

Ahora bien, el derecho se ha orientado universalmente en el sentido de que el cuestionario contenido en el formulario es la oportunidad por excelencia, para algunos única, que tiene el asegurador de indagar sobre lo que le interese con relación al estado del riesgo, de manera que, por una parte, sobre él pesan las cargas de plenitud y precisión, con lo cual se indica que no podrá alegar como omisión o inexactitud relevante para los fines de la anulación, nada por fuera de los puntos contenidos en el formulario, y que, a más de las lagunas, las

---

[26] Así el artículo L. 113.2 *Code des assurances français* y la ley del 31 de diciembre de 1989.

[27] Cfr. casación civil del 2 agosto de 2001, expediente 6146.

[28] «Se presumen esenciales»: Vivante. «Para concluir si hubo o no violación, no se debe reducir el examen a la declaración de una sola circunstancia, sino mirar a todo el conjunto de las declaraciones, dado que una declaración singularmente incompleta puede ser integrada por otras; ni reducirse a la interpretación puramente literal de una palabra, sino ir al espíritu de las expresiones empleadas, teniendo en cuenta el grado de cultura del declarante. Si delante de declaraciones manifiestamente equívocas, el asegurador no pidió aclaración, ello ha de entenderse como que no consideró relevante la circunstancia» (Donati 1954: 419).

[29] Al respecto es muy significativa la jurisprudencia italiana comentada por Visintini (1972: 65 y ss.), que sostiene que la reticencia o la falsedad es asimilable a dolo o, cuando menos, a culpa grave, y que «el dolo que debe presumirse es aquel que se revela objetivamente»: si el asegurador prueba la reticencia sobre circunstancia especialmente influyente en el riesgo, faltando la prueba de la buena fe (por lo demás muy difícil en la práctica), es frecuente la afirmación de que la prueba del dolo está *in re ipsa.*

ambigüedades en el cuestionario pesan en su contra[30]. O sea que el formulario y su contestación son los puntos de referencia ciertos y concretos a propósito del comportamiento de uno y otro contratantes, para el juzgamiento de su proceder y los efectos consiguientes. Lo que no obsta para que el asegurado «haya de declarar las circunstancias excepcionales que agravan el riesgo, así no estén incluidas dentro del cuadro de preguntas del formulario»[31].

15. Contrato sin formulario previo

Claro está que el no haber mediado formulario, no releva al tomador del deber de declarar sinceramente el estado del riesgo[32]. Lo que ocurre es que entonces, a tiempo que el ámbito de los hechos y circunstancias relevantes no tiene los linderos precisos del formulario, y por ende la relevancia de ellos será material y no exclusivamente formal, la omisión o la inexactitud tienen que ser culposas y, demás, han de versar sobre hechos o circunstancias que impliquen objetivamente una agravación del riesgo. En otras palabras, mientras que cuando media formulario, la falta de exactitud (sinceridad) o de plenitud en la declaración el tratamiento, basta para legitimar la pretensión anuladora del asegurador, y su relevancia puede consistir simplemente en que el conocimiento de ellos habría retraído al asegurador de celebrar el contrato (determinante) o lo habría llevado

---

[30] «El asegurador no se puede prevaler del hecho de que una pregunta formulada en términos generales haya recibido una respuesta imprecisa»: ley francesa del 31 diciembre de 1989. En la declaración dirigida: en ella cuentan, ya lo hemos visto, hechos o circunstancias que incidan sobre el estado del riesgo en su doble dimensión objetiva y subjetiva. Hechos o circunstancias sobre los cuales, además, se suscite la atención del tomador en el respectivo cuestionario y que hay que suponer relevantes por su influencia en la evaluación del riesgo. Supuesto lo cual, la sola inexactitud, la sola reticencia, si son imputables a la insinceridad del tomador (porque tenía conocimiento de la realidad objetiva de los hechos omitidos o falsamente declarados), constituyen fundamento suficiente de la acción rescisoria. Ya hemos anotado que, dado el cuestionario, la ley exige más de la conducta pre-contractual del tomador quien, interrogado sobre hechos concretos, debe dar respuestas claras, precisas, inequívocas, enmarcadas por la más estricta buena fe» (Ossa 1991).

[31] Jacob (1974: 108).

[32] «En la declaración espontánea: en este caso tan solo, por expresa voluntad de la ley, los 'hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo' esto es, los que inciden sobre una sola de sus dimensiones y no aquellos que puedan contribuir a la evaluación del riesgo moral. Pero, además, solo en cuanto la inexactitud o la reticencia que los encubre sean imputables a *culpa* del tomador, que debe entenderse siquiera *leve* (Código Civil, artículo 63, inciso 3) y que, claro está, involucra también la culpa grave y el dolo. Se advierte cómo, en esa hipótesis, la ley exige menos de la conducta pre-contractual del tomador. Consciente de que hay que suponerlo normalmente profano en la técnica aseguradora y de que el asegurador dispone de medios complementarios para identificar y calificar el riesgo propuesto a su estudio, instituye un régimen más flexible, más favorable, sin duda, al titular del interés asegurado» (Ossa 1991).

a celebrarlo en condiciones más onerosas (incidental), si no hubo formulario, la inexactitud o la omisión han debido ser culposas, a más de determinantes de una agravación objetiva del riesgo.

16. La culpa en el contrato de seguro

Ahora bien, y el punto ha de subrayarse, en aras de la coherencia y para evitar confusiones y tergiversaciones frecuentes, la culpa en materia de seguro, sea por la positiva (insinceridad culposa), sea por la negativa (error inculpable), es culpa a secas. Falla en la conducta: negligencia, descuido, temeridad, exceso de confianza, inadvertencia; en una palabra, no estar el desempeño del sujeto a la altura de lo que legal o socialmente en concreto le es exigible. Acá nada tienen que hacer lugar los grados de culpa: lata o grave, leve y levísima, que el Código de Bello aisladamente y con poco acierto vertió en la normatividad, con definición y la previsión de que, según el *commodum obligationis* o *utilitas contrahentium,* o sea la utilidad de la parte contractual con relación a la otra, el deudor respondería (artículos 63 y 1604 del Código Civil)[33]. En primer lugar, por la especificidad de esa regulación exclusiva de los contratos, que no se puede extender a relaciones ciertamente no contractuales (pre-contractuales), como es aquella en que está insertado el deber de declaración sincera en la fase pre-contractual del seguro; en segundo término, porque no se ve a qué título los términos o condiciones del contrato en ciernes podrían resultar determinando (imponiendo) un régimen a todas luces extraño a las negociaciones[34]. Y por último, razón definitiva, porque, no solamente no hay fundamento para echar mano de esa graduación, sino porque ello sería incompatible, de entrada con la exigencia de buena fe calificada en las negociaciones, y singularmente con la exigencia de máxima diligencia y buena fe inherente al contrato de seguro, conforme a la ley y a la jurisprudencia inalterable de nuestras cortes. En tal sentido no se pueden aceptar las voces que sustentan la

[33] Téngase presente que en la evolución de los conceptos de diligentia y culpa, siempre con relación al cumplimiento de obligaciones, ante todo las de dar, y «la preocupación por encontrar patrones de referencia» hicieron pensar en la figura del *diligens pater familias,* como «ideal ético con ropaje jurídico». La necesidad de apreciar las circunstancias en función de la idoneidad misma de la vigilancia y del interés de cada parte en la relación, propició una doctrina no clásica del llamado 'principio de la utilidad', con arreglo al cual, en general, quien no tiene interés en la relación solo responde por dolus, en tanto que el interesado ha de responder por culpa. De allí se pasó a una división de la culpa en culpa contraria a la fides (culpa lata, equiparada al dolo), y otra (levis) no contraria a la fides (Hinestrosa 2007: 61, notas 213 y ss. y bibliografía allí citada).

[34] Cual ocurre con la exigencia de que el poder para la celebración de un acto o contrato solemne, se someta a la solemnidad de aquel, según el desajuste introducido por la innovación del artículo 836 Código de Comercio colombiano.

presencia de un patrón de conducta estándar, y menos con las que lo identifican con la figura anodina del buen padre de familia: «culpa leve». Es que el contrato de seguro demanda la diligencia máxima y, por lo mismo, el deber de buena fe se conculca incurriendo con cualquiera clase de culpa, incluida la levísima.

17. El error inculpable

El juego de deberes y cargas de sinceridad y plenitud, y la trascendencia de la omisión ha de ser completado, a la vez que precisado, con el señalamiento de que la ley atenúa la sanción en el sentido de que el error inculpable del tomador en su declaración cambia la magnitud de la sanción: el contrato se mantiene, solo que reducido en sus efectos, en caso de siniestro, al pago del porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo. Así las cosas, cuando medió formulario, sobre el asegurador que pretende la anulación del contrato pesa simplemente la carga de probar que la declaración del tomador fue inexacta o incompleta, y la relevancia de los hechos o circunstancias callados o declarados inexactamente, ora para la celebración del contrato, ora para las condiciones económicas en que se celebró. Y en ausencia de formulario, habrá de probar que el tomador incurrió culposamente en inexactitud u omisión respecto de hechos de que de suyo, implicaban una agravación objetiva del riesgo. En ambas hipótesis, caso de ocurrir el siniestro, el conflicto desembocará en una disminución de la indemnización proporcional a la prima pagada frente a la correspondiente al verdadero estado del riesgo, si el asegurado logra comprobar que la reticencia o la inexactitud obedecieron a un «error inculpable» suyo.

Por otra parte, es palmaria la dificultad de establecer qué se entiende por «error inculpable». Para cuya solución se ha tener en cuenta que por culpa se entiende el error de conducta en que no habría incurrido el tomador de haber procedido con la diligencia, advertencia, cuidado, lealtad que le eran exigibles en las circunstancias en que actuó, habida cuenta de la naturaleza y las condiciones del contrato[35]. Lo que no es aceptable es asimilar el error 'inculpable' al error

[35] El error excusable: falsa representación de la realidad, ¿debe tenerse en cuenta el error cuando quien se equivocó estaba en posesión o fácilmente podía haberse procurado todos los elementos necesarios para el conocimiento de aquella realidad? El derecho responde negativamente. El error debe ser excusable. Al abstenerse de tomar las precauciones elementales, el errans falta a su deber de informarse. Comete una culpa por negligencia […]. «De non vigilantibus non curat praetor» (Terré, Simler y Lequette 2002: 223).

'involuntario'[36], porque este adjetivo es en extremo equívoco, con propensión a excluir todo aquello que no sea intencional.

18. Qué es lo que el tomador debe declarar

En todos los casos ronda por doquier la preocupación, ya advertida, de determinar qué es lo que el tomador debe declarar[37], y antes de ello, averiguar, para que su información sea completa y exacta, e inclusive, si a él lo grava este deber de lealtad y solidaridad para con el asegurador, hasta dónde sobre este pesa, a su turno, un deber de averiguación. No sin cierto aire sofístico, se pregunta si el asegurado tiene el deber de declarar lo que no sabe y, si debe declarar lo que debe saber, tanto al responder el formulario, como con relación a la omisión o inexactitud culposa, en la hipótesis de ausencia de formulario, y en todo caso, cuando a la acción de nulidad relativa oponga la excepción de «error inculpable».

A este propósito hay que recalcar que ni las cargas de la autonomía privada, como tampoco las cargas probatorias y, por supuesto los deberes de lealtad y corrección, se pueden tomar en abstracto y rígidamente, sino, forzosamente, en atención a las circunstancias objetivas en que estaba colocado el sujeto en cuestión y a cómo resultó colocado en ellas, como también a la naturaleza y a la función de la figura negocial en cuestión. Sentado lo anterior, es oportuno reiterar que al asegurado no le basta alegar que ignoraba el hecho o la circunstancia de que se trata, para así invertir la carga probatoria y exigirle al asegurador que pruebe que él sí conocía el hecho relevante. Y agregar que acá, cual ocurre en las más de las oportunidades en que la ley protege o trata con preferencia a quien ignoraba los hechos relevantes, la cláusula general de la buena fe va más allá de la carencia de noticia, de modo de plantear la vinculación adversa no solo de quien sabía, sino de quien debía saber y, más todavía, de quien podía saber de haber indagado o empleado la diligencia debida en la indagación[38]. En concreto, no es dable sostener que, siempre, al asegurador le incumbe probar que el tomador, sabiendo la realidad del riesgo la calló o incurrió en inexactitud en su

---

[36] Ferri (1976, número 611: 847).

[37] Solamente aquello que sabía, fue la respuesta inicial (artículo 429 Código Comercial italiano de 1882), por lo demás, demasiado ambigua, pues tras de la ignorancia bien puede ocultarse una negligencia incluso grave, de ninguna manera tolerable.

[38] Así, por ejemplo, en lo relacionado con el conocimiento del conflicto de intereses por parte del tercero para la anulación del contrato celebrado por el representante con él, (véase Magri, 2007: 164 ss.), anota con fundamento jurisprudencial, que la conocibilidad ha de ser valorada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y con lo que le es exigible al sujeto de acuerdo con su calificación personal, y puede ser deducida de elementos indiciarios. Cfr. Sentencia de Corte Constitucional del 15 mayo de 1997.

declaración y la relevancia de esa omisión o esa tergiversación sobre el contrato, por lo mismo que en los más de los casos los hechos hablan por sí mismos, sobre todo, muestran que el asegurado no empleó la diligencia específicamente exigible y que, de haberla empleado, hubiera conocido aquello de cuya ignorancia no se puede prevaler. Se habla de ignorancia razonable, pero en la apreciación de este adjetivo es preciso tener en cuenta, ante todo, que al asegurado se le exige obrar con óptima fe, lo que implica no solamente declarar lo que se sabe, sino averiguar lo que se debe saber.

19. Recapitulación

Queda en claro que el tomador del seguro, al celebrar el contrato, debe haber declarado completa, exacta y sinceramente al asegurador las circunstancias que puedan influir en el estado del riesgo; que la reticencia y la inexactitud en la declaración tienen prevista en ciertas condiciones la nulidad relativa del contrato; que dicha declaración puede estar o no contenida en formulario sometido por el asegurador al tomador; que la plenitud y sinceridad de su respuesta a las preguntas es más exigente aun cuando va en el formulario, caso en el cual la sola reticencia o inexactitud autorizan impetrar la nulidad del contrato, con la sola condición de que el asegurador, de haber tenido noticia de la realidad del estado del riesgo, no lo habría asumido o lo habría asumido en condiciones más onerosas para el tomador; que cuando la inexactitud o la reticencia se dan en declaración sin formulario, la pretensión de nulidad, a tiempo que exige culpa de parte del tomador, demanda que los hechos o circunstancias no declarados u ocultados impliquen agravación del riesgo; que este régimen es imperativo y no puede ser modificado por las partes.

20. Deberes de buena fe del asegurador

Correlativamente, conforme al precepto legal, el asegurador ha de ser también diligente, sagaz, advertido y, por supuesto, leal, y su desempeño habrá de examinarse teniendo en cuenta su condición profesional y las prácticas generales de la industria del seguro[39]. Así mismo, por razones elementales de

[39] Cfr. casación civil 18 de octubre de 1995, expediente 4640. «Al lado de la protección que la ley brinda al asegurador cuando sanciona con la nulidad del seguro las declaraciones viciosas que le impidieron conocer el real estado del riesgo, le exige que sea diligente, que use de esos especiales conocimientos que debe de tener en razón de ser un profesional, a fin de percatarse del real estado del riesgo, lo cual conlleva en muchas ocasiones un análisis de delicado equilibrio por parte del juzgador a efectos de que no quede en letra muerta la sanción de la nulidad relativa

coherencia[40], no puede legítimamente invocar la inexactitud o la omisión en la declaración del estado del riesgo hecha por el asegurado, pero de cuya realidad cierta tuvo o debió tener conocimiento oportuno, es decir, con anterioridad a la celebración del contrato, sin protesta de su parte.

21. Exaltación del deber de buena fe

Síguese de la anterior presentación, que nuestro ordenamiento ha sido, y continúa siéndolo, especialmente severo con el asegurado en cuanto a la exigencia de sinceridad en su declaración de los hechos determinantes del estado del riesgo, como también en cuanto a la sanción consiguiente a la falta de ese deber, cuanto lo primero al autorizar al asegurador para impetrar la nulidad relativa del contrato, al margen de si la falta de sinceridad fue intencional o culposa y, en ese supuesto, señalar determinado grado de culpa, con la sola salvedad, en el evento de obre declaración mediante formulario, de que el asegurado pruebe que la reticencia o inexactitud se dieron por error inculpable suyo. Todo ello sobre la base de un concepto riguroso de la buena fe[41], que la jurisprudencia

---

por reticencias so pretexto de que el asegurador no indagó por sí mismo por el real estado del riesgo, pues esta no es obligación que la ley le imponga, sino deber profesional que es dable sopesar en cada caso, mediante un análisis obviamente posterior, pero en el cual el juzgador debe mentalmente ubicarse antes del perfeccionamiento del contrato de seguro, a fin de verificar cómo debió haber actuado el asegurador frente al riesgo que se le propuso» (Casación civil del 11 abril de 2002, expediente 6825).

[40] Casación civil del 14 julio de 2006, expediente 1177.

[41] «El principio de la buena fe: este principio, quizá como ninguno otro —o por lo menos como muy pocos— reviste en el seguro y muy singularmente en el reaseguro, tanta importancia, no solo como aquilatado enunciado —regla angular o de oro— sino también como un concepto —o institución— que, en la praxis pre-contractual y contractual, adquiere mayúscula significación, al punto que se alude con inusitada frecuencia a que ambos tipos negociales, por excelencia, son de *uberimae fides* (*utsomost good faith*) […] justamente por las circunstancias tan atípicas que signan a cada uno de los descritos negocios jurídicos de raigambre asegurativa: el seguro y el reaseguro, el que además, por la singularidad de las precitadas relaciones en la esfera contractual, es objeto de prototípicas manifestaciones, tales como las que conciernen al régimen —más estricto— de los vicios de la voluntad, dueños de especificidad y sustantividad —en el derecho comparado— respecto del sistema general inmerso en la reglamentación predicable de las obligaciones y contratos. […]» (Jaramillo 1999: 5).

ha recalcado con vehemencia, tanto la de la corte constitucional[42] como la de la casación civil[43].

---

[42] «[…] como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima buena fe. Aseverar que el contrato de seguro es *uberrimae bona fidei contractus,* significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo […] Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador. Sin embargo, la corporación centra su interés en la carga de información pre-contractual que corresponde al tomador, pues es en relación con esta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio. Para la corte constitucional, es claro que el régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de bases objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y por qué este debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe. Finalmente, la justicia conmutativa hace fácil entender que si el asegurador, como se ha visto, está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la traición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios […]. En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico»: Sentencia de constitucionalidad 15 mayo de 1997, expediente D 1485.

[43] «[…] en lo tocante al contrato de seguro el concepto de buena fe adquiere mayor severidad porque, a diferencia de muchos otros contratos en que la astucia o habilidad de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro esta noción ostenta especial importancia, porque tanto en su formación como en su ejecución él se supedita a una serie de informaciones de las partes, que muchas veces no implican verificación previa. Generalmente estas manifestaciones en lo que respecta al tomador o asegurado las hace al solicitar el seguro, las que exige la ley deben hacerse con pulcritud, que sean verídicas y que no haya callado ni ocultado circunstancias que de conocerlas el asegurador, no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él bajo otras condiciones. […] Las exigencias legales sobre la obligación de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para apreciar exactamente el riesgo que se va a cubrir, además de ser requisito del objeto, constituyen la motivación para contratar. De allí que el estatuto de comercio contenga en los dos primeros incisos del artículo 1058 severos parámetros de conducta al tomador del seguro, a quien le ordena que declare «sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador», y le señala las consecuencias que le conlleva si procede con reticencia o inexactitud.

22. Cambio de actitud del derecho frente a la buena fe pre-contractual

Habiendo sido por largo tiempo esta la orientación general del derecho a propósito de la declaración del asegurado sobre el estado del riesgo, valga precisar y resaltar la dispersión posterior de criterios y posiciones y, dentro de ella, la diferencia de los ordenamientos europeos entre sí, pero más entre algunos de ellos y el derecho colombiano, como también el peruano.

[…] Se trata como ya se anotó, de exigencias legales para la contratación, tendentes a que el consentimiento del asegurador se halle libre de todo vicio, especialmente del error, para que pueda conocer en toda su extensión el riesgo que va a asumir exigencias que deben cumplirse cualquiera que sean las circunstancias en que se produzcan tales declaraciones, esto es, que bien se hagan a iniciativa del particular o de la compañía aseguradora; ora sea precedidas o no de efectos, situaciones o contrataciones anteriores. Es decir, de una u otra manera, lo primordial, lo importante es que las declaraciones que el tomador del seguro haga, sean sinceras, exactas y sin reticencias. […] Sin embargo, se trata de exigencias con tratamiento especial, porque el legislador impuso graves sanciones para las declaraciones falsas o las inexactitudes en que se incurra en el contrato de seguro. Contempla el citado artículo 1058 del Código de Comercio que la reticencia o inexactitud del asegurado en la declaración de los hechos o circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo, producen la nulidad relativa del contrato de seguro o la modificación de las condiciones […]»: casación del 18 de octubre de 1995, expediente 4640. «Dicho texto legal [el artículo 1058 del Código de Comercio] se halla inspirado en la estricta buena fe que, como principio insustituible, debe rodear tanto la celebración como la ejecución del contrato de seguro, y de él se puede deducir lo siguiente: 1) que la obligación del tomador de pronunciarse sinceramente frente al cuestionario que le formule el asegurador con el fin de establecer el estado del riesgo asegurado, no tiene por fuente misma el contrato de seguro sino que opera en la fase previa a su celebración y tiene por objeto garantizar la expresión inmaculada de la voluntad del primero de consentir en dicho vínculo o de abstenerse de hacerlo, o de contraerlo pero bajo condiciones más onerosas; 2) de ese modo la formación del consentimiento de la aseguradora libre de vicios, y en cuanto prevé los efectos específicos de la inexactitud y de la reticencia que provengan de error inculpable del tomador distintos de la nulidad relativa que consagra como principio general, significa que esta como sanción fue concebida para los casos en que el tomador obre con dolo o culpablemente; 3) no importan, entonces, los motivos que hayan movido al tomador para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a esta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa, lo cierto es que la consecuencia de su proceder afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz; 4) la sanción de la nulidad relativa remedia los vicios del error y del dolo que afectan el consentimiento otorgado por el asegurador en la creencia de que el tomador obró con sinceridad, y por lo mismo si con ella se reprueba la conducta del último en la etapa previa a la celebración del contrato de seguro, superada esta fase, ora porque no se dio la reticencia o la inexactitud, ora porque se dio sin culpa, ora porque habiéndose presentado la una o la otra el asegurador pudo verificar el vicio de la declaración o la aceptó posteriormente de modo expreso o tácito, o en fin por efecto de la prescripción, no queda ningún otro camino para dejarlo sin efecto que el indicado en el citado precepto. […]»: casación del 24 de octubre de 2005.

La inclinación a diferenciar en los distintos aspectos de las relaciones jurídicas entre el comportamiento de mala fe y el de 'buena fe', que para el caso del seguro se proyectaba en la distinción entre la declaración «intencionalmente falsa» y la declaración inexacta por negligencia o por mera inadvertencia[44], fue tomando fuerza para los efectos de la interpretación de la norma, de modo de discriminar las hipótesis, a fin de excluir de su previsión el 'error inocente'. La ley francesa de 1930 dio paso a un cambio de actitud del derecho frente al asegurado insincero, al introducir la distinción entre el de mala fe y el de buena fe para los fines de sancionar las reticencias y las declaraciones falsas o inexactas, y graduar de conformidad las sanciones (artículos 21 y 22). Siendo de mala fe el tomador, es decir, habiendo procedido intencionalmente (fraude)[45], la consecuencia es la nulidad del contrato; pero siendo él de buena fe, o sea apenas reo de negligencia (culpa), la posibilidad de reacción del asegurador se reduce a plantear el mantenimiento del contrato, pero reajustado, o pedir su terminación, obviamente, todo antes de la ocurrencia del siniestro. En el mismo sentido se pronunció más tarde, el artículo 1894 *Cod. comm. italiano,* al prevenir que el asegurador puede alegar la nulidad del contrato, cuando el asegurado obró con dolo (mala fe) o culpa grave,

«No en vano, rectamente entendido, se precisa que, en línea de principio, el asegurador, en materia informativa, está a merced del futuro tomador, lo que explica la especial —y justificada— preocupación del legislador, consciente de que el asegurador, cuando asume un riesgo, debe hacerlo con pleno conocimiento, vale decir, con sujeción a una creencia fundada de un específico estado fáctico (representación de un *factum*), de suerte que cuando se eclipsa su asentimiento —en forma indiscutida— y, por ende, se conculca su voluntad —y ello es acreditado—, es menester erradicar del cosmos negocial ese negocio viciado y espurio en prueba fehaciente de que el quebranto del acrisolado postulado de la buena fe, es la regla, no debe quedar impune […]. Es por este conducto, en atención a la vigencia del prenotado principio de la buena fe que, reitérase, de manera marcada y sistemática orientada a la regulación y disciplina del contrato de seguro (durante todas sus fases), que la disposición mercantil en cita propende porque el asegurador tenga un conocimiento suficiente y oportuno de las características del riesgo (objetivas y subjetivas), a fin de que, en ejercicio de la autonomía privada, es decir, haciendo uso concreto de su libertad para contratar —cual lo autoriza el aludido artículo 1056 *Ibidem*— defina, a su arbitrio, si lo hace o no […]»: casación del 12 septiembre de 2002, expediente 7011.

[44] Inclusive acentuando la carga de reproche que suele incluirse en las expresiones «reticencia» y «falsedad», por implicar de ordinario «malicia», en contraste con el sustantivo inexactitud que se estima neutro, para concluir que el sentido cabal de la norma era o debía ser el de reprobar solo la falta intencional o, en últimas, también la culposa, pero no la «inocente» o en que se incurrió por mera inadvertencia. Y con diferenciación entre la declaración, en donde podía prescindirse «del estado subjetivo» del asegurado, y la reticencia u omisión, con exigencia de la intencionalidad (*animus decipiendi*). Cfr. Visintini (1972: 45 y 49).

[45] Los artículos L. 113.8 y L. 113.9 del *Code des assurances* sancionan con la nulidad del contrato las declaraciones de mala fe y las irregularidades de buena fe, eventualmente con la reducción de la indemnización proporcional a la prima. De acuerdo con la casación, la mala fe presupone la intención de engañar; el solo conocimiento de la circunstancia que había que declarar no es suficiente (Jacob 1974: 116).

y cabe agregar que esa resulta siendo la tendencia generalizada actualmente en el derecho europeo[46].

El artículo L. 113-8 del Código francés de seguros dispuso: «[…] el contrato de seguro es nulo en caso de reticencia o de declaración falsa «fraudulenta» de parte del asegurado, cuando dicha reticencia o dicha declaración falsa cambia el objeto del riesgo o altera la opinión del asegurador sobre él […]»[47], con evidente preferencia por la explicación y justificación de la nulidad por vicio de la voluntad, para el caso, el dolo, noción de suyo intencional, que no puede presumirse. Bien

---

[46] «Si bien el candidato a tomador se encuentra por doquier obligado por la ley a declarar las circunstancias que pueden tener influencia en la evaluación del riesgo, las modalidades anexas a la obligación de declarar varían de un derecho a otro. […]. La propia extensión de la obligación de declaración y el alcance del cuestionario de seguro generalmente utilizado a dicho fin son objeto de soluciones muy diferentes a lo ancho de Europa. La mayoría de las legislaciones consagra el principio de la declaración espontánea, según el cual el candidato a tomador tiene el deber de describir el riesgo lo mejor que pueda, y de su propia iniciativa debe declarar todo elemento de naturaleza tal que pueda influir en la apreciación del riesgo, incluidos aquellos que no se encontrarían expresamente contemplados por el cuestionario del asegurador: sistema del cuestionario abierto, provisto de una cláusula que invita al candidato a declarar toda circunstancia no cubierta por las preguntas expresadas por el asegurador (Alemania, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido). En una minoría de países (Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia [por solución jurisprudencial], el candidato a tomador puede limitar su declaración a los aspectos expresamente indicados por el cuestionario (cuestionario cerrado) … / Varias legislaciones (Alemania, Bélgica, España, Luxemburgo) regulan con precisión un cierto número de aspectos vinculados a la declaración del riesgo […]. Si bien las consecuencias de una omisión o inexactitud intencional son globalmente idénticas en todos los países (nulidad del contrato, rechazo de la intervención del asegurador en caso de siniestro, no reembolso de las primas al tomador y, llegado el caso, indemnización para compensar el perjuicio sufrido por el asegurador) […], las consecuencias de las omisiones o inexactitudes no intencionales varían sensiblemente de un derecho a otro […]. Algunos países prevén la adaptación del contrato bajo la forma de una prima adicional o de una modificación de las condiciones contractuales: adaptación del contrato, con posibilidad de su terminación en caso de desacuerdo sobre las nuevas condiciones, salvo que el asegurador pruebe que de ninguna manera habría cubierto el riesgo, de haber sido informado correctamente. Otras legislaciones autorizan al asegurador para terminar el contrato, con reembolso de las primas (Italia, Países Bajos) […] En algunos (Francia, Grecia), el asegurador puede escoger entre la terminación (con reembolso de la prima) y la adaptación del contrato o de la prima. […]. La sanción de las omisiones o inexactitudes de buena fe es uno de los aspectos sobre los cuales los cambios legislativos ocurridos recientemente en numerosos países dan razón de una inspiración consumista más marcada que en el pasado. Así, en Bélgica y Luxemburgo, cualquiera falta, así no fuera intencional, estaba sancionada con la nulidad del contrato, hasta que las leyes de reforma vinieron a sustituir esta pena radical por un sistema de adaptación del contrato» (Binon 1998: 982).

[47] Las sanciones del artículo L. 113-8 código de seguros no son aplicables sino cuando el asegurador puede acreditar una reticencia o una declaración falsa «intencional», es decir, cuando puede probar la mala fe del asegurado. En efecto, la buena fe se presume y la simple inexactitud en la declaración no constituye una prueba automática de la intención de engañar del asegurador. La mala fue puede ser acreditada por todos los medios; sin embargo, el cuestionario al que el asegurado dio respuesta en la propuesta de seguro, puede aportar elementos de prueba preciosos […]» (Lambert-Faivre 1998: 312 y ss.).

se aprecia, entonces, el giro dado por el legislador en la materia, y la degradación consiguiente del concepto y del patrón de la buena fe en materia de seguros: «una buena fe que no significa ignorancia, sino simplemente ausencia de fraude»[48]. Así, no hay lugar a anulación por declaración errada o por reticencia sobre circunstancias desconocidas por el tomador, o en razón de un error de apreciación del cuestionario o sobre la influencia del hecho en el riesgo en el siniestro o debido el derecho anterior, no solo la falla en la declaración de hechos relevantes autoriza la nulidad, y el asegurado no tiene otra salida que la de alegar y probar el error inocente o inculpable, en el régimen nuevo solo la falla fraudulenta en la declaración permite la impugnación del contrato, y el asegurador está gravado con la carga probatoria de la mala fe del asegurado.

La tendencia allá generalizada es como se ha dicho, en contraste con una expresión de mentalidad «consumista»[49] y, en todo caso, benevolente para con las inexactitudes o reticencias en que incurra el tomador al responder el cuestionario del asegurador relativo a hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, de modo de no conceder la nulidad sino en el caso de falta intencional (dolo) y de permitir la terminación del contrato por parte del asegurador o la continuidad de aquel ajustado a las condiciones correspondientes al verdadero riesgo, caso de ser solamente culposa. Por descontado se da que el error inocente no afecta la validez ni la eficacia plena del contrato.

23. ¿Un vuelco en el concepto de buena fe en el contrato de seguro?

Se afirma que «la doctrina de la buena fe en derecho de seguros se ha transformado por completo en numerosas jurisdicciones, pasando de un deber impuesto primordialmente al asegurado, a uno que compromete por igual a ambas partes y que, a veces, pesa más fuertemente sobre el asegurador»[50], con expresiones que van desde el juzgamiento del desempeño de los candidatos a parte en la fase pre-contractual, hasta en el pago del siniestro, pasando por su conducta en la celebración del contrato, el mantenimiento del estado del riesgo y su agravación, el aviso de siniestro, la reclamación, el ajuste.

En verdad se puede apreciar, tanto en jurisprudencia, como en doctrina y, aun en la propia legislación, una mayor atención a las cargas, deberes y obligaciones de la parte aseguradora, comenzando por una vigilancia severa de parte del Estado

[48] Visintini (1972: 48).

[49] Oughton & Lowry (2000: 13); Alpa (2006: 17 y ss.); Friedmann (1999: 311).

[50] Friedmann (1999: 317).

sobre su desempeño empresarial y contractual, y sanciones efectivas a su incumplimiento. En lo que hace a la presencia de cláusulas exorbitantes, abusivas, en el contenido contractual, de tiempo atrás rige la revisión administrativa preventiva de los modelos de pólizas de seguros, que las aseguradoras no pueden lanzar al mercado sin la correspondiente aprobación, que, si bien no es garantía de sanidad en términos de 'cosa juzgada', implica una depuración confiable de condiciones vejatorias, indebidas o términos ambiguos. La efectividad de esas decisiones está confiada a la aplicación de medidas de policía administrativa.

Y en lo que respecta al proceso de formación del contrato y, singularmente al deber de declaración sincera del estado del riesgo, la tendencia es a exigirle correlativamente al asegurador información acerca del sentido y el alcance de algunos términos o condiciones de mayor complejidad o inusuales, para «honrar las expectativas razonables» del tomador, lo que muestra la influencia del derecho del consumo sobre el contrato de seguro[51]. Solo que esta orientación bien podría considerarse una proyección, posiblemente más amplia y drástica, de la regla de interpretación-depuración del contenido negocial conforme a la regla de la *interpretatio contra proferentem*, que, como se sabe, tiene en el derecho del consumo alcances más estrictos que en el derecho común, con el agregado de que ciertamente corresponde a una exigencia elemental de la buena fe que pesa sobre ambas partes, de acuerdo con su respectiva posición, acá en un contrato caracterizado por un deber de sinceridad, lealtad, colaboración extremadas en su celebración, a fin de que esta sea honesta y equilibrada. Universalmente se resaltan hoy los deberes-cargas del asegurador en la fase pre-contractual, antes ausentes de la normatividad, confinados a la doctrina y hasta soslayados por la jurisprudencia[52], novedad favorecida por el desarrollo del derecho del consumo, con su consiguiente carga política.

---

[51] Se cita como paradigmático el caso *Attyyah v. Ararat Insurance Co*., resuelto por la Corte Suprema israelí, en el que, habiendo solicitado el tomador un seguro automobiliario, con la condición de que el conductor fuera menor de 24 años y tuviera licencia de conducción con a lo menos un año de antigüedad, y habiéndose expedido la póliza con reservas en cuanto a la edad y la experiencia del conductor, ocurrido un accidente, la aseguradora objetó la reclamación por dicho concepto. La corte no aceptó tal defensa, sobre la base de que «el asegurado era un consumidor, una persona ordinaria, y que a la aseguradora le era exigible la 'corrección elemental' de revelar y explicar al tomador la diferencia entre lo que solicitó en su oferta y lo que obtuvo, de modo que, faltando esa información, el asegurado tenía razón en creer que la cobertura otorgada correspondía a lo que había solicitado». E igualmente se traen a colación normas del *Australian Insurance Contracts* Acta de 1984, que prevén que ninguna de las partes puede ampararse en una estipulación contractual, si dicha pretensión lleva a un quiebre del principio de la máxima buena fe, con especial referencia a la necesidad de información del asegurador sobre los términos inusuales (Friedmann 1999: 318 ss.).

[52] Véase Ordóñez (2005: 75 ss.).

24. Proyecciones de la 'transformación de la buena fe' en materia de seguro

Pero, adicionalmente se observa que la llamada 'transformación de la buena fe' no se circunscribe al propósito de ampliar el espectro de los deberes de información en cuanto a los destinatarios del respectivo deber (tomador y asegurador) y a la materia de la información, sino que, además, se endereza a reducir ('atenuar') la intensidad de la exigencia de sinceridad y plenitud de la declaración del asegurado, connatural al contrato, con el argumento de que es menos significativa la alteración producida por la falla en la declaración del asegurado, que el riesgo de que el asegurador se prevalga de una omisión o un error inocentes para eludir el pago de la indemnización[53], y se mencionan al efecto la ley israelí sobre contrato de seguros de 1981[54] y el § 22 de la ley australiana de 1984[55], que marcan una pauta conceptual, que llevaría a limitar al mínimo el deber de declarar sinceramente los hechos relevantes para la determinación del riesgo, y mucho más la trascendencia de la falla al respecto y el alcance de sus consecuencias. En fin de cuentas, según eso, solo la falla fraudulenta en la declaración respecto de hechos conocidos por el tomador y cuya situación real,

[53] «Si bien sigue siendo cierto que 'el asegurador no sabe nada y que quien se dirige a él lo sabe todo'. El asegurador dispone de medios para obtener la información relevante sin necesidad de confiar en el deber del asegurador de dársela. Especial, el asegurador puede simplemente preguntarle al asegurado los detalles necesarios. En verdad, el formulario que contiene preguntas sobre las materias relevantes para el asegurador, ha sido una práctica antigua. Sin embargo, su aptitud se ha visto afectada apenas marginalmente por la falta de información del asegurado, al paso que se ha utilizado para incrementar el riesgo de que el asegurado se vea privado de sus derechos. […] No es conforme al deber de buena fe redactar los documentos del seguro de manera de privar al asegurado de la cobertura por cualquiera inexactitud u omisión inocente. […] Los más de los tribunales americanos han rechazado la regla inglesa extrema relativa al deber de información del asegurado y la han reemplazado por reglas que miran al ocultamiento. El ocultamiento intencional de hechos por el asegurado da pie a la rescisión de la póliza o puede servir de excepción frente a la reclamación de aquel. Sin embargo, en los más de los estados, el asegurador no puede evitar su responsabilidad si el asegurado obró de buena fe. […] La regla inglesa de que la falta de información de un hecho, así hubiera sido inocente, puede conducir a denegar la responsabilidad, está ahora confinada al seguro marítimo» (Friedmann 1999: 320 ss.).

[54] «Que, al disponer que si el asegurador le formula preguntas por escrito, el asegurado debe responderlas 'completa y sinceramente', con lo cual prácticamente abolió el deber usual de información, que no puede ir más allá de las previsiones específicas de la ley, y trasladó la carga al asegurador, de suerte que, salvo el caso de fraude, no puede rehusar su responsabilidad» (Friedmann 1999: 322).

[55] «El asegurador debe informar al asegurado, por escrito, sobre la naturaleza y el efecto del deber de información», so pena de perder la pretensión anuladora, salvo que la omisión hubiera sido fraudulenta, con la precisión de que lo que el asegurado debe declarar son «los hechos conocidos por él, relevantes para el asegurador, o aquellos que una persona razonable pueda considerar relevantes» (Friedmann 1999: 321 ss.).

en su situación personal, pudiera él considerar de conocimiento importante para el asegurador, justificaría la anulación del contratos[56].

25. Conclusiones

Dentro de la aproximación evidente del tratamiento de la inexactitud de la declaración del riesgo al de los vicios de la voluntad, descartada la alternativa de acudir al error —por exigir este que sea determinante y no incidental—, y buscando apoyo para la impugnación, en el campo del dolo, la conducta negligente y más la incursa en culpa levísima, resulta mirada con indiferencia, e incluso, como algo moral y socialmente insignificante[57]. Distinta sería la conclusión, si el tratamiento del tema de la apreciación del mérito de las circunstancias no reveladas o tergiversadas, se condujera de modo de calificar el comportamiento del asegurado, exigiéndole al asegurado la máxima diligencia en la valoración del riesgo, a lo cual se objeta su ordinaria carencia de conocimientos, criterio y experiencia en la práctica aseguradora[58], a lo que se replica que en ningún caso su actitud puede ser pasiva, prácticamente desentendida de su deber de colaboración, y asentada en su aserto de que de acuerdo con su propio juicio de valor, obró de 'buena fe'[59].

En efecto, prácticamente la exigencia de buena fe parece contraerse al campo del asegurador, a tiempo que, en aras de garantizar la indemnización del accidente, posiblemente pensando en la extensión del riesgo social, se trata con máxima benevolencia al asegurado, cuya falla al deber de declaración sincera solo se tiene

---

[56] Con lo cual se degrada repetidamente el concepto de buena fe, pues a más de reducir la relevancia de la falla a la fraudulenta, se limita su radio de acción a la relativa a hechos conocidos y, para terminar, se deja en manos del asegurado la valoración subjetiva de la importancia del hecho en cuanto a la estimación del riesgo.

[57] No puede perderse de vista que «la descripción exacta y completa del riesgo por parte del asegurado es objeto de una carga impuesta en interés del asegurador, pero cuya observancia satisface también el interés del asegurado en que el contrato sea válido y eficaz» (Visintini 1972: 79).

[58] Visintini (1972: 73).

[59] Frente a la tendencia de muchos de nuestros doctrinantes, poco familiarizados con la figura de la buena fe objetiva, de homologar la buena fe a la buena fe subjetiva, remitida a la buena fe posesoria, es oportuno recordar que el artículo 863 Código colombiano, al reproducir el artículo 1337 del *Cod. italiano*, relativo a «las negociaciones y la responsabilidad pre-contractual», le agregó a la buena fe exigida el calificativo de «exenta de culpa»: buena fe incompatible con cualquiera culpa. En lo que hace a esa buena fe, concretamente se habla de un vínculo jurídico específico o de un deber legal secundario que impone al sujeto preservar diligentemente la confianza suscitada en la contraparte («aclarando las circunstancias y los impedimentos del contrato»), a más de «proteger» los intereses de la contraparte que resultan expuestos al daño durante la fase de las negociaciones. Cfr. Bianca (1994: 78).

en cuenta cuando es dolosa (intencional, fraudulenta), con juego equívoco de los conceptos de 'obrar de buena fe' y 'error inocente'[60].

Es plausible velar por la efectividad de los derechos legítimos del asegurado y evitar que pretextal y abusivamente el asegurador eluda su responsabilidad. En ese sentido la colaboración de este con aquel para llevar información oportuna, completa y sincera sobre la cobertura, las condiciones del seguro e, incluso, sobre el significado de su deber de declarar los hechos relevantes sobre el estado del riesgo, es apenas natural, y bien podría decirse que equilibra las cargas. Otra cosa es tratar ese deber, de modo que solamente una declaración fraudulenta le permitiría al asegurador impugnar el contrato o sustraerse al pago de la indemnización. La ruptura del equilibrio moral y económico del contrato con dicha postura es evidente. Al respecto parece a todas luces preferible el sistema nacional, siempre que se le tome, como es apenas obvio, basado en la buena fe objetiva y con la severidad propia de la función propia del contrato de seguro y dentro de las condiciones inherentes a él[61].

Aquella demasía tutelar no parece llamada a prosperar; como en varios de los aspectos del derecho de consumo, al fundamentalismo ha de suceder el temperamento, lógica y equidad, siguiendo el cauce normal del desarrollo del derecho y atendiendo al imperativo de ajustarse a las necesidades sociales, entre las cuales no es la menor la de la coherencia, como tampoco la del equilibrio equitativo de los intereses en juego.

A mi parecer, ese es el sentido de la previsión del artículo 1058 [3] Código Comercial colombiano al morigerar la reacción frente a la declaración inexacta o reticente, cuando «provienen de error inculpable del tomador», que pasa de la nulidad a la merma de la indemnización del siniestro. Algunos la toman como muestra de que «el código dejó las sanciones graves a las reticencias de carácter doloso o a las de carácter culposo»[62], con el agregado de una asimilación de «error

[60] Se comenta que los aseguradores habían inventado la llamada cláusula de incontestabilidad, con la cual renunciaban a su derecho de impugnar el contrato por causa de reticencias o declaraciones falsas del asegurado (fraude, mala fe, culpa grave) una vez transcurrido cierto tiempo, a fin de recuperar la confianza del público, especialmente en los seguros de vida (Visintini 1972: 52 ss.).

[61] «[…] la corte considera que el sistema sancionatorio basado en los artículos 1058 (nulidades relativas y reducción proporcional de la prestación asegurada) y 1059 (pérdida de las primas a título de pena) del Código de Comercio, es reflejo de una política legislativa equilibrada, basada en las realidades del medio en el que se desenvuelve la actividad aseguradora, pues, en esta materia específica, a diferencia de lo que acontece en otras áreas de la regulación del contrato de seguro, en las que prima la defensa de tomadores y asegurados, se busca proteger el interés de la parte aseguradora, teniendo en cuenta que, en lo que se refiere al conocimiento pre-contractual del riesgo, el asegurador, por su natural ignorancia del mismo, es el contratante que está en la posición débil»: Sentencia Corte Constitucional del 15 mayo de 1997, expediente D1485.

[62] Ordóñez (1998: 28 ss.).

inculpable» a «error involuntario» y la afirmación de que la buena fe, inclusive la buena fe exenta de culpa, se presume, «luego la carga de la prueba de la culpa caería nuevamente en cabeza del asegurado, so pena de presumirse que siempre la inexactitud o reticencia obedecen a error inculpable»[63]. A lo cual cabe observar, ante todo, que la buena fe aquí en juego es una exigencia legal (deber-carga) cuya observancia incumbe probar a quien quiera que «pretenda obtener el efecto jurídico perseguido por la norma» (artículo 177 Código de Procedimientos Civiles), que aquí es el tomador que afirma la validez del contrato. Y, seguidamente, que disponiendo la ley imperativamente que la reticencia y la inexactitud en la declaración del tomador de hechos o circunstancias relevantes hace, sin más, anulable el contrato, el error inculpable emerge como la única excepción oponible por él, cuya prueba le incumbe incuestionablemente.

Bibliografía

Alpa, Guido

2006 *Introduzione al diritto dei consumatori*. Roma-Bari: Laterza.

Bianca, Massimo

1994 *Diritto civile*, III. Milano: Giuffrè.

Bigliazzi-Geri, Lina

1987 «La buona fede nel diritto privato». En *Il principio di buona FEDE.* Milano: Giuffrè.

Binon, J.M.

1998 «La conclusion du contrat et la prise d'effet de la garantie». En *Encyclopédie de l'assurance*, F. Ewald–J-H. Lorenzi, (éditeurs). París: Económica.

Donati, Antigono

1954 *Tratatto di diritto delle assicurazioni private*. II, Milano: Giuffrè.

Escobar Sanín, Gabriel

1985 *Negocios civiles y comerciales, I, Negocios de sustitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

1994 *Teoría general de los contratos.* Bogotá: Dike.

Ferri, Giuseppe

1976 *Manuale di diritto commerciale*, cuarta edición. Torino: Utet, número 610.

[63] Ordóñez (1998: 35).

Friedmann, Daniel
1999 «The transformation of 'good faith' in Insurance Law». En *Good faith in contract, Concept and context*, R. BROWNSWORD (editor). New Jersey: Hird & G. Howells, Darmouth, Aldershot.

Hinestrosa, Fernando
2007 *Tratado de las obligaciones*, I, tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jacob, Nicolas
1974 *Les assurances*. París: Dalloz.

Jaramillo, Carlos Ignacio
1999 *Distorsión del reaseguro tradicional, su problemática actual*. Bogotá. Aída y Universidad Javeriana.

Lambert-Faivre, Yvonne
1998 *Droit des assurances,* décima edición. París: Dalloz.

Ordoñez Ordoñez, Andrés
1998 «Lecciones de derecho de seguros, 3, Las obligaciones y cargas de las partes». En *El contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
2005 «Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y, especialmente, el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro». *Revista de derecho privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ossa, J. Efrén
1991 *Teoría general del seguro*, II. El Contrato. Bogotá: Editorial Temis.

Oughton D. & J. Lowry
2000 *Consumer Law*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press.

Rescigno, P.
1987 «Notazione generali sul principio della buona FEDE». En *Il principio di buona fede*, Giuffrè.

Stoffel-Munck, Philippe
2004 «Préavis contractuel et préavis raisonnable. *Revue des contrats*, París: LGDJ.

Terré, F. Ph. Simler et Y. Lequette
2002 *Droit civil, Les obligations*, octava edición. París: Dalloz.

Visintini, Giovanna
1972 «La reticenza nel contratto di assicurazione». En *La reticenza nella formazione dei contratti.* Padova: CEDAM.

LA LESIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO
DEBATE DOCTRINARIO Y TRATAMIENTO NORMATIVO

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca**

A Fernando de Trazegnies Granda, quien con su ejemplo y enseñanzas nos transmitió el significado e importancia de la independencia de pensamiento.

El derecho es una forma de organizar la vida de la sociedad en la que cada hombre tiene derecho a inventar su propia vida, o debería tener derecho a inventar su propia vida y, entonces, lo que hace (el derecho) es que estas invenciones no sean hostiles unas con otras y no se resten sino que se multipliquen[1].

Fernando de Trazegnies

1. Antecedentes históricos

La lesión es una figura de raíces muy antiguas; existen huellas rudimentarias en China e India (doctrina del Manava-Dharma-Sastra) y en Babilonia, donde en el famoso Código del rey Hammurabi se encuentran grabados principios de defensa de los débiles contra sus fuertes opresores. Más adelante en Grecia, luego cobró cuerpo durante el Imperio romano. Algunos invocan la Ley de las XII Tablas (450 a.C.) que combatía la usura, cuyo excesivo formalismo fue ductilizado con la posterior aparición del pretor romano, «el más sublime de los jueces», quien resolvió adoptar un medio más atrevido, en virtud de lo cual se anulaban las consecuencias del acto y se lo tenía por no realizado (recurso *in integrum restitutio*).

---

* Jueza Titular Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesora de Derecho Civil y Procesal Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Academia de la Magistratura. Jefa de la Unidad de Quejas Verbales de la CODICMA en la Corte Superior de Justicia de Lima.

[1] Entrevista realizada por Peruprensa (agencia de noticias). Diciembre de 2004. <www.peruprensa.org/trazegn.htm>.

En el siglo III de la era cristiana Dioclesiano y Maximiliano le dieron forma al establecer en la «ley segunda», incorporada luego al Código de Justiniano, que si una persona vendía un bien en menos de la mitad de su valor estaba autorizada para solicitar la rescisión del contrato[2].

La figura cayó en desuso con la invasión de los bárbaros. Fue Justiniano quien la rescató, para posteriormente el derecho canónico darle mayor impulso bajo la inspiración aristotélica del justo precio y de los conceptos expresados por Tomás de Aquino, quien sostuvo que en los contratos de cambio debe prevalecer la reciprocidad proporcional. Esta «ley segunda» llegó a ser conocida por los glosadores y posglosadores, quienes extendieron los alcances de la lesión a la venta de todos los bienes —no solo inmuebles—, y que también pudiese invocarla el comprador —no solo el vendedor— cuando el precio pagado por él resultare superior en una mitad al estimado como justo.

Ante la dificultad de separar la lesión de los vicios del consentimiento, los glosadores la refieren a alguna circunstancia que influya en la libertad del consentimiento, concluyendo que esta circunstancia es el dolo. Es ahí que surge la expresión *dolus re ipsa*, por considerarse que el dolo se encuentra en el carácter sospechoso del acto.

En tiempos de los posglosadores se extendió la lesión a otros contratos como arrendamiento, permuta y partición, acentuándose después la tendencia hacia la generalización total.

En este escenario, el derecho canónico aceptó la lesión.

En los siglos XV y XVI fue restringida por causa de los extremos a que fue llevada, pero durante el Renacimiento volvió a tomar arraigo, aunque limitada a la compraventa no aleatoria de inmuebles.

En la Edad Moderna, por influencia de Dumoulin y D'Argentre, el beneficio de la «ley segunda» se extendió a todos los contratos conmutativos.

Con la revolución francesa, bajo la inspiración del principio de la libertad absoluta, se abolió, pero por corto tiempo, pues fue retomada en los extensos debates en la época que se redactaba el Código Civil francés de 1804.

Domat y Pothier[3] fueron sus principales defensores, y luego Portalis y Tronchet. Los opositores fueron Berlier y Thomasius. Napoleón decidió que

---

[2] «Si tú o tu padre hubiéreis vendido por menos precio una cosa de mayor precio, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que falta al justo precio. Parece ser precio menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero». De la Puente y Lavalle (2001: 16).

[3] «La equidad debe reinar en todas las convenciones, de donde se sigue que en los contratos interesados, en los cuales uno de los contratantes da o hace alguna cosa para recibir cualquier cosa, como, por ejemplo, el precio de la cosa que da o hace, la lesión que sufre uno de los dos contratantes

existiera, pero solo a favor del vendedor y en la compraventa o partición de bienes inmuebles[4].

Posteriormente, la libertad irrestricta, con el consiguiente respeto total a la obligatoriedad del contrato —ideología imperante en el siglo XIX, de tendencia marcadamente liberal— empieza a fallar como fundamento de la sociedad, y la autonomía de la voluntad como principio absoluto entra en crisis; sus consecuencias fueron las corrientes sociales, así como el intervencionismo y dirigismo, con todo lo cual se fue produciendo una nueva transformación, generalizándose la lesión para todos los contratos, siempre que sean onerosos y conmutativos. Además, la tendencia socializadora del derecho, el denominado «dirigismo contractual» en palabras de Josserand —según la cual la estabilidad de los contratos ya no es un dogma inamovible— explica el giro hacia la concepción objetivo-subjetiva de la lesión.

Las posiciones tan disímiles sobre la conveniencia, utilidad o hasta viabilidad de esta figura se han mantenido, como se puede apreciar, desde tiempo atrás en la historia. Y es que se trata de una apuesta, por un lado, de lo que se entiende por «lo justo» —con todas las variantes en cuanto a la definición de lo justo— y, por otro, lo que puede resultar útil o adecuado para el desarrollo de una sociedad que se desarrolla sobre la base de una economía de mercado, en la que se requiere de seguridad jurídica y reglas claras que respeten la autonomía privada. Los sistemas jurídicos han reflejado esa falta de certeza acerca de la conveniencia de esta figura, lo que se refleja en sus ordenamientos.

Así, desde los inicios de la codificación los códigos tenían dos opciones: o no incluían la lesión (Brasil, Japón, Costa Rica, Honduras, Uruguay, Holanda, Haití), o la incluían pero en una concepción objetiva (Francia, Chile, Colombia, España, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, etcétera). Posteriormente, ya en el siglo XX, se adopta la lesión en su concepción objetivo-subjetiva (Alemania, Suiza, Suecia,

---

aun en el caso de que el otro no haya empleado artificio alguno para engañarle, es bastante en sí mismo para considerar vicioso el contrato». Pothier (1948: 29).

[4] «Poco importa cómo un individuo dispone de unos diamantes o cuadros; pero la manera cómo lo hace respecto de su propiedad territorial no puede ser indiferente a la sociedad y a esta le pertenece marcar límites al derecho de disponer de ella».

El artículo 1118 del Código Napoleón establece que la lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos o con relación a ciertas personas.

El artículo 1674 del mismo código dispone que si el vendedor ha sido lesionado en más de los siete doceavos del precio de un inmueble, tiene derecho a demandar la rescisión de la compraventa, aun cuando en el contrato hubiera renunciado expresamente a la facultad de demandar esta rescisión, y aunque hubiera declarado que donaba la plusvalía.

Ripert relata que Alfred Jourdan se indignó con esta excepción y declaró que el artículo 1674 «es una tacha en nuestro código». Ripert (1949: 109).

Austria, Noruega, México, Italia, Grecia, Hungría, Filipinas, Etiopía, Polonia, Argentina, Bolivia, Paraguay, Proyecto Brasil, Líbano, Turquía, etcétera)[5].

2. ¿Es la lesión una figura conveniente de ser contenida y regulada en un sistema jurídico? Posiciones en contra y a favor

Como se ha señalado, existen diversas posiciones —y que no son nuevas, sino que han existido bajo distintas ideologías a lo largo del tiempo— a favor y en contra de la lesión[6].

Si bien hay quienes señalan que la seguridad jurídica es antes que la justicia, separando ambos conceptos, en realidad ambas deben caminar juntas y potenciarse, pues no se trata de dos conceptos aislados y autónomos, sino interdependientes. Si una norma es injusta, o propicia el desequilibrio, desvirtuará el sistema en su conjunto, comprometiendo el orden en sí, con lo que la seguridad jurídica deja de ser tal.

En consecuencia, el análisis de la figura debe pasar por considerar que la misma debe contener como finalidad la consecución tanto de seguridad jurídica como de justicia[7]. Polarizarla mediante el recurso de ejemplos extremos —que es la tentación en que suele incurrirse al justificar cada posición colocando de un lado a la seguridad jurídica, como la representación de la obligatoriedad contractual y de la eficiencia, y del otro a la justicia como la protectora del débil contra el poderoso abusivo— convierte una figura de fondo complejo como esta en una caricatura, lo que, en mi opinión, no es serio e inclusive puede resultar irresponsable. Por ello, decir que la inclusión o no de la figura de la lesión es sinónimo de optar entre la justicia y la seguridad jurídica, constituye una conclusión, *a priori*, facilista.

Ahora bien, existen posiciones que no se limitan a mirar críticamente el árbol o la rama, sino que procuran contemplar con mayor panorama el bosque, esto es, se esfuerzan en tener una visión más integral, siendo su análisis más acucioso.

Así, por ejemplo, un sector del Análisis Económico del Derecho (AED) considera que la lesión es una figura que resulta nociva para el libre mercado y, por ende, la economía, y que atenta contra la propia seguridad de las relaciones jurídicas entre personas. Se dice que si alguien, encontrándose en estado de necesidad, desea contratar y encuentra una contraparte que lo haría pero únicamente bajo

---

[5] De la Puente y Lavalle (2001: 20-21).

[6] De la Puente y Lavalle (2001: 22-23).

[7] Jiménez Vargas-Machuca (2008).

determinadas condiciones, tiene dos opciones ante sí: o acepta y contrata, o no lo hace. Pero su estado de necesidad es valorizado por ella en un nivel muy alto, y por ello decide que le conviene de todas formas contratar. Una vez celebrado y ejecutado el contrato, merced a él sale de su estado de necesidad. Si la lesión procediese, entonces las personas podrían usar a las otras en contratos desiguales para posteriormente rescindirlos por lesión.

Desde esta perspectiva, la figura de la lesión conduciría a la ineficiente —e injusta en términos amplios— situación por la que, si las personas supieran que existe el riesgo de que se rescinda el contrato por lesión, no contratarían más que en situaciones de equivalencia o, al menos, relativa proporción, lo que reduciría enormemente la contratación, por cuanto ya no cabrían estas «oportunidades». Si ocurriese lo señalado, habría menos necesidades urgentes o apremiantes que pudiesen ser cubiertas, pues aun cuando se ofreciese a otro una gran «oportunidad», esta no sería aceptada por temor a la posterior rescisión, tomando en cuenta que además es nula la renuncia anticipada a la acción rescisoria por lesión.

El profesor Alfredo Bullard analiza la figura de la lesión, para lo cual crea la «parábola del mal samaritano»[8], tomando como base la parábola bíblica del buen samaritano, a quien despoja de sus elevadas cualidades personales de altruísmo, solidaridad y generosidad —que lo convierten en un ser humano especial que se distingue del resto, por lo que se le coloca como ejemplo y modelo de conducta «ideal»—, quedando en su lugar un hombre común y corriente. Así de «humano» es el personaje central, la historia es la siguiente: Un hombre descendía de Jerusalén a Jericó y cayó en manos de unos ladrones, quienes le robaron y lo hirieron. Pasó un sacerdote, luego un levita y no hicieron nada por él. Luego pasó el samaritano, quien se ofreció a ayudarlo a cambio de que le pagara cien denarios (suma exorbitante). El herido aceptó. Una vez cumplida su parte, el samaritano pidió su contraprestación, pero no tuvo éxito debido a la figura de la lesión, por lo que cuando tiempo después se volvió a dar la misma situación, este samaritano no socorrió al hombre asaltado y herido, dejándolo librado a su suerte.

> A diferencia de la parábola del buen samaritano, en esta parábola el samaritano era egoísta. Si bien no se negó inicialmente a ayudar al herido, lo hacía motivado por un interés económico. Una vez que descubrió que ese interés económico no podía verse satisfecho perdió todo incentivo para ayudar a la víctima de los ladrones.
>
> La parábola del buen samaritano contiene una hermosa enseñanza que ojalá muchos sigan. Pero no muchos son como el buen samaritano. Las historias de solidaridad con el prójimo suelen relatarse como excepciones a la regla. Quien

[8] Bullard González (2003).

> rescata al prójimo sin mayor interés que su propia humanidad suele ser retribuido con el reconocimiento público, con una medalla de honor al mérito o simplemente con la satisfacción personal de haber sido una buena persona.
>
> Pero aparentemente, en el mundo real este reconocimiento público, estas medallas, o estas satisfacciones parecerían ser insuficientes para motivar los actos de rescate del prójimo que serían deseables. Los actos de solidaridad son escasos en relación a los actos que se motivan por el interés económico. De alguna manera parecería que el principio de solidaridad no está en capacidad de crear los incentivos para que la oferta de acciones de rescate cubra la demanda existente por dichos actos de rescate[9].

El mismo autor analiza un caso real para ilustrar su posición: Post vs Jones, 1856 (Estados Unidos). El barco ballenero Richmond encalló en una costa desértica del océano Ártico. El barco empezó a hundirse con toda su carga de aceite de ballena. Pasaron tres barcos y los auxiliaron, salvaron a la tripulación, pero respecto de la carga quisieron que esta luego se subaste entre los tres. Aceptó el capitán del Richmond y rescataron la carga. El precio al que se llegó por el aceite estaba muy por debajo de su valor de mercado.

> Cuando los barcos retornaron al puerto con la tripulación y la carga, los dueños del Richmond, de la misma manera como lo había hecho el rescatado en nuestra parábola del mal samaritano, demandaron a los propietarios de los otros tres barcos reclamándoles que se dejara sin efecto el contrato invocando una figura similar a la lesión. La corte acogió la pretensión de los propietarios del Richmond. Dejó sin efecto la subasta y ordenó el pago de una compensación justa por el rescate[10].

El doctor Bullard expresa su desacuerdo con la solución de la corte, con una visión a futuro: «cabe preguntarse en este caso qué pasará cuando los barcos 'rescatadores' vuelvan a encontrar otro barco ballenero hundiéndose en las heladas aguas del océano Ártico y cuáles serán sus incentivos para llevar a cabo un riesgoso rescate en esas circunstancias»[11].

Otro cuestionamiento que se efectúa a esta figura por parte de este sector del AED se centra en la teoría del valor de las prestaciones. Se ha dicho que:

> […] quizás el mayor error conceptual que se encuentra bajo la defensa de la figura de la lesión es su mala comprensión de la teoría del valor. Para los defensores de la lesión las cosas tienen un valor objetivo, determinable y único, sin comprender que toda valorización es subjetiva y, por tanto, dos personas diferentes pueden asignar a exactamente el mismo bien dos valores diferentes según sus

[9] Bullard González (2003: 374).

[10] Bullard González (2003: 375).

[11] Bullard González (2003: 375).

> propias preferencias, sus limitaciones presupuestarias y las circunstancias en las que se realiza la operación. […] La lesión opera sobre la base de la posibilidad de determinar la desproporción entre dos valores de manera matemática. Nada más falso. No es posible que un juez pueda afirmar que los valores de dos prestaciones están en desproporción en un contrato; «no existe una regla única de medición de valor»[12].

Lo concerniente al «valor» es un tema que carece de una respuesta única. Existe una serie de teorías del valor. La corriente señalada del AED acoge una de ellas, la del subjetivismo. Por su parte, nuestro sistema ha elegido lo que considera es el «valor de mercado», procurando la justicia de lo «objetivo». Este último valor, por lo general, será determinado en un proceso judicial mediante un peritaje a cargo de expertos, quienes estudiarán el bien y le asignarán un valor de mercado promedio, de acuerdo a sus características; ello, como es previsible, siempre generará discrepancias, dado que cabe la posibilidad de que, para quien lo adquirió, el bien valía menos y entonces su «intencionalidad» de aprovecharse de la necesidad ajena quedaría relativizada.

Todos hacemos un análisis costo-beneficio a la hora de contratar; además, sabemos qué es lo que queremos y lo que necesitamos. Tenemos una necesidad que cubrir, y estamos dispuestos a pagar hasta el límite en el que valoricemos el bienestar que perseguimos. Aquí no opera engaño, ni estafa, ni error. Cada una de las partes contratantes sabe exactamente qué es lo que va a recibir a cambio de su prestación, y acepta. Ni siquiera es como en un contrato aleatorio, en el que no se sabe cuánto o qué es lo que se recibirá; por ejemplo, en un casino de juegos se puede ganar o perder en forma absolutamente desequilibrada, o igual en el caso de los contratos de renta vitalicia a título oneroso, que de suyo contienen un elemento de incertidumbre que se deja al azar o al destino.

Si no se tuviese la posibilidad de contratar libremente, de que lo pactado se respete, de tener la certeza de que las reglas de juego no serán alteradas, la aversión al riesgo —el riesgo aquí estribaría en la acción rescisoria por lesión— llevaría a que muchos no contratarían dejando a otros tantos sin la posibilidad de satisfacer su necesidad apremiante, lo cual puede conducir —casi inevitablemente— a un «mercado negro», al cual se suele llegar cuando la normatividad prohíbe o restringe la autonomía privada. Y estos mercados negros suelen ser todavía más injustos e inequitativos.

Es por tales razones, entre otras, que para muchos la acción rescisoria por lesión debería ser eliminada, pues se considera que, bajo esta óptica, en países pobres sus efectos serían más pauperizadores aún.

---

[12] Bullard González (2003: 382-383).

Sin embargo, quienes por el contrario postulan la necesidad y utilidad de la figura en cuestión, señalan precisamente que su existencia confiere equidad a las relaciones, devuelve el equilibrio perdido, otorga justicia a las transacciones y, sobre todo, evita —o subsana— el abuso de una posición de mayor fortaleza que se basa en el estado de necesidad que ha reducido a la otra parte a una pérdida de alternativas mínimamente equitativas para salir de ese estado; en suma, se trata de una institución que combate la mala fe contractual, lo que la convierte en indispensable en sociedades pobres.

Así también, se considera que la figura jurídica denominada «usura civil» —que para muchos no es otra cosa que la lesión aplicada al tráfico dinerario[13], por cuanto los intereses son el precio del dinero— debería eliminarse y dejarse el pacto de intereses al libre albedrío y libertad de las partes, como actualmente en nuestro sistema se permite a las entidades bancarias y financieras, propiciando la competencia sana, abierta y transparente, que en definitiva favorece a los consumidores, y evitando de esa manera los «mercados negros» de usureros.

Vemos que mucho depende de la ideología adoptada y de las premisas que se empleen —en el énfasis en determinados aspectos— en el análisis de las figuras.

Para el profesor Fernando de Trazegnies, el problema radica, fundamentalmente, en que se trata de una figura anacrónica «[…] podríamos decir que la lesión no solamente es una institución antigua sino que pertenece más a la antigüedad que a nuestro tiempo. En otras palabras, es una subsistencia patógena dentro del derecho moderno de una institución que se justificaba dentro de un contexto económico social fundamentalmente diferente»[14].

Esta obsolescencia, señala el reconocido jurista, se basa en el sistema de precios en una sociedad de mercado, en la que, por definición, no hay precios definidos oficialmente establecidos, así como tampoco hay un «precio justo» que sirva de referencia, por cuanto en el mercado cada contratante procura fijar el precio que más le convenga, en cada transacción; por ello, «el tope del precio dentro de la sociedad moderna no está dado por un elemento moral ni legal sino por la competencia»[15].

---

[13] Con la diferencia que en la usura no se requiere de elemento subjetivo alguno. No interesa estado de necesidad ni aprovechamiento de este. Simplemente se verifica el interés por encima de la tasa máxima y se configura la usura, objetivamente. Por otro lado, el remedio a la usura es la nulidad de la cláusula que establece el interés excesivo, sin tocar el resto del contrato (artículo 1243, segundo párrafo: «Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor»).

[14] De Trazegnies Granda (2004: 23-35).

[15] De Trazegnies Granda (2004: 28).

Sin embargo, precisa el doctor de Trazegnies, para quien la visión de las figuras no puede realizarse de forma aislada o fragmentada sino con una perspectiva de conjunto que engloba aspectos mayores, el remedio no consiste en eliminar la institución de la lesión, derogando las normas que la regulan, dado que el derecho es mucho más que un conjunto de leyes: es el proceso de aplicación de la ley, el cual a su vez involucra, entre otros factores, una cierta cultura jurídica, un modelo económico, principios sociales y políticos[16].

Por ello, y considerando además que el Código Civil peruano actual ha introducido la idea de que la lesión existe solo si hay aprovechamiento de la necesidad apremiante de la contraparte, volviéndola de difícil aplicación, concluye el citado profesor que la lesión:

> […] a pesar de su anacronismo, podría tener sentido en una sociedad tan desigual en materia de información y de conocimientos como la nuestra, por lo que el mercado, en vez de funcionar adecuadamente a través de una racionalidad recíproca, puede dar lugar a casos en los que unos se aprovechen de los otros. Por consiguiente, si el juez exige una prueba contundente de que en ese caso se cumple la exigencia de la ley en el sentido de que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, ello no afectaría al mercado; porque el mercado no es un sistema en el que cada persona pretende aprovecharse de la otra sino un mecanismo por el cual los intereses perfectamente informados y racionales de dos o más personas se confrontan y se concilian. En cambio, claro está, si el juez admite ligeramente este tipo de reclamaciones, el mercado se verá distorsionado; y aun cuando hagamos severo el texto de la ley, el juez tenderá a debilitarlo en la práctica si está convencido de que así procede justamente[17].

Los tratadistas norteamericanos Cooter y Ulen[18], quienes sustentan su razonamiento y buscan las respuestas a los problemas en base a criterios económicos y en gran medida en la lógica del mercado —considerando que debe evitarse en lo posible la intervención del Estado en las transacciones de las personas—, denominan como «fallas del mercado» las situaciones concretas en que una persona o grupo de personas se ven obligadas por las circunstancias particulares —que son una suerte de situaciones de monopolio interpartes— a hacer una promesa notoriamente desventajosa, tanto para sí mismos como para cualquier otra persona que la realice.

Cooter y Ulen ponen como ejemplo de lo indicado el caso del cirujano que se queda sin combustible en un solitario camino del desierto, donde podría perecer, y se ve forzado a prometer a otro automovilista que le pagará cincuenta mil dólares

---

[16] De Trazegnies Granda (2004: 32).

[17] De Trazegnies Granda (2004: 33).

[18] Cooter y Ulen (1998: 61).

por cinco litros de gasolina. De acuerdo a los referidos autores, el tribunal no lo obligará a cumplir su promesa porque esta se otorgó por necesidad. Así, dicha promesa no es exigible, por constituir una falla del mercado que ha distorsionado las reglas del mismo, al haberse configurado una restricción terrible o excesiva que destruye la libertad de acción del promitente: la necesidad[19].

> En los casos de dureza y de necesidad, el receptor de la promesa hace una amenaza destructiva y el promitente responde haciendo una promesa desorbitada. Sin embargo, la naturaleza de la amenaza difiere en las dos doctrinas. En el caso de la dureza, el receptor de la promesa amenaza con destruir mediante la «acción». En el caso de la necesidad, el receptor de la promesa amenaza con destruir «dejando» de actuar; específicamente negándose a rescatar. Por ejemplo, la persona que pasa amenaza con dejar al cirujano extraviado en un camino desértico a menos que prometa pagarle cincuenta mil dólares por cinco litros de gasolina[20].

También los citados analistas hacen referencia a la parábola del buen samaritano y la contrastan con lo que sería un «mal samaritano» o rescatista oportunista:

> En una parábola bíblica, el «buen samaritano» salvó la vida de un hombre atacado por ladrones y lo curó hasta dejarlo fuera de peligro, sin ninguna expectativa de remuneración. En los casos de necesidad, un «mal samaritano» fuerza la promesa de una recompensa extravagante a cambio de un rescate. El rescate merece una recompensa apropiada, no una recompensa extravagante. Una recompensa apropiada provee incentivos eficientes para el rescate. Los incentivos eficientes para el rescate inducen una inversión suficiente en el rescate, de modo que el costo se iguale al beneficio esperado. El beneficio esperado es igual a la probabilidad de un rescate multiplicado por su valor[21].

Siguiendo tal línea de pensamiento, puede efectuarse de este modo la aproximación y análisis del caso, por ejemplo, de la mujer (o del hombre) que tiene un hijo enfermo y requiere de una intervención quirúrgica de emergencia, pero no tiene acceso a un préstamo —por falta de ingresos y otras garantías— ni tiempo de gestionarlo ante un banco, pero que es propietaria de un inmueble cuyo valor de mercado se estima en ochenta mil dólares.

La otra parte, que conoce su estado de necesidad, ofrece pagarle por él treinta mil dólares, pues la operación de su hijo cuesta exactamente treinta mil dólares. Ella acepta recibir ese precio, pues valoriza la salud de su hijo en mucho más que los cincuenta mil dólares de diferencia entre lo ofrecido y el valor del bien.

Semejante situación —por el apremio— ha colocado al comprador en una suerte de posición monopólica, siendo el único en ese momento dentro del universo

---

[19] Cooter y Ulen (1998: 266 y 267).

[20] Cooter y Ulen (1998: 337-338).

[21] Cooter y Ulen (1998: 338).

factible al alcance de la vendedora que puede proporcionarle lo que esta necesita de modo tan acuciante e inaplazable. De alguna forma es algo parecido a la celebración de un contrato por adhesión, en el que las cláusulas son abusivas para la parte que se adhiere, quien tiene necesidad apremiante del bien que ofrece el otro contratante, por lo que se somete por completo a sus condiciones, eliminándose por esta causa su capacidad de negociación.

Ahora bien, si el comprador supiese que muy probablemente le será interpuesta una acción rescisoria por lesión luego de la operación, no celebraría el contrato, por cuanto no había estado en sus planes la adquisición de ese inmueble. Lo que lo decidió fue la «oportunidad» —algo así como lo que nos mueve a ir a los remates, a las realizaciones y súper ofertas—. Y si él hubiese decidido no adquirir el bien —por temor de la acción rescisoria por lesión— la madre probablemente no hubiese conseguido comprador y su hijo habría fallecido.

Estas circunstancias nos recuerdan a las casas de empeño, en las que las personas en gran estado de necesidad dejan bienes (joyas, relojes, etcétera) en calidad de «garantía» por un préstamo urgente, para cubrir un apremio impostergable; transcurrido el plazo, el bien sale a remate. Es sabido que estos negocios usualmente encubren un aprovechamiento y una usura considerables, pues la «valorización» —con la que escapan a acciones como la rescisoria por lesión, la de usura civil, la que correspondía a la proscripción del «pacto comisorio», la simulación del acto jurídico, y hasta el abuso del derecho, todas figuras que tienen como base la buena fe— se realiza de modo muy desfavorable y denigrando el valor real de tales bienes.

Ocurre que quienes acuden a estas casas usualmente no pueden rescatar sus prendas, dado que lo que las ha hecho acudir a estos lugares ha sido la necesidad de «apagar» un incendio —una deuda impostergable o alguna emergencia—, por lo que su situación de tribulación económica general se mantiene, perdiendo bienes de cierto valor por sumas bastante inferiores.

Recordemos que en el derecho anglosajón la obligatoriedad de una promesa no se basa en el concepto de sinalagma, que supone un cierto equilibrio entre las prestaciones, sino en la existencia de la *consideration*, que viene a ser como una cuota de sacrificio a cambio de lo que se obtiene de la contraparte. La *consideration* no tiene que ser equilibrada en términos económicamente valorativos con la prestación a recibir. Un ejemplo clásico que suele relatarse es el del intercambio válido de un automóvil por una lata de maní. La libertad contractual es amplia, y cada quien es dueño de sus decisiones.

Sin embargo, la mala fe se sanciona y no se permite. Si el *duty,* o deber de buena fe, es violado puede llevar a la anulación del acto jurídico. Se presta una atención mayor al elemento intelectual —diferencias de inteligencia o condición

social, así como influencia que ejerce la otra parte sobre el contratante, la *undue influence*— que al material. Se procura, de esta manera, no dejar personas débiles sin defensa, y así vemos que encuentra su aplicación cuando contratan personas letradas con personas ignorantes, o con personas en estado de necesidad. Entonces se apunta al peligro que corren determinadas clases de contratantes que se encuentran en estado de inferioridad, lo que, en resumidas cuentas, se traduce en una limitación de la libertad.

Por otro lado, debe señalarse que en nuestro medio resulta difícil establecer la incidencia de contratos lesivos —lo que podría reflejarse de alguna manera en la jurisprudencia—, pues así como no es factible conocer la cantidad de donaciones —particularmente las de inmuebles— que se realizan debido a las compraventas simuladas —donaciones encubiertas, disfrazadas de compraventas— por causa de «soluciones jurídicas» como la acción de reducción por donación inoficiosa, o la colación, así también ocurre lo propio con los contratos celebrados que constituyan lesión, en los que el precio que se consigna suele ser uno coincidente al valor de mercado[22].

---

[22] Guadalupe Demarchi comenta un fallo que tomó de la revista jurídica *La ley,* tomo 1982-D: «La lesión». En este fallo se abordan dos cuestiones importantes en el ámbito de la ineficacia de los actos jurídicos: la simulación y la lesión. www.monografias.com/trabajos6/lesi/lesi2.shtml «De los hechos, resulta que el accionante: José E. Vieites, vendió a la demandada: Llauró Hermanos Propiedades S.A.I.M., un departamento figurando en la escritura un precio muy inferior al que correspondía en el mercado inmobiliario. El demandante invocó la lesión para obtener la nulidad del acto jurídico, ya que al momento de realizarse la venta él se hallaba en una situación de inferioridad por padecer un estado de depresiones atípicas que lo condujeron a obrar con ligereza, por lo que la parte compradora habría explotado esa situación obteniendo una evidente ventaja patrimonial. La parte demandada adujo que el precio de la escritura fue aparente, ya que en realidad pagó mas dinero de lo que figura en el instrumento público, cosa exigida por el vendedor para que figure un precio menor. El valor que aparece en el acto escriturario es tres veces menor que el valor real. […] Diferencia evidente en el precio. Vemos a partir de aquí que el fallo radica en la figura de la lesión, vicio que sanciona de nulidad según el artículo 954. Como ya hemos visto, existen tres elementos que configuran la lesión: El elemento objetivo es la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Los elementos subjetivos están referidos uno al lesionante y otro al lesionado: el lesionado debió obtener la ventaja explotando la situación del lesionado, que debería hallarse en condición de inferioridad. El perjudicado que pretende la nulidad del acto no solo debe demostrar la ventaja patrimonial desproporcionada, ya que nada impide que en los negocios una parte obtenga un lucro importante pero legítimo. Sino que debe reprochar la intención dolosa de explotar la condición de inferioridad en que se encontraba, que dio lugar a la explotación. Esta explotación se presume juris tantum, salvo prueba en contrario. Probada la ventaja patrimonial, se procede a probar el estado de inferioridad, situación que no se presume, y que debe ser acreditada por el actor. La inferioridad en este caso fue efectivamente probada, el vendedor se encontraba en un estado de insuficiencia psicológica, padecía manía depresiva o depresión con apatía y angustia, y además venía de una internación y estaba fuertemente medicado, por lo que se deduce que el actor se encontraba en un estado de inferioridad por ligereza. Por lo tanto, se determina declarar la nulidad de la operación de compraventa».

A continuación reseñamos lo más puntual de los fundamentos de las posiciones a favor y en contra de la lesión:

Fundamentos en contra:

a) El contrato es ley entre las partes (santidad de los contratos), lo que constituye un principio de observancia necesaria para regular las relaciones entre los hombres.
b) La ley de oferta y demanda es sagrada.
c) Es deber ineludible del hombre guardar fielmente la palabra empeñada.
d) La libertad es el más preciado de los derechos.
e) La seguridad jurídica es el presupuesto fundamental del derecho y la economía, pues la predictibilidad de un ente social respecto a sus relaciones jurídicas y «efectos» es la base para el flujo de relaciones.
f) Nadie mejor que uno sabe qué es lo que le conviene.
g) El estado de necesidad del contratante es valorizado por este en mucho más que el valor de mercado del bien a disponer, o en la fuerza de trabajo que ofrece, y por ello está dispuesto a contratar en tales condiciones.
h) La lesión puede llegar a constituir un obstáculo para que la otra parte decida contratar y, de esa manera, podrían darse casos en que no se pueda acceder ni siquiera a este acuerdo desigual, con lo que no se saldría de dicho estado de necesidad (la sociedad necesita de los aprovechadores).
i) No es posible valorizar los bienes, pues cada persona realiza su propia valorización interna, de acuerdo a sus gustos, necesidades y cultura.

Fundamentos a favor:

a) Es deber ineludible del derecho velar por la protección del débil frente al fuerte o poderoso.
b) El principio de solidaridad debe iluminar todas las relaciones contractuales.
c) La seguridad jurídica es necesaria, pero siempre subordinada al valor justicia.
d) El abuso de la necesidad de la otra parte resta valor al consentimiento contractual.
e) Si la ley va en socorro de los mayores de edad en todos aquellos casos en que cabe aplicar al error, al dolo, al temor inspirado en la violencia,

debe asimismo socorrerlos cuando las mismas consideraciones se aplican para el caso de la lesión. No existe consentimiento en un contrato que presenta lesión enorme[23].

f) Toda lesión practicada conscientemente es un acto de injusticia; la lesión equivale o supone un dolo.

g) La justicia es la meta a seguir, y el abuso del poderoso no debe darse en forma impune ni menos amparada por el sistema.

h) No se debe amparar ni menos aun promover la mala fe.

3. Naturaleza jurídica. ¿Se trata de un vicio del consentimiento?

Para entender esto es necesario analizar primero la situación del lesionado:

a) Conoce el verdadero valor de la prestación a su cargo;

b) no ignora que tiene una necesidad apremiante que debe satisfacer para evitar un perjuicio grave;

c) sabe que esa satisfacción puede obtenerla a través de la ejecución de la contraprestación a cargo del lesionante;

d) es consciente que el lesionante, sabedor de la necesidad apremiante que lo aflige, atribuye intencionalmente a su contraprestación un valor irrisorio, lo que da lugar a que exista una desproporción evidente entre prestación y contraprestación.

Pese a conocer todo esto, el lesionado acepta el valor atribuido por el lesionante, pues con ello podrá satisfacer su necesidad, evitándose un perjuicio que él considera mayor.

Debe partirse de la premisa consistente en que si el lesionado no se encontrara en estado de necesidad no habría accedido a la pretensión del lesionante y que, por lo tanto, su voluntad varía exclusivamente debido a la existencia de esa necesidad.

En este contexto, podemos decir que la lesión no es un supuesto de «error», pues no es una falsa apreciación de la realidad. La víctima de la lesión conoce perfectamente el acto que ejecuta, de tal forma que su declaración coincide perfectamente con el acto que desea realizar. Hay concordancia entre la voluntad real y la declaración, aun cuando la primera se vea influenciada por el estado de necesidad en que el sujeto se encuentra.

[23] Mazeud (1960: 256).

Tampoco es un supuesto de «dolo», por cuanto no hay error provocado por la conducta maliciosa ajena. Hay dolo cuando la víctima de éste no solo se engaña, sino que ha sido engañada por una maniobra encaminada a provocar ese engaño. Aquí se incluye al dolo omisivo.

En cuanto a la «intimidación», si bien hay cierta coincidencia pues en ambas hay conocimiento del acto y conciencia de realizarlo, en la intimidación la voluntad del sujeto está viciada por el temor que le ha provocado la otra persona, mientras que en la lesión la situación que lleva al sujeto a necesitar apremiantemente la contraprestación se debe a circunstancias ajenas al contrato.

Por último, no olvidemos que tanto en el error, como el dolo y la intimidación no hay necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio patrimonial, mientras que en la lesión esto es indispensable.

¿Será entonces un cuarto vicio del consentimiento? Muchos sostienen que sí, incluyendo al doctor Manuel de la Puente[24], quien señala que se parece mucho al caso de la intimidación, pues hay miedo de por medio: la voluntad del sujeto pasivo se ve obligada a orientarse en cierto sentido, no por miedo a la intimidación, sino por miedo a no poder satisfacer su necesidad apremiante que, para él, puede ser más determinante que cualquier otro estímulo. Esta voluntad es torcida por la necesidad y dirigida hacia otro fin. Hay pues, una falta de libertad en el consentimiento. Es como si la situación, las circunstancias del sujeto, lo estuviesen chantajeando, actuando como una suerte de «cómplice» de contraparte.

Sin embargo, se dice que el problema de considerarla como un vicio de la voluntad radicaría en que la lesión sería privativa de los contratos. Nos preguntamos la razón de esto. El derecho es construcción humana, y por tanto perfectible, modificable en función de las necesidades socialmente válidas. No es una ley de la naturaleza, inamovible, que la lesión pertenezca a los contratos. De hecho, en muchos sistemas esto no es ni ha sido así. Esta no constituye razón para conservarla dentro de los contratos. Ni tampoco la consideración que la rescisión sea privativa de los contratos.

Creo que la lesión no constituye un vicio de la voluntad porque si bien es cierto que la necesidad apremiante puede conducirnos a tomar decisiones que de otra forma no tomaríamos, es cierto también que no debemos confundir un elemento externo, una circunstancia exterior como es la situación del individuo, con la voluntad en sí misma. El sujeto no incurre en error, sabe lo que está haciendo, sabe lo que quiere y necesita salir de su situación de necesidad. Ciertamente en este punto coincidimos con la postura del análisis económico en el punto en que valoriza su necesidad en mucho más y está dispuesto a hacer de todo para

[24] De la Puente y Lavalle (2001: 39).

salir de ella. Entonces el problema no se encuentra en su discernimiento ni en la otra parte para tomar esta decisión, sino en un factor externo. No hay voluntad viciada en ese sentido.

Tampoco hay ignorancia; incluso la inexperiencia podría incluirse dentro de la ignorancia, pero no el estado de necesidad. Hasta el más cuerdo, el más experto, el más sano puede desear realizar un acto si considera que vale la pena el sacrificio.

Por ello, considero que el problema se encuentra en el lado del lesionante. No basta el elemento objetivo, ni tampoco el solo elemento subjetivo relacionado con la víctima. Aquí se hace necesario el aprovechamiento de la otra parte, la mala fe de la otra parte, el abuso de su situación de superioridad, el salir ventajoso del infortunio del otro. Es así que de lo que se trata, lo que el derecho busca, es la restitución del desequilibrio entre las partes, acaecida por un comportamiento desleal, por una conducta que la sociedad entera rechaza. La mala fe es contraria al sistema[25]; por ello, la lesión consiste en una conducta indeseable, ilícita. El aprovechamiento debe ser consciente, querido.

4. La lesión en el ordenamiento peruano

1. Antecedentes

La «novísima recopilación» de 1805 extendió la lesión a toda clase de contratos, incluyendo la renta vitalicia. El Código Civil de 1852 le dio igual amplitud.

En cuanto al Código Civil de 1936, en las actas de la comisión revisora se aprecia la polémica que existió entre sus integrantes y en la que de modo particular destacan las opiniones de Oliveira, Olaechea y La Jara y Ureta. Finalmente, a propuesta del ministro de Justicia de aquel entonces, Diómedes Arias Schreiber, se acordó incluir la lesión, pero limitada al vendedor en las ventas de predios rústicos y urbanos, y siempre y cuando hubiera precio vil, esto es, una diferencia de menos del 50% entre el valor real y el precio de venta, lo que se hizo extensivo a la división y partición de la herencia.

Con esta solución se encontró un punto intermedio entre las posiciones radicales que la hacían extensiva a todos los contratos onerosos y conmutativos y —por otro lado— que la negaban, por considerar que no constituía una categoría jurídica específica y se confundía con los vicios del consentimiento.

---

[25] Según nuestro Código Civil de 1984, la buena fe es un principio general del derecho aplicable a todos los contratos: «artículo 168: El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Artículo 1361: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

El proyecto del Código Civil de 1984 la consagró, señalando que «la sola desproporción evidente entre la prestación y la contraprestación al momento de la celebración del contrato no autorizaba su invalidación y esta solo se producía si resultare del abuso consciente por la parte beneficiada con ella como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentra la contraparte o de su inexperiencia».

Son dos los criterios fundamentales para establecer la existencia de lesión en un contrato.

Uno es el objetivo, de inspiración romanista, que exige la presencia de un desequilibrio de las prestaciones, que en doctrina se conoce como «precio vil». Aquí la desproporción puede ser establecida mediante una fórmula matemática —menos del cincuenta por ciento, las dos terceras partes, etcétera— o un concepto genérico, como «exorbitante», «chocante», «anormal», «evidente», «enorme», etcétera, y su probanza constituye una cuestión de hecho[26].

El otro es el subjetivo. La rescisión solo opera cuando la desproporción resulta del abuso consciente del estado de necesidad o de la inexperiencia del lesionado.

Como el proyecto no contenía fórmula matemática, se convocó a la comisión revisora para que la revise en este extremo. El artículo correspondiente quedó redactado de la siguiente manera:

> Artículo 1447: La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

2. Reseña de los argumentos del debate sobre la incorporación de la lesión en el Código Civil de 1984

a) «Es una figura innecesaria, dado que se confunde con el error —vicio del consentimiento—» (Manuel Augusto Olaechea).

[26] No obstante, la determinación del precio justo con el que se debe contrastar el precio efectivamente recibido a fin de determinar la desproporción, es complicada. «[…] resulta difícil determinar cuál es el precio justo de una cosa ¿su costo de producción?, ¿o puede permitirse incrementar este precio en una suma más o menos módica, que conceda alguna ganancia?, ¿y cuando se traslada la cosa de un lugar a otro, aunque ella permanezca inalterada en sí misma, se le ha incorporado algún valor que justifique modificar su precio? Muchas de las críticas dirigidas a la lesión se han fundado en la imposibilidad de establecer el justo precio como base para la determinación matemática de la desigualdad objetiva en el valor de las prestaciones» (Luis Moisset de Espanés).

Las corrientes doctrinarias entonces en boga afirman que la lesión no es un vicio del consentimiento, por tanto, no se confunde con el error. Es una institución autónoma. No se requiere que exista equivocación en el contratante para que pueda invocarse esta causal rescisoria. Tampoco hay en ella dolo, intimidación o violencia. No es lo mismo un contrato viciado que un contrato lesivo. Quien sabe que está contratando de un modo tal que existe desequilibrio entre las prestaciones, no actúa por error y lo hace libremente, aunque generalmente bajo el apremio de una necesidad imperiosa.

Además, ordinariamente cabe determinar los valores, por complejos que sean sus elementos y, en todo caso, se trata de un problema de probanza, esto es, cuestiones de hecho que no tienen porqué justificar el desconocimiento de la lesión.

b) El respeto por la palabra empeñada es condición indispensable para el orden y la paz social y cualquier medida que en alguna forma lo trastoque es una invitación a la anarquía y al caos. La seguridad jurídica es algo tan trascendente que toda institución que la pueda desestabilizar debe ser descartada.

La concepción de la autonomía de la voluntad absoluta está ya trasnochada. Ha evolucionado, y sin dejar de existir, hay factores que le han restado su primitivo e inflexible rigor. Ya no es válido decir que cada uno es dueño de su propia ruina.

Frente a la igualdad ante la ley se contraponen desigualdades evidentes, que tienen su motivación en factores económicos, sociales, culturales y de diverso orden. Hay un contraste entre el contratante débil y el poderoso y sus distintos poderes o facultades de negociación, por lo que razones de solidaridad social rechazan colocar a un contratante en estado de miseria, para beneficio de la contraparte.

La palabra o la firma son respetables en la medida en que no se conviertan en instrumentos de injusticia y la ley debe contemplar aquellos mecanismos destinados a evitarlo, pero buscando la armonía con la estabilidad de las transacciones y señalando, en consecuencia, cuáles son las condiciones y límites de esos mecanismos.

c) En todo contrato existe un cierto margen especulativo y es raro encontrar el justo equilibrio entre las prestaciones.

Es cierto, pero no invalida la lesión, por cuanto esta se presenta solo cuando el desequilibrio es injusto y lesivo a la razón. No se busca igualdad sino proporcionalidad (noción de «precio vil»).

3. Características de la lesión en el Código Civil peruano

La lesión se extiende a todos los contratos típicos como atípicos, siempre que sean a título oneroso y tengan carácter conmutativo, con la salvedad hecha a este respecto en el segundo párrafo del artículo 1447[27].

Esta extensión se basa en el principio de equidad, fundamento aplicable a toda clase de contratos —típicos, atípicos, nominados e innominados— onerosos y conmutativos.

Se entiende que contrato oneroso es una especie de contrato con prestaciones recíprocas, que supone un intercambio entre las partes contratantes[28].

El contrato conmutativo es aquel en el que se conoce desde su inicio cuál es la entidad de sus ventajas y sacrificios. El vendedor parte de un hecho cierto, como es el saber el valor del bien que se obliga a transferir y el monto que recibirá como contrapartida, mientras que el comprador conoce a su turno qué clase de bien está enriqueciendo su patrimonio y cuánto pagará por ello.

Los contratos aleatorios son por el contrario aquellos en que las ventajas y sacrificios que las partes anticipan están subordinados a un hecho incierto, lo que descarta la introducción del elemento de proporcionalidad de las prestaciones. Empero, el segundo párrafo del artículo 1447 consagra una excepción relativa a los contratos aleatorios en que la desproporción existe por causas extrañas al riesgo propio de ellos. Esta excepción, que confirma la regla, se da, por ejemplo, en un contrato de renta vitalicia onerosa cuya duración se mide por la vida de una persona joven y saludable, se estima que si cada tres meses la renta se reajusta en una suma exorbitante y que supera muchas veces el incremento del costo de vida, existe desde sus orígenes una desproporción que es ajena al alea o riesgo propio de la renta vitalicia.

Elementos objetivos y subjetivos

La posibilidad de rescindir el contrato por lesión solo se da cuando concurren los siguientes elementos: uno de tipo objetivo y dos de tipo subjetivo[29]. De lo contrario,

---

[27] «Artículo 1447: La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. *Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos*» (énfasis nuestro).

[28] Para el sistema argentino, la lesión es un vicio de los actos jurídicos, pues no solo afecta a los contratos, sino también a los actos jurídicos unilaterales con efectos onerosos (por ejemplo, la promesa de recompensa).

[29] El BGB consagró la concepción objetivo-subjetiva de la lesión, estableciendo en su artículo 138 lo siguiente: «Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo. Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la

como puede suponerse, la figura podría utilizarse sin limitaciones, causando el quebranto de la seguridad jurídica.

1. Elemento objetivo

El primero de los mencionados elementos es la desproporción (objetivo); los otros dos (subjetivos), son: «en el victimario aprovechamiento, en la víctima inferioridad»[30].

El Código Civil establece como elemento objetivo la desproporción coetánea al contrato, mayor de las dos quintas partes (40%). La mera existencia de perjuicio carece de antijuridicidad. Únicamente si pudiese establecerse que el perjuicio que proviene de dicho contrato es injusto, surgirá el derecho de acudir a los tribunales a buscar su reparación. Asimismo, el presupuesto para calificar la injusticia del perjuicio es que este provenga de una desproporción entre las prestaciones a cargo de las partes «existente al momento de celebrarse el contrato».

Por ello, este elemento objetivo es indispensable para la existencia de la lesión en su sentido jurídico. No en vano en los inicios de la lesión el elemento que la sostenía era únicamente el objetivo (desproporción).

Esta puede ser una razón para considerar que la lesión enorme es la evidencia de una debilidad psíquica del lesionado y del abuso de esa necesidad por parte del lesionante.

2. Elementos subjetivos

— *Primer elemento subjetivo: Estado de necesidad apremiante de una de las partes.*

El estado de necesidad apremiante es una condición que, dígase lo que se diga, queda, en definitiva, al criterio del juzgador, quien deberá evaluar si las posibilidades de elegir del lesionado fueron gravemente reducidas por la situación en que este se encontraba, como sucedería, para poner un ejemplo, cuando una persona debe someterse a una intervención quirúrgica de urgencia y carece de fondos para solventarla, salvo los que puede generar mediante un contrato lesivo.

Este ejemplo es solo ilustrativo y en modo alguno limitativo, pues lo que prevalece es que haya un hecho que reduzca la libertad del contratante, sin que necesariamente tenga por qué encontrarse este último en dificultades económicas, dado que su estado de necesidad podrá tener otras motivaciones.

---

inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación».

[30] Moiset de Espanés (2008: 13).

Los códigos civiles que siguen la concepción objetivo-subjetiva de la lesión exigen la necesidad del lesionado, o su inexperiencia, su ligereza, su penuria.

Estado de necesidad

Estado que induce a una persona a concertar un negocio en franca desventaja para su patrimonio con el objeto de evitar un mal mayor. Este estado de necesidad puede ser material o moral, según la índole de la urgencia que impulsara al contrato.

El estado de necesidad —que algunos sostienen es distinto conceptualmente a la necesidad, aunque en realidad en el lenguaje de los códigos civiles se utilizan indistintamente, con el mismo significado— históricamente abarcaba tanto a quien lo sufre como a quien lo hace sufrir —esto por el derecho penal, luego abarcado a la responsabilidad extracontractual—, pero a efectos del campo estrictamente de los actos y negocios jurídicos, se reduce a quien celebra un contrato en condiciones desfavorables para evitarse un perjuicio mayor.

El problema radica no solo en definir al estado de necesidad, sino graduarlo. Nuestro código emplea el término «necesidad apremiante». Esto indica que no pretende que la necesidad constituya un cajón de sastre en el que puedan encajar razones irrisorias. Recordemos que, bajo el principio de conservación del contrato o *favor contractus*, el sistema procura conservar los negocios jurídicos, preservarlos. Una excepción es la lesión, por lo que habrá de tener gran cuidado en no abusar de ella. Ciertamente, todos nos encontramos de una forma u otra en un estado de necesidad a la hora de celebrar un negocio jurídico. Todos, por otra parte, buscamos maximizar nuestros beneficios, y esto solo puede darse a costa de la contraparte. Tanto nosotros como nuestra contraparte procuramos siempre obtener lo más posible a cambio de lo menos posible, es la ley del mercado, es la ley de la vida. La medida de ello radicará en la necesidad o premura que tenga la parte que ceda.

Por eso la necesidad, calificada como «apremiante», debe ser una urgencia extraordinaria, una premura psicológica tan estrecha, que disminuye angustiosamente el número de los elegibles hasta reducir la elección a una simple alternativa. La voluntad aun puede elegir, pero su elección es tan mísera, tan necesitada, que no puede menos que constituir un problema la determinación del valor que debe atribuírsele[31].

Si bien nuestro Código Civil solo indica al estado de necesidad como factor, es importante también reseñar otros factores subjetivos que otros ordenamientos incluyen en su normatividad:

[31] La Orden (1933: 17).

Ligereza

Hacen mención a la ligereza: el Código argentino, el Código alemán, el Código chino, los códigos de obligaciones suizo, libanés, boliviano, paraguayo y el proyecto belga.

Este término adolece de imprecisión, siendo que algunos consideran que se trata de situaciones patológicas o psicopatológicas que sufre el insano, a tal punto que no le sea posible evaluar debidamente el alcance de sus actos. Así, en general se le relaciona con debilidad psicológica; también se considera que hay irreflexión. Pero debe quedar en claro que esto no se puede confundir con conducta negligente o imprudente de la víctima.

En lo personal, creo que este concepto debería descartarse, por cuanto en su concepción más aguda se encuentra dentro de la incapacidad como causal de invalidez del acto jurídico, y en su acepción más tenue, puede encontrarse dentro del error y hasta encajar en los supuestos de la culpa propia, por negligencia.

Inexperiencia

Hay quienes dicen que no debe confundirse con el error o con la ignorancia ni con dolo del contratante ni de un tercero. Puede haber aprovechamiento de la inexperiencia de una parte por otra sin que ello signifique que esta haya actuado con dolo ni aquella por error. No hay artificios, astucia o maquinación engañosos, ni de error o ignorancia, pues la víctima ha contratado voluntariamente; ha querido el acto y sus consecuencias.

Otros dicen que en casos de suma ignorancia y notoria inexperiencia no habría inconveniente en aplicar las reglas relativas al error por cuanto mantiene una actitud errónea, de falso concepto de la realidad quien admite algo que le es perjudicial.

Penuria

En realidad este término se asemeja tanto al de necesidad, que normalmente cuando se emplea uno se descarta el otro.

— *Segundo elemento subjetivo: el aprovechamiento del estado de necesidad por el otro contratante*

La contraparte tiene que haber conocido el estado de necesidad y además haberse aprovechado de éste, lo que indica la existencia de mala fe por esta parte contractual.

¿Qué significa aprovecharse? ¿Solo conocer el estado de necesidad de la otra parte, o incluye un acto de voluntad, por ejemplo, la voluntad de celebrar el contrato únicamente en condiciones muy abusivas?

Aquí existen diferencias que son significativas en cuanto a la existencia de la mala fe, pero ciertamente muy difíciles —o casi imposibles— de probar en

un juicio. Nuestra norma no efectúa la distinción, pero en lo personal considero que debería efectuarse una distinción, dado que el supuesto de la mala fe en el lesionante ha de ser elevado, es decir, debe ir más allá del simple conocimiento pasivo: recordemos que aquí no interviene error, ni dolo, sino autonomía de la voluntad, pues el lesionado quiere el acto, conoce el acto y sus consecuencias y efectos, y los desea.

Si se va a interferir en la autonomía de la voluntad sin vicios, entonces el supuesto de la mala fe debe ameritarlo. Buscar la justicia, o mejor dicho, batallar contra la injusticia no es sinónimo de ser paternalista o de incurrir en mecanismos ineficientes que solo desincentiven la contratación. No se trata, pues, de creer que a través de las normas las personas dejen de buscar la maximización de sus beneficios, pues ello sería tan ilusorio como irreal y llevaría a un divorcio de la norma con la realidad. Lo que se persigue es no permitir ni promover —más aun en sociedades como la nuestra, la peruana— el abuso grave e injusto.

Como señalaba el profesor Manuel de la Puente: «yo no estoy obligado a velar por los intereses de la víctima del estado de necesidad, de tal manera que si ella está dispuesta, por la sola existencia de dicho estado, a proponerme celebrar un contrato en condiciones desventajosas para ella, la aceptación de tal propuesta, si bien me beneficia excesivamente, no constituye un aprovechamiento».

Entonces el supuesto de aprovechamiento debe corresponder a una conducta del lesionante en el sentido de ofrecer —como oferta o contraoferta—, dentro del ámbito de las tratativas o negociaciones la relación contractual manifiestamente desproporcionada, conociendo el estado de necesidad de la otra parte, a fin de que esta se someta, obligada por sus circunstancias.

3. Presunción del aprovechamiento de la necesidad apremiante

«Artículo 1448. En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado».

Quien afirma un hecho debe probarlo, esa es la regla general de tipo procesal, lo cual significaría que el lesionado debería probar el aprovechamiento del lesionante. Empero, como esta probanza es sumamente difícil, casi una «prueba diabólica», el código establece una presunción *juris tantum*, por la que el demandante solo tendrá que demostrar la desproporción establecida, y el demandado deberá probar que no ha existido aprovechamiento de la necesidad apremiante del otro. Así, por ejemplo, podría demostrar que hubo de parte del lesionado un ánimo de liberalidad.

Esto se conoce como lesión enorme y, desde luego, existen posiciones críticas respecto de esta solución del código[32].

4. Apreciación de la desproporción

«Artículo 1449. La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato». Esta norma concuerda con el artículo 1370, que regula la rescisión en general, estableciendo que por la rescisión se deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

El desequilibrio de las prestaciones debe existir al momento en que se celebra el contrato, que es el distingo con la excesiva onerosidad de la prestación[33]. Sin embargo, tanto en la legislación comparada como en la doctrina se advierte la existencia de una regla según la cual esta desproporción debe perdurar hasta el momento de interponerse la demanda y así también fue concebido en el proyecto.

5. Consignación de la diferencia de valor y reajuste del mismo

El artículo 1450 de nuestro código establece que el proceso fenece si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor.

Aquí se ve cómo predomina la regla de la conservación del contrato, la preservación contractual, pues consignando la diferencia de valor queda suprimida la lesión. Lo que el lesionante paga es el valor suficiente para hacer cesar la desproporción, lo que no siempre coincide con lo solicitado en la demanda —en ella se pide la rescisión del contrato, esto es, se solicita la ineficacia del mismo y la restitución de las prestaciones—.

Si el demandado aceptase que hay diferencia de valor, pero discrepa con la cuantía de la desproporción, puede reconvenir. El artículo 1451 establece a este respecto que «la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido,

---

[32] «Sea cual fuere la carga probatoria escogida para regular la lesión, es interesante destacar que nuestro código recoge un criterio mixto —es decir, cuando la desproporción es mayor a las dos quintas partes (40%), el lesionado adicionalmente tendrá que probar el aprovechamiento de su necesidad apremiante. Cuando la desproporción es mayor a dos terceras partes (66%) se presume *juris tantum* que ha existido lesión—, discutiblemente lo peor de dos mundos». Patrón Salinas (2001: 143).

[33] «Artículo 1440: 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».

más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato»[34].

Ahora bien, si la acción rescisoria fuese inútil para el lesionado, por ejemplo, si se perdió el bien total o parcialmente o si se enajenó a un tercero de buena fe, el lesionado puede preferir que mejor se le entregue el monto de reajuste, es decir, la diferencia entre el valor del bien al celebrarse el contrato y el precio. Esta solución se encuentra regulada en el artículo 1452.

La ley protege al lesionado dándole la posibilidad de optar por la acción de reajuste, que es la única que podría evitar el desmedro que le originó el contrato celebrado con lesión.

La inutilidad debe haberse producido antes de la interposición de una demanda por parte del lesionado. Asimismo, la demanda no puede ser otra que la del reajuste de valor.

¿Qué ocurriría si el bien se pierde durante el proceso? Como señala De la Puente, el legislador no ha previsto expresamente este problema, y procesalmente no cabría transformar una acción en otra, pero podría desistirse de la acción de rescisión y formular una nueva de reajuste.

Considero, al respecto, que el demandante debería formular ambas pretensiones en la demanda, ya sea de modo alternativo o subsidiario, según sus intereses y las circunstancias. También considero que podría ser posible hacer un alto en este proceso y en la etapa de saneamiento replantearlo de acuerdo a la situación real; no en vano se dice con tanto ahínco que la etapa de saneamiento es la última opción de «pasteurizar» un proceso, y con esto no se debería considerar solo la posibilidad de acabar con él, sino precisamente de reconducirlo, antes de fijar puntos controvertidos, admitir medios probatorios y alegatos.

6. Nulidad de la renuncia

El artículo 1453 establece que la renuncia a la acción por lesión es nula. Esta norma protege al lesionado contra las condiciones abusivas de la contratación,

[34] Sobre el particular, el Código Civil argentino establece en su artículo 954 lo siguiente: «Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda».

contra las cláusulas de estilo impuestas por el contratante fuerte y conforme a las cuales la contraparte estaría despojándose de un recurso de defensa tan valioso como la lesión. En caso contrario, se la marginaría en múltiples casos, siendo esto inaceptable como la renuncia a cualquier derecho importante de las personas.

En cambio, es perfectamente válido que el lesionado renuncie a demandar la rescisión por lesión con posterioridad a la celebración del contrato, pues en este momento ya no está bajo la presión de ninguna circunstancia apremiante ni factor de desigualdad —a menos que pretenda celebrar otro contrato con la misma contraparte y ésta le imponga como condición dicha renuncia, pues aquí esta última renuncia vendría a ser ya un vicio del consentimiento—.

Si el contrato es de ejecución continuada o diferida, esto no se aplicaría, pues la desigualdad o la presión podrían subsistir, y quien decidirá si la renuncia es o no válida será el juez.

7. Caducidad

Sobre la «caducidad de la acción» rescisoria por lesión hay varios puntos que mencionar.

¿Caducidad de la acción?

El artículo 1454 del Código Civil establece lo siguiente: «La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato».

Nuestra legislación civil sustantiva establece que la caducidad extingue el «derecho y la acción» (artículo 2003 del Código Civil), y sus plazos son fijados por la ley, sin admitir pacto contrario; asimismo, no admite interrupción ni suspensión, salvo que no sea posible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. En cambio, de acuerdo al artículo 1989 del mismo cuerpo legal, la prescripción extintiva extingue la acción, pero no el derecho mismo. Por ello, si opera la caducidad, esta debe ser declarada de oficio, al momento de calificación de la demanda, por el juez, deviniendo en improcedente la demanda liminarmente —también puede hacerlo en la etapa del saneamiento o en la misma sentencia—, lo que no ocurre con la prescripción, la que solo podrá ser deducida por la parte demandada en vía de excepción. Es así que, por ejemplo, si el deudor pagase una deuda prescrita, al mantener el acreedor el derecho material, no cabría que luego el primero le pida la devolución de lo pagado, vía repetición, en tanto que si se hubiese producido la caducidad, sí se habría configurado un pago indebido, pudiendo exigir la restitución de lo entregado.

Por ello, como se aprecia, la terminología empleada por el código en el artículo 1454 no es la más afortunada, pues al referirse a la «caducidad de la

acción», vendría a ser una suerte de prescripción de la lesión, pero de manera imperativa. Ello debido a que la lesión en sí misma no es un derecho, sino una situación configurada en base a determinadas circunstancias que la ley califica jurídicamente de lesión, por lo que decir que la lesión (como derecho) caduca resulta ficticio; en tanto que la posibilidad de solicitar la rescisión judicial de un contrato que resulte lesionante sí puede tener un término, siendo que el código quiso que fuese uno imperativo, que no deje opción, por lo que le señaló un plazo de caducidad.

Ahora bien, a efecto de emplear los términos con mayor propiedad, es conveniente precisar que la acción es un derecho subjetivo[35], público[36], abstracto[37]autónomo[38]constitucional[39]que goza todo sujeto de derecho —en cuanto es expresión esencial de este—, que lo faculta a peticionar al Estado tutela judicial efectiva, sin importar el contenido de su pretensión procesal[40]. «Es el simple

---

[35] Porque es inherente a todo sujeto de derecho con independencia de si está en condiciones de ejercitarlo.

[36] Porque el encargado de satisfacerlo es el Estado, esto es, el Estado es el receptor y el obligado a prestar la tutela jurídica; la acción se dirige contra él. Precisamente es por la participación del Estado en la relación jurídica procesal que la misma tiene naturaleza pública.

[37] Porque no requiere de un derecho material substancial que lo sustente o impulse, es un derecho continente sin contenido, con prescindencia de la existencia del derecho material; es solo el derecho de acudir al órgano jurisdiccional y pedir tutela judicial efectiva.

[38] Porque es diferente del derecho sustantivo: tiene presupuestos, requisitos, teorías, naturaleza jurídica, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras de su ejercicio y principios propios que justifican la autonomía del proceso.

[39] Porque es un derecho fundamental, pues a nadie se le puede impedir el acceso a la justicia en procura de la anhelada tutela jurisdiccional efectiva; así, se afirma que el derecho de acción se encuentra implícito en el artículo 3 de la Constitución Política, que señala: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

[40] Para Jorge Carrión Lugo, por el derecho de acción «todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y en forma directa o a través de un representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución de un conflicto de intereses o solicitando la dilucidación de una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.[…] La corriente moderna concibe la acción como un derecho abstracto a la tutela jurídica por el Estado. Por ello concordamos con los autores que afirman la independencia de la acción como instituto procesal del derecho material, de cuya diferenciación deriva la autonomía misma del derecho procesal como disciplina jurídica. […] El mecanismo procesal para accionar es mediante la interposición de la demanda. La acción, como ente abstracto, en cada caso, tiene una existencia efímera. Admitida a trámite la demanda, lo que implica que el órgano jurisdiccional entra en plena actividad, desaparece la acción al haber cumplido con su finalidad. La acción procesal, en suma, es el medio para hacer que los órganos jurisdiccionales entren en funcionamiento. Es el percutor de la función jurisdiccional». Carrión Lugo (2001: 66-68).

derecho de tocar las puertas del Poder Judicial y obtener algún tipo de pronunciamiento fundado en derecho»[41]. En tanto que la pretensión en sentido genérico es el acto jurídico consistente en exigir algo —con relevancia jurídica— a otro; si esta petición se verifica antes de manera extrajudicial se denomina pretensión material, en tanto que si se exige a través del órgano jurisdiccional estamos ante la pretensión procesal.

Por ello, la acción es un derecho abstracto, no tiene un contenido propio y vale por sí misma, es un derecho inherente a todos los sujetos de derecho, su goce no se encuentra limitado por ley y tiene rango constitucional; con la acción se solicita al Estado tutela jurídica.

En cambio, la pretensión es «[…] una manifestación de voluntad a través de la cual alguien reclama algo ante el órgano jurisdiccional y contra otro […]»[42]; así, contiene un pedido concreto, una conducta al demandado y tiene como sustento un derecho material por el que se exige algo al demandado. Se trata de un derecho concreto, individualizado, regulado y amparado por el derecho objetivo.

Es por estas consideraciones que no puede ni caducar ni prescribir la acción, sino la pretensión procesal; en este caso, la pretensión rescisoria por lesión[43].

Así, si la opción del legislador no apunta a la prescripción en razón del carácter de remedio excepcional y limitado de la figura en comento, optando por dicha causa por la caducidad, entonces correspondería que la norma —artículo 1454— fuese redactada en los siguientes términos, a fin de evitar confusiones: «Los derechos que la ley confiere al lesionado caducan a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato», (con ello se abarca tanto al derecho sustantivo como a la pretensión procesal —que a su vez se basa en el mismo derecho sustantivo—, distinguiéndosela de la prescripción).

Plazo

Respecto al plazo, éste está establecido en seis meses de cumplida la prestación que corresponde al lesionante. Pero como podría suceder que la prestación a cargo del lesionante se dilatase en el tiempo, el artículo establece que la acción caducará, en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato.

---

41 Simons Pino (2004: 309).

42 Peyrano (s/f: D-61).

43 «La caducidad, como la prescripción extintiva, constituye un medio de extinción de la pretensión procesal, no obstante que el Código Civil prevé que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. No puede extinguir la acción en rigor por cuanto esta puede ejercitarse aun cuando la pretensión procesal haya caducado por no haberse planteado dentro del plazo señalado por ley. Lo que ocurre es que el Código Civil no guarda concordancia con la concepción que recoge el Código Procesal Civil respecto a la acción procesal». Carrión Lugo (2001: 489).

Así, la norma vigente establece un plazo de caducidad de seis meses contados a partir de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero con un tope de dos años desde la celebración del contrato, lo que significa que en caso de incumplimiento del lesionante el plazo es de dos años.

Ahora bien, este plazo de dos años es también un techo límite, pues por ejemplo, si el contrato se celebró en enero del año 2006 y el lesionante incumple en todo o parte con su prestación, la caducidad operaría indefectiblemente en enero de 2008, lo cual queda claro. Empero, si en el mismo supuesto el lesionante cumpliese con la totalidad de su prestación en diciembre de 2007, ¿acaso eso significaría que el lesionado tiene un plazo para interponer su demanda de seis meses contados desde ese momento (es decir, caducaría en junio de 2008), o vence de todas formas en enero de 2008?

Si bien el sentido común y la comprensión de la *ratio legis* de la norma llevan a concluir que en modo alguno el cumplimiento del lesionante prorrogaría el plazo de caducidad (por lo que en nuestro ejemplo caducaría en enero de 2008, haya o no cumplido el lesionante), hemos de admitir que la redacción del numeral en realidad no resulta prístina, lo que ha conducido a no pocas confusiones, como luego veremos.

La expresión «en todo caso» de la norma, que es la que aporta la ambigüedad, significa lo siguiente: los dos años, por seguridad jurídica, son el tope máximo de margen de tiempo que el legislador ha concedido para interponer esta demanda de rescisión por lesión, plazo que se reduce en caso de cumplimiento total —en beneficio del lesionante—, también por causa de seguridad jurídica[44].

A mi modo de ver, resultaría por demás contraproducente e insensato que si el lesionante cumpliera la totalidad de su prestación (al año y once meses, siguiendo el ejemplo propuesto), tal cumplimiento le resultase desfavorable, siendo mejor para él no cumplir y de esa manera el beneficio de la caducidad ocurriría un mes después.

Empero, por la defectuosa redacción del artículo 1454 del Código Civil, lo relativo al plazo de caducidad concita, hasta ahora, dificultades conceptuales en algunos magistrados, las mismas que se traducen en decisiones contradictorias,

[44] Para el recordado maestro Manuel de la Puente, este plazo de dos años no tiene razón de ser, «puesto que la celebración del contrato, si bien determina la existencia de la lesión, no tiene significado alguno en cuanto al momento en que el lesionado se siente en libertad para iniciar la acción rescisoria». (De la Puente y Lavalle, 2001: 106). Con el mayor respeto, discrepo de esta posición, precisamente por el carácter extraordinario, excepcional y limitado de la rescisión por lesión. Sin embargo, admito que resulta interesante la acotación que se cita de Romero Zavala (1985: 87), para los casos en que la ejecución del contrato se pacte en un plazo mayor a dos años; es en particular en estos supuestos que se impone la necesidad de que el lesionado pueda optar por interponer una demanda de 'reajuste' en lugar de una de rescisión. Corremos traslado nuevamente al legislador.

como las que se reseñarán a continuación, ocurridas en un proceso de rescisión de contrato iniciado el año 2002 por don Fidel Alejandro Cano contra don Henry Vásquez Velásquez, en el que las resoluciones del juez especializado, de la sala superior y de la sala suprema (en casación), con voto discordante, fueron —en las partes pertinentes— las siguientes:

> Juez del primer juzgado mixto de San Juan de Lurigancho
>
> Resolución cinco de tres de marzo de 2003:
>
> Quinto: respecto a la excepción de caducidad, el artículo 1454 del Código sustantivo fija dos plazos, siendo el mayor el de dos años a partir de la celebrado (sic) el contrato; Sexto: Que, siendo irrenunciable la acción por lesión ello da idea de lo trascendente de dicha acción y, como tal resulta conveniente para los efectos de la búsqueda de la Justicia seguir adelante el proceso; Sétimo: Que, habiendo concluido el proceso de firmas del contrato de compra-venta objeto del proceso en fecha treinta y uno de octubre del año dos mil y, al haberse notificado la demanda en fecha veinticinco de octubre del año dos mil dos como así consta del cargo de fojas cuarenta y cuatro resulta que, la acción encuentra dentro del citado plazo legal, lo cual conlleva a que la excepción de caducidad debe ser denegada; […]».
>
> Resolución de la tercera sala civil de Lima
>
> Resolución siete de quince de diciembre de 2003
>
> Segundo: El auto apelado en cuanto declara infundada la excepción de caducidad debe revocarse y declararse fundada (sic) dicho medio de defensa, en base a lo siguiente:
>
> El 1454 del Código Civil establece un solo plazo de caducidad, esto es, de seis meses, computado desde la fecha de cumplida la prestación a cargo del lesionante.
>
> En el presente caso, las prestaciones de las partes se han cumplido en el mismo acto de celebración del contrato de compraventa materia de la lesión, esto es, el treinta octubre del año dos mil, por lo que a la fecha de presentación de la demanda, veintinueve de octubre del dos mil uno, ha vencido en exceso el plazo de caducidad prevista (sic) en la norma legal glosada (seis meses). […].
>
> Resolución de la sala civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
>
> CAS N° 1253-2004 LIMA
>
> Lima, nueve de agosto del dos mil cinco
>
> Primero: Que, el artículo 1454 del Código Civil, impugnado por el accionante, señala que «la acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato».
>
> Segundo: Que, en el caso de autos, aparece del contrato de compraventa obrante a fojas dos del cuaderno principal que se tiene a la vista, que las partes celebraron el mismo con fecha treinta de octubre del dos mil dos.

Tercero: Que, siendo esto así, a la fecha de notificación al demandado con la demandada (sic) de fojas cuarenta y tres del veintiuno de diciembre del dos mil uno, no había transcurrido el plazo de caducidad a que se refiere la segunda parte del citado artículo 1454 del Código sustantivo.

Cuarto: Que, al respecto, cabe señalar que la acción rescisoria por lesión puede ser interpuesta por cualquiera de las partes contratantes siempre que concurran los elementos que la configuran y dentro de un plazo de seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante o en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, la lesión como causal rescisoria es aplicable a todos los contratos conmutativos y a cualquiera de las partes contratantes, bastando para la admisión de la demanda que se alegue la desproporción evidente entre las prestaciones de las partes.

[…] FUNDADO el recurso de casación interpuesto por don Fidel Melitón Alejandro Cano; en consecuencia, CASARON la resolución de vista de fojas […] en el extremo que declara fundada la excepción de caducidad; y actuando en sede de instancia, CONFIRMARON la resolución de primera instancia de fojas […] en el extremo que declara infundada la excepción de caducidad […].

Voto en discordia del vocal supremo Manuel Sánchez-Palacios Paiva

Primero: Que, lesión es el perjuicio económico producido a una de las partes, en los contratos onerosos y conmutativos, cuando existe desigualdad entre las prestaciones de los mismos, en una desproporción mayor de las dos quintas partes, y como señala el artículo 1447 del Código Civil, siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Segundo: La acción para demandar la rescisión del contrato celebrado es de naturaleza personal y está sujeta al plazo de caducidad señalado en el artículo 1454 del Código Civil, esto es, seis meses a contar desde el cumplimiento de la prestación a cargo del lesionante, en este caso el pago del precio, y en todo caso a los dos años de la celebración del contrato.

Tercero: El instituto de la «lesión» es una limitación a la libertad contractual de las personas, o sea una excepción a la regla general del artículo 1351 del Código Civil, lo que no puede ser indefinido, de ahí el plazo de caducidad establecido para ejercer la acción, limitando en el tiempo también esa posibilidad, y preservar así la seguridad jurídica, pues vencido el plazo correspondiente, se entiende que las partes celebraron un contrato en perfecto conocimiento de sus alcances y consecuencias.

Cuarto: Que el plazo de caducidad tiene dos posibilidades en cuanto al inicio del término, en el primer caso se cuenta a partir de la fecha en que el lesionante cumple su prestación, en cuyo caso el término de caducidad de la acción vence a los seis meses; y en el segundo caso, en el supuesto de que no se cumpla tal prestación, el plazo se ha establecido en dos años a partir de la fecha del contrato.

Quinto: En el presente caso se advierte que el lesionante pagó el precio el treinta y uno de octubre del dos mil dos, como resulta del testimonio notarial de la

> escritura pública de fojas diecinueve vuelta, por lo que a la fecha de la interposición de la demanda se había producido la caducidad de la acción, no siendo el caso de aplicar el segundo plazo establecido.
>
> Por tales consideraciones MI VOTO es porque se declare INFUNDADO el recurso de casación […].

Comparto únicamente la fundamentación y línea de pensamiento del vocal supremo Sánchez-Palacios, plasmada en su voto discordante. Lástima que fuera el único —de los tres órganos que sucesivamente fueron decidiendo este asunto— cuyo voto no formaba decisión.

A efecto de mayor precisión del sentido de la norma, considero que esta podría ser redactada en los siguientes términos: «Los derechos que la ley confiere al lesionado caducan a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante; en caso no se haya cumplido la prestación —por incumplimiento total o parcial— caducan a los dos años de la celebración del contrato. Este último término se considera como tope máximo, por lo que será de aplicación también en caso el lesionante haya cumplido por completo con su prestación dentro de los seis meses anteriores al vencimiento del plazo de dos años».

5. Comentarios finales

Lo esbozado hasta aquí son únicamente algunas ideas y breves reflexiones acerca de esta institución y la forma como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

Ciertamente, queda muchísimo más por decir y repensar, a la luz de los argumentos de las distintas posiciones que la cuestionen, la rechacen, la admitan con reservas, o la idealicen, colocándola como un ícono de lo que el derecho debe ser.

También es necesario replantear las dificultades técnicas que presenta el análisis de la configuración de la lesión en el caso concreto (qué se entiende por «valor» del bien para determinar la existencia o no del elemento objetivo), lo que importa evaluar si el adoptar una postura subjetivista del «valor» resulta eficiente y si una posición de corte objetivista resulta realista, o si las deficiencias de cada una revelan la necesidad de enfocar este aspecto de otra manera.

Asimismo, habría de evaluarse el impacto de la institución de la lesión civil en la sociedad, a fin de verificar su importancia —si resulta tan amenazante, para quienes están en contra de su inclusión en el ordenamiento—, dada la diminuta incidencia de demandas de rescisión por lesión ante el Poder Judicial, a pesar de que la figura existe en nuestro sistema jurídico desde hace más de ciento cincuenta años. Sobre este punto, es preciso efectuar una salvedad: el que se demande

muy poco la rescisión por lesión no significa que en nuestra sociedad no ocurra el supuesto tipificado; se da, y con frecuencia. La escasez de demandas con el referido petitorio obedece a diversas razones que este trabajo no ha pretendido abordar, como el desconocimiento de la figura, la dificultad o imposibilidad de probanza, el que la caducidad se presente antes de estar el lesionado en condiciones de afrontar la obligación de restituir su parte —por efecto de la rescisión— por no haber salido aún de su estado de necesidad, etcétera[45].

Como dice Fernando de Trazegnies, la «vida social está constituida por una dialéctica de la libertad y la organización, de los intereses individuales y los bienes comunes, de los deseos y las normas, del poder y del derecho; todo lo cual puede quizá resumirse en la interacción del poder desordenador de la libertad y del poder ordenador del derecho»[46]. En ese contexto, el derecho tiene «una capacidad coercitiva que lo convierte en un útil instrumento de ordenación: gracias a sus poderes represivos, adecua las conductas sociales a los modelos de sociedad prevalecientes»[47].

Por su parte, siguiendo las reflexiones del profesor de Trazegnies, los códigos son zócalos o cimientos extensos en el tiempo sobre los cuales se pueden construir diversos tipos de edificios, adaptados a las necesidades del momento; ciertamente, el derecho cambia con la historia, pero las grandes leyes no cambian a igual velocidad que cambia la práctica jurídica[48]. Es así que una interpretación puede ser muy válida en un espacio y tiempo determinado, pero posteriormente, en otro espacio y tiempo, esa misma norma puede admitir una interpretación por completo distinta mas igualmente válida[49].

Por medio de estas líneas solo he pretendido colocar nuevamente en el tapete esta figura jurídica como pretexto para retomar la línea de discusión —tan importante— que confronta las diversas posiciones y que tanto enriquece el

---

[45] En este punto es pertinente recordar la existencia de simulaciones: así como en las donaciones —particularmente las de inmuebles— es sumamente difícil conocer su incidencia real, esto es, su verdadero volumen, debido a las compraventas simuladas por causa de «soluciones jurídicas» como la acción de reducción por donación inoficiosa, o la colación, así también resultaría difícil conocer con una razonable precisión los contratos celebrados que constituyan lesión, por cuanto una simple asesoría legal aconsejaría (en este caso, al lesionante) celebrar un contrato en el que el precio formalmente señalado sea uno coincidente al valor promedio de mercado. En estos casos el lesionado, para hacer valer su derecho, tendría, primero, que demandar por simulación relativa (para levantar el velo que disfraza el elemento precio de su contrato) para luego pedir la rescisión por lesión o el reajuste, según el caso. Y cruzar esa montaña desalienta a cualquiera.

[46] De Trazegnies Granda (1995: 739).

[47] De Trazegnies Granda (1995: 748).

[48] De Trazegnies Granda (1984: 34).

[49] De Trazegnies Granda (2000: 29 a 54).

pensamiento jurídico, pues nos obliga a repasar nuestras ideas con una mayor perspectiva, a reformular —o afianzar— nuestras convicciones y, sobre todo, a volver a percatarnos de que la última palabra no está dicha, la última idea o planteamiento no están formulados o reformulados; nunca en cuestiones jurídicas. Y que lo más importante es fomentar y cimentar una sólida cultura jurídico-política que permita una actualización y, por ende, una aplicación consistente e integral de las normas.

Quiero terminar recordando la primera clase del curso de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, a cargo del profesor Fernando de Trazegnies, allá en la década de los ochenta.

El maestro ingresó al aula, nos saludó y preguntó «¿Qué es el derecho?»; luego de un breve silencio, procedió a escribir en la pizarra lo siguiente: «derecho = ley», y nos pidió opinar respecto a semejante afirmación. Se iniciaron una serie de comentarios y reflexiones que dieron cabida a un debate, en el que él participaba no solo conduciendo sino cuestionando e inclusive demoliendo conceptos y categorías consideradas como inamovibles o verdades absolutas, dentro de una dinámica de cosmos y caos continuo, en una dialéctica apasionante y suscitando en el aula el desconcierto primero, y después, paulatinamente, la perspectiva del pensamiento libre, despojándonos de anteojeras, siempre en una visión integral, una suerte de cosmovisión compleja y, a la vez, fundamental.

Haber sido su alumna en la facultad, y años después, en la maestría en la misma casa de estudios, han sido experiencias invalorables, al igual que lo es siempre la lectura de sus obras, pues además de la fascinación que generan su erudición, creatividad y visión —que lo distinguen de modo notable dentro y fuera de nuestro medio—, esa manera de aproximarse y analizar las cosas, el ejercicio de relacionar temas para comprenderlos, han constituido y constituyen para mí un estímulo y acicate en el difícil e inacabable camino hacia la libertad de pensamiento.

Bibliografía

Bullard González, Alfredo

2003 «La parábola del mal samaritano. La lesión en el derecho de contratos». En *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.

De la Puente y Lavalle, Manuel

2001 *El Contrato en general*. Tomo III. Lima: Palestra Editores.

Carrión Lugo, Jorge
2001 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I reimpresión. Lima: Grijley.

Cooter, Robert y Thomas Ulen
1998 *Derecho y Economía.* México: Fondo de Cultura Económica: FCE.

De Trazegnies Granda, Fernando
1995 *En el País de las Colinas de Arena*. Volumen II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2000 «La Muerte del Legislador». En *Pensando insolentemente. Tres perspectivas académicas sobre el derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2004 «El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre». *Themis, Revista de Derecho,* número 49, diciembre de 2004.

Jiménez Vargas-Machuca, Roxana
2008 «Notas sobre la lesión en el Código Civil Peruano». *JUS, Doctrina & Práctica*, número 1. Lima: Grijley, enero de 2008.

La Orden, Ernesto
1933 *El Estado de necesidad en el Derecho privado*. Murcia.

Mazeaud, Henri, León y Jean
1960 *Lecciones de Derecho Civil*. Parte II, volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Moisset de Espanés, Luis
2008 «Lesión y Contrato. Aspectos subjetivos». *Derecho y Cambio Social*. Revista electrónica. Número 12, enero 2008.

Patrón Salinas, Carlos A
2001 «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual». En Cantuarias Salaverry, Fernando (editor). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Peyrano, Jorge Walter
s/f «Apuntes sobre conceptos procesales básicos». *Revista Jurídica Zeus.* Rosario: tomo 24, sección doctrina, p. D-61.

Pothier, Robert Joseph
1948 *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Atalaya.

Ripert, Georges
1949 *La règle morale dans les obligations civiles*. París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.

Romero Zavala, Luis
1985 *Nuevas Instituciones Contractuales*. Parte general. Lima.

Simons Pino, Adrián
2004 «Excepciones cambiarias y excepciones procesales». En *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Derecho Mercantil y Gaceta Jurídica.

APUNTES SOBRE LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

*Ricardo Luis Lorenzetti**
*Carlos A. Soto Coaguila***

Rendir homenaje al profesor peruano de Trazegnies es un gesto de gratitud y reconocimiento de sus colegas y discípulos. Para nosotros, además de ello, es un deber moral y académico.

Fernando de Trazegnies no solo ha sido, y aún lo es, un profesor de derecho. Es un maestro en todo sentido de la palabra, pues no solo se ha dedicado a enseñar derecho, filosofía o historia, sino, y esto es lo más importante, ha formado generaciones de juristas peruanos. Muchos de sus discípulos hoy día son reconocidos juristas y abogados a nivel internacional. Todos, incluso los que no han sido sus alumnos pero que se nutrieron de su inmensa producción bibliográfica, han tomado como arquetipo de jurista y abogado a Fernando de Trazegnies. Y es que el maestro de Trazegnies ha dedicado gran parte de su vida a la docencia y al ejercicio profesional.

Nosotros tenemos el honor de ser sus amigos, de tener la dicha de disfrutar de sus innumerables anécdotas, todas contadas con la pasión propia de los grandes vates. Por ello es un verdadero placer participar en este libro homenaje.

La generosidad académica de Fernando de Trazegnies se demuestra, por ejemplo, en cada viaje que realiza a las provincias del Perú para dictar conferencias y

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Profesor de Obligaciones y Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

** Consejero y jefe del área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados. Profesor de Contratos y Arbitraje en la Universidad de Lima y en la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro del Club Español de Arbitraje y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. Miembro Correspondiente extranjero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

cursos, en que su único impedimento para aceptar la invitación de los jóvenes estudiantes es la preexistencia de otro compromiso académico en la misma fecha. Recordamos, por ejemplo, que a los pocos días de ser operado en Estados Unidos regresó a la vida académica viajando a provincia para participar en un evento, aun ante la justificada preocupación de su amada esposa Milagros.

Tratar de identificar a nuestro homenajeado es tarea casi imposible. Decir que es un jurista es correcto, pero incompleto, pues Fernando de Trazegnies es mucho más que un jurista. También es historiador, filósofo, literato, diplomático, bibliófilo, coleccionista de libros antiguos y antigüedades, viajero incansable, en especial de su querido Perú, y hasta guía turístico (uno de lujo para sus amigos) en el Museo Larco Herrera. Pero esta descripción está referida a algunos aspectos de la vida de Fernando. En este merecido libro, su familia y amigos íntimos, dan fe de otras virtudes que muy pocos conocen.

Por esto y por muchas cosas más, en especial por el impecable trabajo que desarrolló como Canciller de la República del Perú en la firma de paz entre Perú y Ecuador en 1998, Fernando de Trazegnies tiene un lugar en la historia de la vida intelectual y política del Perú.

1. La problemática de los contratos de larga duración

La problemática de los contratos de larga duración sigue generando desconcierto en la doctrina. Los servicios públicos privatizados, los colegios privados, los servicios de salud, los contratos de seguro, el contrato de trabajo, los arrendamientos de inmuebles, entre otros, son vínculos temporalmente dilatados.

Relaciones que en otros tiempos eran instantáneas, hoy se prolongan en el tiempo. Así tenemos, a modo de ilustración, que la adquisición de bienes industriales que se realiza a través del leasing o arrendamiento financiero, es una nueva forma de negociación que transforma progresivamente una relación de cambio en una finalidad rentística de larga duración; el contrato de depósito, que siempre fue de larga duración, presenta nuevos problemas derivados de la evolución tecnológica, surgiendo así, por ejemplo, la interrogante de si el banco depositario de cajas de seguridad debe incorporar las nuevas tecnologías en sus sistemas de seguridad.

La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través del arrendamiento-venta o del leasing; comprar una vivienda con un plazo de treinta años para realizar el pago, los círculos o sistemas de ahorro —fondos colectivos o sistema «pandero»— para la adquisición de bienes determinados; los contratos de suministro entre empresas proveedoras de insumos o mercaderías y los contratos de asistencia tecnológica, que mediante cláusulas

de exclusividad generan relaciones de dependencia entre las partes, ocasionan problemas cuando son de larga duración, por ejemplo, en la determinación arbitraria del precio. La empresa que recibe la asistencia o el suministro no puede discutir el precio y no puede dirigirse a otro proveedor en virtud de la cláusula de exclusividad.

Estos vínculos de larga duración plantean muchos desafíos[1], involucran tanto el precio como las prestaciones de hacer y de dar y, por supuesto, el plazo.

Examinemos el caso de la medicina prepaga o seguro de salud que, por involucrar servicios con numerosas variables, constituye uno de los casos más complejos.

En la génesis del contrato, se acuerda una prestación médica conforme a un determinado nivel de calidad, a un listado de clínicas y/o médicos, a un equipamiento tecnológico específico, contra el pago de un precio. Con el transcurso del tiempo, que puede significar varios años, lo que fue bueno se vuelve antiguo, se crean nuevas tecnologías, los médicos envejecen, surgen otros galenos más especializados o actualizados, las posibilidades de curación se incrementan, aparecen nuevas enfermedades, las expectativas del paciente son otras, los costos ascienden y el precio que se paga como contraprestación puede resultar insuficiente frente a las prestaciones recibidas en la actualidad.

En este escenario, ¿cuál es el significado de la regla de inmodificabilidad del objeto y del contenido obligacional en los contratos de larga duración?, ¿cómo puede mantenerse la relación de equivalencia entre las prestaciones?, ¿cuál es su significado frente a la incorporación de todos los nuevos factores mencionados?

Sin lugar a dudas, el tiempo es un elemento que ha modificado sustancialmente el modo de apreciar las obligaciones en la contratación moderna.

En el caso de los contratos denominados de «larga duración», debemos preguntarnos si el precio inicialmente pactado puede ser modificado, si las prestaciones de servicios deben ser actualizadas, si los plazos determinados anualmente y renovados sucesivamente no se modifican tornándose en indeterminados, y muchas otras cuestiones.

La idea de que en el consentimiento o en la adhesión a cláusulas generales de contratación se definen de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes no puede ser sostenida en este tipo de vínculos.

Los contratos de larga duración deben ser entendidos como acuerdos provisorios, sometidos a permanentes mutaciones. Por lo tanto, la obligación debe ser

[1] Una excelente descripción sobre esta temática puede verse en Lima Marques (1998: 61). En el derecho argentino, Morello sostiene la necesaria influencia del derecho procesal en la renegociación permanente del contrato. Cfr. Morello (LL: 25.8.98).

concebida como un proceso[2], como un continuo desarrollo en el tiempo que todo lo domina. Por ello, Augusto Morello indica que el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua[3].

Frente a este fenómeno surge el dilema de encontrar fórmulas que armonicen la necesidad de adaptación a los cambios, la seguridad jurídica frente a las modificaciones ulteriores de lo pactado y la prevención de prácticas abusivas que a través de modificaciones unilaterales alteren la relación de equivalencia.

En este trabajo, intentaremos aclarar estos aspectos, pero previamente conviene señalar que este tema tiene una gran importancia en la teoría económica, principalmente la vinculada a la empresa, donde es concebida como acuerdos contractuales de larga duración entre los propietarios de los factores de producción[4].

En efecto, la empresa va sustituyendo los precios por los salarios, el intercambio de mercado por relaciones jerárquicas, los acuerdos instantáneos en los que hay que establecer precios por vínculos de larga duración en los que el recurso no se compra sino que se gestiona; cuando logra la situación óptima, cambian las condiciones del mercado, porque se alteran los precios relativos, surge la necesidad de nuevos productos y entonces se terceriza lo que se había internalizado, y se establecen nuevas alianzas.

Desde el punto de vista del consumidor, los acuerdos de larga duración disminuyen sus costos de información, porque sería muy costoso el tener que contratar con múltiples empresas individuales para comprar un producto compuesto. Todas las transacciones que en este caso habrían de realizarse requerirían que un gran número de individuos tuviera un enorme conocimiento de los distintos componentes del producto y que se realizaran numerosas medidas y valoraciones de la producción. Por tanto, el costo que supondría para un consumidor el determinar el precio de los distintos componentes probablemente sería excesivo si la producción del mencionado producto se realizara dentro del sistema de precios. Como alternativa, se puede organizar la producción dentro de una empresa donde existe un agente central que establece contratos bilaterales de larga duración con cada uno de los propietarios de los factores de producción y que vende el producto final a los compradores. La elección de la forma contractual depende del costo de transacción de cada uno de los distintos acuerdos contractuales.

---

2 Cfr. Do Couto e Silva (1976).

3 Morello (1990: 43 y ss.; y LL.25.8.98).

4 Véase, por ejemplo, Alchian (1965: 30-41; 1984: 34-39), Crawford and Alchian (1978: 297-326), Alchian and Demsetz (1972: 777-795), Williamson (1975, 1985).

Formalmente, podemos decir que una empresa que ha podido comenzar siendo una empresa individual, se expandirá hasta que los beneficios marginales derivados de la internalización de una actividad adicional —la reducción del costo de realizar transacciones en muchos mercados— sean iguales a los costos marginales de la internalización de una actividad adicional —el aumento de los costos de agencia internos—. De allí la permanente oscilación entre internalización y tercerización de actividades, las que tienen una relación directa con los costos de los acuerdos contractuales y con los nuevos productos complejos que requieren acuerdos estratégicos de empresas muy diferentes.

2. Elementos tipificantes

1. Contratos de ejecución instantánea y diferida

Para depurar el concepto que estamos analizando, conviene definir previamente las etapas de la celebración y ejecución del contrato y, dentro de esta última, la ejecución instantánea y la ejecución diferida.

Para que el contrato genere una obligación válida debe reunir todos los elementos que exige la ley, vale decir, consentimiento, capacidad de las partes, objeto y finalidad lícita. Este vínculo perfecto puede ser eficaz o no, dado que los efectos pueden estar sometidos a una condición o un plazo y, mientras no se cumpla dicho elemento accidental, el contrato no surtirá efecto alguno.

Perfeccionado el vínculo, se abre la etapa dinámica de cumplimiento. En este momento dinámico, las prestaciones prometidas pueden cumplirse en forma inmediata o diferida. En el primer caso, cada parte contratante debe ejecutar sus prestaciones inmediatamente después de celebrado el contrato; por lo tanto, el tiempo es irrelevante pues no es tomado en consideración por las partes. En el segundo supuesto, el tiempo es un elemento accidental del contrato que subordina su eficacia a un plazo o condición[5].

Por su parte, los contratos de larga duración se asemejan a los contratos de ejecución diferida porque en ambos el tiempo es jurídicamente relevante. No obstante, ambos son esencialmente distintos, porque en la ejecución diferida el

[5] El recordado maestro Manuel de la Puente y Lavalle señala que el contrato de ejecución diferida es un contrato que, por su naturaleza, puede ser de ejecución inmediata, pero en el cual las partes acuerdan aplazar su ejecución. Este aplazamiento debe tener su razón de ser en la satisfacción del interés de los contratantes, para quienes la ejecución del contrato en una oportunidad distinta de la convenida podría frustrar ese interés. Y respecto de los contratos de duración son aquellos cuyas prestaciones tienen que ejecutarse necesariamente en el discurrir del tiempo, entendiendo esto como que las prestaciones, por su naturaleza, no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente Cfr. De la Puente y Lavalle (2003, tomo I: 182-183).

tiempo es considerado como «distancia» que separa distintos actos: la celebración se aleja de la ejecución[6]. Así, en los contratos de ejecución diferida el acento se encuentra en el hecho que el tiempo es tomado en cuenta por las partes para separar la ejecución de la celebración[7].

Otros autores[8] aludiendo al mismo fenómeno, utilizan el término «duración de la existencia» del contrato, puesto que el contrato existe, pero sus efectos comienzan a producirse luego del plazo o la condición suspensiva. De esta manera, se trata de una «duración de la existencia», que se separa de los efectos. También se hace referencia, a nuestro juicio con más precisión, a la «duración de la eficacia», puesto que el contrato existe, pero una o varias de sus obligaciones someten su eficacia al cumplimiento de un elemento accidental, como la condición o el plazo suspensivo, los cuales originan la ineficacia del contrato hasta la verificación fáctica de la condición o hasta el cumplimiento del plazo. Esta calificación afecta las obligaciones y, ocasionalmente, al contrato, y aluden a la eficacia y no a la existencia[9].

2. Contratos de larga duración

A diferencia del supuesto anterior, en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento. No es un elemento accesorio, como ocurre en los contratos de ejecución diferida.

Como se ha señalado, en los contratos de ejecución diferida, la temporalidad se incorpora a través de modalidades accidentales del contrato, como el plazo, la condición o el cargo, o bien a través de la falta de presupuestos que tienen entidad como para separar la celebración del cumplimiento.

En cambio, en los contratos de duración, el interés del acreedor es satisfecho mediante una prestación continua o reiterada en el tiempo. Por ello se dice que el tiempo se vincula con el objeto del contrato, por cuanto el mismo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal[10].

---

6 El tiempo como «distancia» es introducido por Carnelutti (1941: 316).

7 En la ejecución instantánea no hay separación temporal; en la diferida se separa la celebración de la ejecución. Tomemos por ejemplo la compraventa de contado (ejecución instantánea) y la compraventa a plazo (ejecución diferida). En esta última se celebra el contrato, pero la ejecución está subordinada al tiempo: se pagará dentro de un año (plazo suspensivo) o se pagará en doce cuotas mensuales (plazo resolutorio).

8 Ghestin y Billau (1990).

9 Cfr. Cazeaux y Trigo Represas (1986).

10 Quienes entienden que la causa es la finalidad económico-social, estiman que la duración temporal es un elemento de la causa, ya que el contrato no cumple con la finalidad económico-social si no se prolonga en el tiempo. Cfr. Gamarra (1993: 186).

En consecuencia, el contrato de larga duración es «aquel en que el dilatarse del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración»[11].

En la doctrina anglosajona se ha puesto de relieve este aspecto de la duración al señalarse que el diseño del objeto es profundamente diferente en los contratos instantáneos que en los de duración[12]. En los primeros, las partes hacen presentes las prestaciones futuras que se obligan a cumplir; así, se obligan a entregar un bien a cambio de un precio. En los segundos, en cambio, es frecuente que no consignen los términos «bien» o «precio», sino que se pongan de acuerdo en las reglas que se utilizarán para determinar en el futuro el contenido preciso de tales términos.

En los contratos de duración no hay una «presentificación» del contenido sustancial del acuerdo, debido a que no es posible hacerlo. Las partes pretenden satisfacer sus intereses a lo largo de una vinculación prolongada y, por ello, no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De ese modo, no establecen el precio definitivo, pues suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas del bien, pues saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada, pues seguramente habrá distintas maneras de prestar esa obligación a lo largo del tiempo.

Las partes se mueven en un tiempo prolongado, lo que los sitúa frente a los desafíos del cambio económico, tecnológico o de las expectativas recíprocas. Por esta razón, la «presentificación» definitiva de los términos del intercambio sería imprudente. Es por ello que optan por establecer las reglas procedimentales para definir el contenido de una obligación que se deja indeterminado.

3. La duración en el objeto y en las obligaciones

En este escenario debemos distinguir entre: a) contratos de ejecución diferida (en estos contratos el tiempo separa la celebración del cumplimiento y es un elemento accidental del contrato, porque están sometidas a un plazo o una condición); y b) contratos de larga duración (en estos contratos el tiempo responde a un interés del acreedor y es esencial, porque el contrato desarrolla sus efectos a través del tiempo).

---

[11] Messineo (1986: 429).

[12] Mac Neil (1980).

Una venta a plazos, por ejemplo, es un contrato de ejecución diferida, pero el tiempo no es esencial, porque es posible que el precio se pague al contado en cualquier momento. Las partes desearon, en el caso particular, incorporar el plazo como elemento accesorio de una de las obligaciones, esto es, el pago del precio. La medicina prepaga o el seguro, en cambio, no pueden ser ejecutados en forma instantánea, por cuanto sería imposible prestar el servicio íntegro en cualquier momento; necesariamente la ejecución se realizará en el discurrir del tiempo.

De manera podemos afirmar que en los vínculos de larga duración el plazo es esencial y de interés para ambas partes[13].

Ahora, dentro de los contratos de larga duración debemos distinguir dos hipótesis según el tiempo incida sobre el objeto o sobre las obligaciones.

El objeto del contrato debe ser completo, toda vez que la oferta debe tener todos los elementos constitutivos o esenciales para que luego de aceptada quede perfeccionado el vínculo contractual. En numerosos vínculos, como la medicina prepaga, el contrato de seguro o la educación, la operación jurídica considerada por las partes en un determinado tiempo, constituye un elemento esencial. De modo que la duración se sitúa aquí en el plano del objeto.

En otros vínculos, son las obligaciones las que precisan de un tiempo para el cumplimiento. Así tenemos: obligaciones de cumplimiento periódico que contienen prestaciones que se reiteran a lo largo del tiempo en forma idéntica[14]; obligaciones de cumplimiento continuo, que contienen prestaciones que obligan al deudor a mantener al acreedor en una situación estable y prolongada en el tiempo[15].

Luis Díez-Picazo[16] manifiesta que puede pactarse el pago del precio al contado (prestación instantánea) y una obligación de prestar servicios prolongados (prestación de duración), produciéndose una mixtura entre obligaciones de cumplimiento instantáneo y de larga duración. Un ejemplo puede ser el contrato de compraventa al crédito, en el que existen obligaciones con varias prestaciones.

En los contratos de larga duración lo característico es que el tiempo se incorpora en el objeto como medida para la satisfacción del interés de las partes. No se

---

[13] En un contrato de servicios educativos no se podría pagar al contado ni dar toda la educación de una sola vez.

[14] Por ejemplo, el contrato de seguro puede consistir en el pago de una renta vitalicia; producido el siniestro, el asegurador asume una obligación de cumplimiento periódico, porque debe abonar una suma de dinero idéntica, fraccionada en períodos mensuales.

[15] Por ejemplo, el uso y goce de un inmueble, el suministro de luz, agua o telefonía fija. Véase Gamarra (1993: 185).

[16] Díez-Picazo (1970: 512).

trata solo de que haya obligaciones de cumplimiento periódico o continuo, sino de que el tiempo sea esencial para que el objeto pueda cumplirse.

Ello hace que el objeto consista en la definición de una operación jurídica que contiene elementos indeterminados, reglas de contextura abierta y procedimientos para la determinación. Estos contratos pueden generar obligaciones de cumplimiento instantáneo, diferido, de cumplimiento periódico o continuo.

Lo relevante no reside en las obligaciones, sino en el objeto, en el tipo de operación considerada por las partes. El problema deriva del hecho que las partes determinan el objeto, pero lo hacen utilizando reglas de contextura abierta y normas procedimentales, a fin de ser permeables a los cambios externos. Sin embargo, la mayoría de las obligaciones son de contenido determinable; por ejemplo, el Código Civil peruano prescribe que cuando las obligaciones de dar tengan como objeto bienes inciertos, las partes contratantes deben indicar mínimamente su especie y cantidad. En este supuesto, la elección de los bienes corresponde al deudor, salvo que lo prohíba la ley, el acuerdo de las partes o las circunstancias del caso. Este cóctel de indeterminaciones hace que pueda producirse en el futuro una determinación que produzca un desbalance en la reciprocidad prevista en el objeto o una frustración del mismo, como lo veremos más adelante.

Llegado un conflicto futuro, la tarea del intérprete será llenar de contenido a las normas abiertas y juzgar la licitud de las reglas procedimentales.

A continuación, veremos estos problemas tanto en el periodo precontractual como en el periodo contractual.

4. Período precontractual de larga duración: prácticas comerciales abusivas

La duración puede afectar tanto el período precontractual como al contractual.

Con relación a los contratos discrecionales o negociados, se ha dicho que «la complejidad de los contratos modernos, los estudios que exigen a fin de conocer no solamente los datos de hecho sino también las reglas de orden público aplicables, las autorizaciones que con frecuencia se necesitan, especialmente en materia de cambios, o de urbanismo, se conjugan para prolongar el periodo precontractual»[17], pueden ocasionar que el precio tenido en cuenta al momento de iniciar las tratativas no sea el mismo que al momento de la celebración.

Estas diferencias pueden plantear el conflicto entre una parte que solicita que se mantenga el precio fijado en las tratativas iniciales —porque modificarlo arbitrariamente es un supuesto de responsabilidad precontractual—, y la otra

[17] Ghestin (1990: 10).

parte que solicita que se tenga en cuenta el precio considerado al momento de la celebración[18] debiéndose juzgar conforme a un estándar de buena fe[19].

En las relaciones de consumo puede haber normas especiales. En este sentido, el derecho brasileño aporta una importante técnica de tratamiento normativo de los momentos previos, al regular las «prácticas abusivas» en forma separada de las «cláusulas abusivas» para las relaciones de consumo. Las segundas corresponden al contrato, mientras que las primeras se refieren a un estándar de regulación de la negociación que debe ajustarse «a los patrones mercadológicos de buena conducta»[20], evitándose incurrir en «condiciones irregulares de negociación»[21].

Dentro de esa noción, el Código brasileño establece que son abusivas las siguientes prácticas: condicionar el ofrecimiento de un producto a la adquisición de otro (artículo 39 inciso 1), exigir una ventaja manifiestamente excesiva (artículo 39, inciso 5), dejar de estipular un plazo inicial o dejarlo para el exclusivo criterio del oferente (artículo 39, inciso 9).

Similares reglas se encuentran en el artículo 1398 del Código Civil peruano, que dispone que «en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato»[22].

En síntesis, la duración afecta tanto las relaciones precontractuales en las relaciones de consumo como en los contratos discrecionales, extendiéndose el período y planteando problemas específicos.

---

[18] Ghestin-Billau (1990).

[19] Al respecto, el Código Civil peruano establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse conforme al principio de la buena fe y la común intención de las partes (artículo 1362). Por otro parte, la Constitución Política del Perú de 1993 resalta la importancia del principio de intangibilidad contractual, al prescribir que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase y que cualquier conflicto derivado de la relación contractual, solo se puede solucionar en la vía arbitral o en la judicial (artículo 62).

[20] Benjamín (1995: 237).

[21] Stiglitz (1990: 81).

[22] Sobre las cláusulas abusivas remitimos a los trabajos de Soto (2000, 2001, 2002, 2005); Soto y Mosset Iturraspe (2004).

3. La dinámica de cumplimiento

1. Reciprocidad dinámica en los contratos de larga duración

Las mutaciones son frecuentes en el mundo actual, ofreciendo diversos grados de complejidad. Estas modificaciones pueden alterar el precio o la contraprestación, que puede consistir en obligaciones de dar o de hacer, en productos o servicios.

La doctrina extranjera ha estudiado el primer aspecto, como ocurre por ejemplo en la obra de los profesores franceses Ghestin y Billau.[23] Sin embargo, el precio en forma aislada es solo un aspecto del problema mucho más complejo, que significa establecer el criterio con que se debe juzgar la relación precio/bien, o sea, el equilibrio a lo largo del tiempo.

Para precisar la cuestión, conviene indicar que el objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, puede prever una operación temporalmente extensa, como el pago de servicios educativos, lo que requiere de una comprensión dinámica.

Las modificaciones no se producen en el objeto del contrato, que sigue siendo la misma operación, ni tampoco se alteran las obligaciones de dar una suma de dinero, de dar un bien, o de hacer, de prestar un servicio, porque estas son definidas en el momento genético.

Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda; los medios que se usan para cumplir con servicios pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones.

Empero, lo notable es que los cambios en las prestaciones se reflejan en la ecuación de equilibrio e impactan en la comprensión del objeto.

En los contratos de larga duración el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que, de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica; es típicamente relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerlo no es necesario hacer ni revisar nada más.

En cambio, suministrar bienes a una empresa durante cinco años, prestar servicios educativos, integrar un círculo de ahorro para comprar un automóvil

[23] Ghestin-Billau (1990).

en cincuenta cuotas, no conforma un concepto nítido ni estático, porque los bienes a suministrar sufrirán cambios tecnológicos, porque los centros educativos mudarán, porque habrán nuevos modelos de automóviles que sustituirán al previsto al suscribir el contrato de ahorro. No cabe duda de que las circunstancias cambiarán con el transcurrir del tiempo.

La diferencia fundamental de los contratos de larga duración con los vínculos no sometidos al tiempo extenso es que en los primeros debemos interpretar la conmutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

La empresa médica no se obliga a mantener la relación de médicos, ni a mantener los mismos aparatos de rayos X, ni el mismo edificio, sino a dar una prestación de servicios médicos relacionada con el precio pagado. El colegio no se obliga a mantener los mismos profesores, el mismo programa o el equipamiento de computadoras para los alumnos; su obligación es prestar el servicio educativo.

De tal manera, el contenido de las obligaciones puede ser variado si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada.

Seguidamente, definiremos un estándar para establecer cuándo nos encontramos ante una modificación relevante, para luego examinar los criterios de su licitud.

2. Juzgamiento de la reciprocidad dinámica

A fin de verificar si se está ante una «modificación» es menester establecer lo modificado y la extensión de tal modificación.

En un primer momento comparativo, corresponde: a) describir el objeto y el contenido de las obligaciones conforme lo acordaron las partes en el momento genético; b) detallar las modificaciones que se pretenden hacer de modo comparativo, es decir, indicando que cambian respecto del sinalagma genético.

Efectuada esta comparación, debe determinarse si existe alguna afectación de la relación de equivalencia[24]. Esta afectación ocurre cuando se produce una mudanza sustancial que altera esa relación, como el cambio de precio o de la calidad. Dicho cambio puede provocar:

Una mejora en la situación de la otra parte: en este caso no hay ilicitud contractual alguna.

Un empeoramiento de la otra parte: ello puede ocurrir de un modo perceptible, como cuando se cambian el precio o la calidad; o bien de una manera

[24] En estas relaciones el cambio es normal: si se ahorra para la compra futura de un automóvil, es normal que se entregue un vehículo distinto del previsto en el momento genético. El acreedor no aceptaría ese vehículo porque a lo largo de cincuenta cuotas han cambiado varias veces las marcas y los accesorios de los automotores.

indirecta, como cuando se alteran las obligaciones accesorias o secundarias impactando de esta manera en el resultado final.

El análisis debe encaminarse entonces a detectar si hubo un cambio que afecte la relación de equivalencia desmejorando la situación de una de las partes.

3. Adaptabilidad y test de equivalencia

El conflicto frente al cambio consiste en lo siguiente: si una empresa incorpora nuevas tecnologías, la otra parte podría decirle que se opone al cambio del precio; a la inversa, si una de ellas quiere una adaptación a los cambios, la otra podría argumentar que no lo hace porque no está dispuesta a pagar más por ello. En otros casos, como en el suministro, varían las necesidades del acreedor, y el contrato está enfocado a la satisfacción de dichas necesidades.

La solución autónoma de las partes tiende a que cada uno, a su manera, pretenda resolver la relación de equivalencia a su favor. Si una de ellas tiene mayor poder de negociación, impondrá a la otra su criterio. Esta función de traslación de riesgos mediante la modificación unilateral es lo que hace que cláusulas de este tipo sean consideradas abusivas.

Una solución heterónoma, mediante la intervención jurídica, es compleja, debido a que resulta difícil el mantenimiento de la ecuación económica que dio origen al vínculo, a lo largo del tiempo. A ello ha de agregársele el cambio permanente de las relaciones de fuerza entre las partes, la mayor o menor competitividad del mercado y las modificaciones en la conducta y en los intereses de las partes.

Planteado el conflicto, el derecho debe responder procurando lograr la adaptabilidad a los cambios en una relación de equivalencia. Esto implica que, tratándose de un vínculo contractual de base conmutativa, es preciso que tales modificaciones no alteren la relación de cambio. Por ende, deben ser incorporadas preservando la relación de equivalencia diseñada en la celebración del contrato.

Evaluar esa relación luego de varios años de desarrollo del vínculo no es faena sencilla. Para hacerlo del modo más razonable posible, existen en principio dos criterios que sirven de útiles herramientas: a) si el cambio es tal que altera el objeto del negocio, porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad o a la resolución por parte del contratante contrario; b) la evaluación puede hacerse a través del estándar del contratante medio, examinando si un sujeto de esas características contrataría en las condiciones que se presentan. De tal manera, si la empresa quiere modificar el vínculo porque ofrece nuevas tecnologías, por un precio distinto a una persona con la que tiene una relación contractual prolongada, puede obtenerse

un índice de la razonabilidad analizando si una persona actual contrataría en esas condiciones.

Pueden adicionarse dos criterios complementarios. En Chile se ha indicado[25] que la facultad de las empresas de adecuar los contratos de salud a los cambios no puede ser interpretada de una manera tan amplia que pueda ser en los hechos una sustitución unilateral de un plan por otro, toda vez que se cambian sustancialmente las condiciones del contrato cuya vigencia en el tiempo la propia ley pretende asegurar. En realidad, las modificaciones no se juzgan por sí mismas, sino por su resultado final.

La corte de Santiago agrega además otro criterio: la generalidad. Los cambios deben prescindir de condiciones personales del afiliado y ser generales. No deben ser discriminatorios.

De esta manera disponemos de algunos tests para juzgar la licitud del contrato: a) los cambios en el contenido de las obligaciones no deben desnaturalizar el objeto contractual; b) esa afectación se produce si sus resultados son tales que un contratante medio no las aceptaría.

4. La regla moral: duración justa y duración útil

La duración no es solo un acontecimiento empírico temporal que las partes adoptan como presupuesto de la contratación. Tiene connotaciones valorativas que permiten su juzgamiento.

La «duración» es útil porque es necesaria para que el contrato produzca sus efectos propios, y es por ello que la interpretación debe tener en cuenta este elemento a fin de no frustrar la finalidad «económico-social» que adquiere el vínculo.

La «duración» también debe ser justa, en el sentido de justicia conmutativa aplicable a los contratos. La equidad —el equilibrio— debe estar presente en toda la etapa temporal desde las tratativas al cumplimiento.

Ambos elementos valorativos deben ser tenidos en cuenta, dado que hay una «duración justa» que, si no fuera respetada, colocaría a una de las partes bajo la dominación de su contraparte; asimismo, hay una «duración útil» sin la cual el contrato carecería de toda coherencia, porque se frustraría la rentabilidad económica[26].

---

[25] Corte de Apelaciones de Santiago, Promepart c. Superintendencia de Instituciones de Salud, 5.4.95; *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gacela de los Tribunales*, T. XCII, número 1, Editorial Jurídica de Chile (1995: 27).

[26] Ghestin-Billau (1990: 19).

Entonces, el problema más importante radica en cómo lograr que el elemento conmutativo, el equilibrio, junto con la finalidad económica, persistan a lo largo del tiempo.

Este tema es claro en los contratos de ejecución instantánea, para los que existe una regla general, pero en los contratos de larga duración va a resultar indispensable profundizar algunos de esos conceptos.

4. La modificación de las obligaciones en curso de ejecución

1. El requisito de la determinación del objeto y de la prestación

El artículo 1403 del Código Civil peruano prescribe que la obligación, que es objeto del contrato, debe ser lícita, y que la prestación, objeto de la obligación y el bien, deben ser posibles[27].

El objeto de las obligaciones ha de ser determinado o determinable. Ello se deduce de la regla contemplada en el artículo 1407 del Código Civil peruano que dispone que «si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo». Así también, en el artículo 1408 el mismo texto legal prescribe que: «la determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe. Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo». En consecuencia, al momento de contratar las partes contratantes deben determinar el objeto del contrato.

La regla jurídica entonces es que la operación jurídica considerada por las partes (objeto del contrato) y las prestaciones (objeto de las obligaciones creadas por el contrato), deben ser determinadas o determinables en el momento genético.

2. La nulidad de la modificación unilateral

La determinabilidad debe siempre responder a criterios objetivos que se deben establecer en la génesis contractual, por cuanto dejar la fijación a la facultad de una de las partes acarrea la nulidad. De esa manera, por ejemplo, el legislador sanciona con nulidad la compraventa en la que la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes (artículo 1543 del Código Civil peruano). La regla es que en el contrato, la obligación y la prestación deben ser determinados o

[27] Sobre el objeto del contrato consultar la excelente obra del recordado profesor de la Puente y Lavalle (2001: 19 y ss.).

determinables, lo que no se condice con dejar que una de las partes lo establezca unilateralmente.

En el derecho de consumo, como regla general, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación ha sido calificada como abusiva y, por lo tanto, acarrea la nulidad parcial del contrato. La ley brasileña (ley 8078, artículo 51, XIII), considera abusiva la cláusula que autoriza a modificar unilateralmente el contenido o la calidad después de la celebración. En Argentina, es una cláusula que puede subsumirse en el estándar del artículo 37 de la ley 24.240, ley del consumidor, referido a la desnaturalización de las obligaciones, requiriendo un juicio de concretización para su descalificación[28].

La ley peruana de protección del consumidor establece que los proveedores no podrán modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio; y que no se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que este así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad (decreto legislativo 716, artículo 13, inciso a).

En materia de cláusulas generales, en la Unión Europea, la directiva 93-13 considera abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente, sin motivos válidos especificados en el contrato, los términos del mismo o cualquiera de las características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar. También lo es el conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa o el servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (anexo artículo 3, incisos k, l, m). En la ley portuguesa (decreto 446.85, artículo 19, inciso i) se considera relativamente prohibida la cláusula que autoriza la facultad de modificar prestaciones sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor solicitadas.

El Código Civil peruano, dentro del listado de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y contratos celebrados con cláusulas generales de contratación contenido en el artículo 1398, no recoge el supuesto de cláusula abusiva o vejatoria a la modificación unilateral del contrato por parte del predisponente del esquema contractual. Sin embargo, el anteproyecto de reforma del Código Civil, en su propuesta de modificación al artículo 1398, incluye como cláusula abusiva este supuesto con la siguiente redacción:

> En los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, son ineficaces las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado […]. Facultades de modificar unilateralmente el contrato sin previo aviso y sin incluir en el contrato el derecho de la otra parte de resolverlo.

[28] Con anterioridad a la ley argentina Cfr. Vallespinos (1984) y Rezzónico (1981). Con posterioridad a la ley, Mosset Iturraspe-Lorenzetti (s/f), Stiglitz (1990), y Farina (1995).

> Restricciones a la obligación del predisponente de respetar los compromisos asumidos por sus representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades onerosas. […][29].

3. Modificación ajustada a un estándar objetivo

Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas objetivas por las cuales puede modificarse el contrato, con derecho de resolución por parte del consumidor.

Las partes han previsto mecanismos contractuales de modificación del contenido obligacional atendiendo a que es previsible que se produzcan cambios. En estos casos, la cuestión es examinar si estos instrumentos contractuales resguardan debidamente los derechos de las partes mediante mecanismos objetivos que inhiban las imposiciones unilaterales o potestativas. Puede ocurrir que exista una decisión unilateral de la empresa, no arbitraria, sino fundada en necesidades comprobables y, por tanto, lícitas.

También puede pactarse una cláusula de renegociación permanente, que puede ser lícita en los contratos discrecionales, lo que constituye un fenómeno de autocomposición. Sin embargo, en los contratos de consumo, en que las condiciones del contrato son redactadas unilateralmente por el empresario, esto no es admisible, porque a través de este mecanismo logrará prevalecer el empresario por sobre el consumidor, considerado este último como un débil jurídico.

4. Modificación por excesiva onerosidad sobreviniente

El juez puede modificar un contrato por circunstancias sobrevivientes, extraordinarias e imprevisibles, que estén fuera del álea normal del contrato y que tornen excesivamente onerosa una de las prestaciones. De acuerdo con el artículo 1440 del Código Civil peruano, cuando en un contrato conmutativo de ejecución continuada, periódica o diferida, 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 de la otra parte, a fin de que cese la excesiva onerosidad, es decir, que revise el contrato para reestablecer el equilibrio contractual. 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. Desde luego, la resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

---

[29] Consultar los trabajos de Soto (2000, 2001, 2003, 2004, 2005).

En estos casos, ambas partes pueden invocar circunstancias que han desequilibrado la relación de equivalencia, debiendo ser las mismas extraordinarias e imprevisibles.

En la medicina prepaga, la aparición de una nueva enfermedad o de una nueva tecnología que se diferencie sustancialmente de las utilizadas en el momento en que el contrato se celebró, pueden constituirse en supuestos de hecho previstos en el artículo 1440 del Código Civil peruano y, consecuentemente, dar lugar a la resolución del contrato o a la pretensión autónoma de modificación del precio.

Es una hipótesis de apreciación restrictiva, puesto que se trata de un contrato aleatorio, y la aplicación de la excesiva onerosidad debe situarse fuera del «álea normal» prevista por las partes, de modo que la circunstancia que el paciente se enferme y aparezcan nuevos tratamientos o enfermedades, no es *per se* una circunstancia extraordinaria ni imprevisible. En cambio, pueden asumir ese carácter, enfermedades masivas e inexistentes al momento de la contratación o una revolución en los tratamientos médicos que cambie la naturaleza de los previstos al momento de la celebración del contrato.

5. Casuística

1. Modificación del precio: precio impuesto por proveedores

El precio debe ser cierto; por tanto, la falta de cumplimiento de este requisito acarrea la nulidad del contrato. Cuentan Ghestin y Billiau que la jurisprudencia francesa ha utilizado el recurso de la nulidad por indeterminación del precio para proteger a una de las partes del arbitrio de la otra, tanto en la compraventa como en otros contratos.

Cuando una de las partes se ha comprometido a aprovisionarse con otra o con un proveedor designado por él, el juego de la competencia queda excluido porque no hay otra posibilidad de efectuar los pedidos al proveedor impuesto, el que se encuentra en condiciones de fijar unilateralmente el precio[30]. También presenta dificultades la cláusula de exclusividad mediante la cual una de las partes se obliga a no comprar. En el primer caso hay una obligación positiva; en el segundo, una negativa, pero ambas surten el mismo efecto.

Con estos argumentos se declararon nulos por indeterminación del precio contratos de aprovisionamiento exclusivo celebrados entre estaciones de servicios y empresas petroleras.

[30] Ghestin-Billau (1990: 46).

Por supuesto que el precio debe necesariamente variar. Lo que no es admisible es que lo haga en función del mero arbitrio de una de las partes, sino que debe realizarse en función de parámetros objetivos. Así, según los autores citados, se admitió en un contrato de franquicia que el precio varíe en función de los precios que le fijan los proveedores al franquiciante, los gastos de publicidad, los gastos de sostenimiento de la marca.

Las mayores dificultades surgen en los casos mixtos, en los que hay una parte del precio determinado objetivamente y otra que depende de la voluntad de una de las partes.

Cuando interviene la voluntad de una de las partes, la manera de juzgarla es si se ajustó a los parámetros objetivos, esto es, si fue ejercida dentro de límites objetivos trazados por el propio contrato, sobre los cuales el juez pueda ejercer un control efectivo[31].

Similar regla se aplica en el derecho peruano cuando el legislador sanciona con nulidad la compraventa en la que la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes, pues siendo el precio una obligación de dar, la prestación debe ser determinada o determinable (artículo 1543 del Código Civil). En los contratos de duración, donde resulta determinable, el precio no puede quedar al arbitrio de una de las partes, sino que debe ajustarse a parámetros objetivos.

2. Modificaciones en el listado de los prestadores en la medicina prepaga

En un caso judicial en Argentina, una empresa médica sufría de déficit operativo, por lo cual ofreció prestar servicios por 25 años contra el pago de una suma de dinero que algunas personas aceptaron. Posteriormente, la empresa médica vendió sus establecimientos y continuó prestando sus prestaciones a través de otra organización sanatorial, sin contrato escrito, y comunicó mediante publicidad la cesión. Un paciente demandó y se opuso a la cesión porque el nuevo sanatorio era demasiado grande y con la cesión se violaba una obligación *intuito personae*. La cámara estimó que la prestación durante un cuarto de siglo no puede ser personalísima, puesto que «los médicos envejecerán y serán sustituidos por otros, las técnicas biológicas, químicas y sanitarias serán modificadas y hasta los muebles y aparatos se desgastarán». Por tanto, es imposible suponer que el débito de atender a una o varias personas quede fijado de modo intransmisible. En tal sentido, se pronunció en favor de la cesibilidad[32].

---

[31] Ghestin-Billau (1990: 59).

[32] CNCOM. Sala D: «Zaltsman, Alberto C. Sanatorio Metropolitano», en LL.1983-A-180.

De modo que si el contrato fuera de larga duración, habría que atender a esa fenomenología esencialmente dinámica, no pudiendo considerarse a priori abusivo el cambio.

3. La relación precio-cambios tecnológicos en la medicina prepaga

Dicen los profesores argentinos Ghersi, Weingarten e Ippolito[33] que decidir si deben o no asumirse cambios tecnológicos implica colocar los servicios de acuerdo con el avance del saber científico; en tal sentido, señalan:

> Entendemos que esta es una situación que no puede quedar unilateralmente en manos de la empresa y trataremos de dar nuestros fundamentos: el primero, es que la atención médico asistencial en sí misma entraña la obligación de utilizar metodologías y técnicas actualizadas, pues de lo contrario se vería seriamente comprometida la responsabilidad del médico y de la empresa, ya que el objetivo de la prestación es actuar, mínimamente, sin la omisión de diligencias en cuanto a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (artículos 512 y 902 del Código Civil argentino).
>
> En lo atinente al momento en que debe operarse la decisión, si bien esta es una evaluación muy difícil de hacer en abstracto, podemos señalar como regla general, que la empresa tiene la prioridad de la selección del momento; sin embargo, si esta no se concreta, entendemos que existe un derecho del usuario a reclamarla, aun con fijación de plazo por vía judicial.
>
> En cuanto al costo, no nos cabe ninguna duda que debe ser soportado por la empresa, y de ninguna manera debe materializarse en un incremento valorativo de la cuotas. Esto es así por varias razones: a) está dentro del denominado riesgo-costo empresario; b) al incorporar al usuario, asumió la obligación implícita de un adecuado servicio, es decir que tácitamente estaba involucrada la actualización tecnológica («y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión», artículo 1198, Código Civil), y; c) la incorporación constante de nuevos usuarios, va financiando la incorporación tecnológica. En última instancia, el cálculo actuarial —como en los seguros— demuestra que la expectativa de servicios es menor que la masa de dinero incorporada.

Por nuestra parte, entendemos que, al momento de celebrar el contrato, se establecieron criterios para determinar el contenido de la obligación de hacer, según la relación precio/calidad, que generalmente se expresa en el tipo de plan suscripto. El paciente tiene derecho a que ese nivel de calidad se mantenga a lo largo del contrato, conforme a un criterio dinámico y no estático. En virtud de ello, la empresa no cumple con su obligación si pretende hacerlo utilizando la

[33] Ghersi, Weingarten e Ippolito (1993).

tecnología médica existente en la época de celebración del contrato (que podría ser veinte años antes, por ejemplo).

Por lo tanto, debe utilizarse la tecnología y conocimientos médicos vigentes al momento de la prestación y no de la celebración.

El contenido de la prestación se determina conforme a la relación de equivalencia dinámica que hemos descrito en los puntos anteriores.

6. Conclusiones

Luego del análisis de la problemática de los contratos de larga duración, podemos afirmar lo siguiente:

En los contratos de larga duración, el tiempo es neurálgico y esencial para el cumplimiento de la finalidad del contrato, debido a que el tiempo es un elemento querido por los sujetos contratantes y por lo tanto, incluido en la estructura contractual en virtud del principio de autonomía privada. Lo antes señalado determina que los contratos de larga duración sean dinámicos y modificables, debido a que sus obligaciones y prestaciones son susceptibles de ser adaptadas —y de hecho es necesario que así sea— a los cambios científicos, tecnológicos, etcétera, propios de la evolución del conocimiento humano.

En los contratos de larga duración, las partes contratantes, requieren de una voluntad contractual renegociadora y adaptable a fin de mantener la relación de equivalencia de los contratos que celebran, esta voluntad puede ser mantenida siempre que las partes tengan la plena predisposición a que sus preceptos negociales se modifiquen y adapten, no solo a los cambios acaecidos externamente, sino también a las nuevas expectativas que tienen como contratantes.

En los contratos de larga duración se establecen y determinan las normas procedimentales de su propia ejecución, dado que por su naturaleza temporal, las partes no pueden presentificar el contenido sustancial del acuerdo, además porque sería inadecuado fijar primigeniamente las necesidades que se pueden presentar en el futuro. Sería inadecuado, porque los contratos de larga duración buscan una duración útil —finalidad económica social— y una duración justa —justicia conmutativa—, por cuanto las partes persiguen obtener una rentabilidad con la ejecución del contrato y, al mismo tiempo, buscan una relación jurídica equitativa que no se materialice en una situación de desventaja para una de las partes.

Bibliografía

Alchian, Armen A.

1965 «The Basis of Some Recent Advances in the Theory of Management of the Firm». *Journal of Industrial Economics 14*: pp. 30-41.

1984 «Specificity, Specialization, and Coalitions».*Journal of Law and Theoretical Economics 140* número 1, pp. 34-39.

Alchian, Armen A. y Harold Demsetz

1972 «Production, Information Costs, and Economic Organization». *American Economic Review* 62, diciembre, número 5, pp. 777-795.

Benjamin, Antonio Herman

1995 *Codigo Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cuarta edición. Sao Paulo: Forense.

Cazeaux, Pedro y Félix Trigo Represas

1986 *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Platense.

Crawford, Robert G. and Armen A. Alchian

1978 «Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process». *Journal of Law and Economics* 21.

De la Puente y Lavalle, Manuel

2003 *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra.

Diez-Picazo, Luis

1970 *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I. Madrid: Tecnos.

Do Couto E Silva, Clovis

1976 *A Obrigacao como processo*. Sao Paulo: S. Butschasky.

Farina, Juan

1995 *Defensa del consumidor y del usuario.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gamarra, Jorge

1993 *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, tercera edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Ghestin, Jacques y Marc Billiau

1990 *El precio en los contratos de larga duración*. Traducción de Luis Moisset de Espanés y Ricardo de Zavalía. Buenos Aires: Editorial Zavalía.

Ghersi, Weingarten e Ippolito
1993 *Contrato de medicina prepaga*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Lima Marques, Claudia
1998 *Contratos no Codigo de Defesa do Consumidor*, tercera edición. Sao Paulo: Revista Dos Tribunais.

Mac Neil, Ian
1980 *The new social contract. An Inquiery into Modern Contractual Relations*. New Haven: Yale University Press.

Messineo, Francesco
1986 *Doctrina general del contrato*, tomo I, Fontanarrosa, Sentis, Melendo, Volterra (traductores), Buenos Aires: Editorial EJEA.

Morello, Augusto
1990 *Contrato y proceso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
1998 «Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias». *LL:* 25.8.98.

Mosset Iturraspe, Jorge y Ricardo Luis Lorenzetti
s/f *Protección del consumidor.* Buenos Aires: Editorial Rubinzal y Culzoni.

Rezzónico, Juan Carlos
1981 *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Soto, Carlos
2001a «La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles». En *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
2001b «La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998». En *Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y propuestas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
2002a «La autonomía privada y la buena fe: fundamento de la fuerza obligatoria del contrato». *Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires*. Buenos Aires: setiembre de 2000.
2002b «La transformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto». En *Contratación contemporánea*, volumen I, Instituciones de Derecho Privado. Bogotá: Temis/Palestra.
2002c *Contratación privada*. Jurista Editores, Lima.
2003 «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas». *Universitas*, número 106. Bogotá: diciembre.

2004 *El contrato en una economía de mercado*, en co-autoría con Jorge Mosset Iturraspe. Trujillo: Normas Legales.

2005a «La contratación predispuesta». *Revista de Derecho de la Empresa*, número 3, Santiago de Chile.

2005b *La transformación del contrato*. Lima: Grijley.

Stiglitz, Gabriel

1990 *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma.

Vallespinos, Carlos

1984 *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Williamson, Oliver E.

1975 *Markets and Hierarchies: Analysis and Antritrust Implications*. New York: Free Press.

1985 *The Economic Instituions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press.

LA CORRECCIÓN DEL CONTRATO

*Jorge Mosset Iturraspe**

Los argumentos a favor de la revisión contractual

1. El campo de actuación de la revisión.
2. Las prestaciones ya cumplidas.
3. Contratos de ejecución diferida o continuada.
4. Las «prestaciones fluyentes».
5. Los contratos sujetos a condición.
6. El supuesto de la compraventa con prestaciones diferidas.
7. La tacha de inconstitucionalidad de la revisión negocial.
8. Equilibrio y desequilibrio inicial, a la celebración.
9. Equilibrio inicial y desequilibrio sobreviniente.
10. Alteración de las circunstancias contractuales: distintas hipótesis.
11. Los hechos normales que alteran las circunstancias iniciales.
12. Los hechos anormales o fuera de lo ordinario o extraordinarios. Conceptualización y efectos.
13. Previsibilidad e imprevisibilidad según el conocimiento e información de las partes. Empresarios, profesionales y consumidores.
14. Criterios subjetivos a favor de la revisión: *rebus sic stantibus,* presuposición, base en sentido subjetivo.
15. Criterios objetivos a favor de la revisión: reciprocidad y equivalencia de las prestaciones, función económica social, la frustración y la base objetiva.

---

* Doctor en Derecho. Profesor en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional Litoral de Santa Fe, Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

16. El tema de los «motivos casualizados».
17. La cuestión del silencio de las partes sobre motivos y fines.
18. La labor de las partes y del juez en el proceso de revisión.
19. Cada negociación es un hecho económico insertado en la economía general de la nación.
20. El error de confiar en la natural armonía y evolución de las leyes del mercado.
21. El rol del derecho y no de la moral.
22. Corresponde a la «constitución económica» garantizar la justicia contractual.
23. La rescisión como institución de naturaleza oscura y controvertida.
24. Los contratos de consumo y el desequilibrio sobreviniente.
25. La buena fe como un parámetro del desequilibrio.
26. La lealtad y la equidad en la conducta del profesional y/o proveedor.
27. El derecho a la *correttezza* en las relaciones contractuales.
28. El derecho a la equidad en las relaciones contractuales.
29. Los contratos entre empresas: el abuso de la posición dominante.
30. La denominada «atribución al juez de un poder inquietante».
31. El reconocimiento de la autonomía privada como autodeterminación de cada individuo en la vida jurídica. La subordinación estructural.
32. El dato unificador: la capacidad y voluntad de los sujetos, no constituye ayuda alguna para lograr el contrato justo.
33. La nueva disciplina del contrato es disciplina de la actividad económica.

1.

Lesión —o excesivo desequilibrio inicial—, al tiempo de la celebración del negocio, e imprevisión —o excesivo desequilibrio sobreviniente—, al tiempo del cumplimiento son dos remedios que, sobre la base de la revisión del contrato, o examen del mismo por el juez, apuntan a superar situaciones incompatibles con la justicia conmutativa, con la buena fe que debe reinar en los negocios jurídicos y con un ejercicio regular o funcional de los derechos[1].

[1] Mosset Iturraspe (1994: 273 y ss.); Morillo (L.L. 152-884 y ss.); Ghestin-Billiau (1990); Picod (1989); Lecrero (1992).

Tanto una como otra institución suponen, en su aplicación, un juez dispuesto, con voluntad motivada y tiempo disponible para analizar el contrato y su entorno económico, las situaciones particulares de los contratantes y las circunstancias intrínsecas del negocio. Un juez que se prepara, en síntesis, a fallar en equidad[2].

Ambas, lesión e imprevisión, bregan por la vuelta del negocio a la equidad: en la primera de las figuras esa equidad está dada por un equilibrio razonable en las prestaciones; equilibrio tipo o ideal que es de la naturaleza de los contratos onerosos; en la segunda, la imprevisión, la vuelta a la equidad es el retorno al equilibrio originario, al querido por las partes; no a uno ideal[3].

Desequilibrio coetáneo o sobreviniente, es innegable que el paralelo entre una y otra institución es muy grande[4]. Empero, no faltan las diferencias: la desproporción es, en la lesión, el resultado del obrar antijurídico de una de las partes posibilitado por la inferioridad de la otra; en la imprevisión, la desproporción aparece como consecuencia de hechos extraños a las partes contratantes, hechos que ellas no pudieron anticipar ni evitar; de donde, el primer remedio es, en buena medida, sanción a la conducta ilícita del aprovechador; el segundo, en cambio, no sanciona ningún ilícito; persigue enderezar lo fortuitamente torcido. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, en los dos casos, como efecto de los hechos expuestos, aparece un beneficiado y un perjudicado, y el perjuicio es siempre ajeno a un obrar torpe de quien lo padece. De las diferencias de comportamiento se desprende una distinta naturaleza jurídica de la acción básica acordada; nulidad en la lesión, resolución en la imprevisión. Mientras en la lesión hay un vicio en la voluntad del lesionado, originado por dos factores: su situación y la actitud de aprovechamiento de la contraria; en la imprevisión no hay irregularidad alguna en la formación del contrato; acontece que el contrato, regularmente celebrado,

---

[2] Empero, cabe afirmar de manera rotunda que no es el juez quien «hace el nuevo contrato». Ni rol judicial determinante ni contrato distinto. Son siempre las partes las que han de trabajar en esa «vuelta a la equidad» y el juzgador en la superación de las diferencias. El contrato es ahora el mismo, pese a que había dejado de serlo con base en la excesiva onerosidad sobreviviente.

[3] Si hubo una razonable desproporción inicial ella habrá de mantenerse de la revisión; solo se corrigen los desequilibrios acontecidos en la fase de cumplimiento. Donde resulta que el «temor a la arbitrariedad judicial» no es lógico ni razonable. Otras son las situaciones de «intervencionismo excesivo», indeseables, en las que el juez se vuelve «protagonista» y no árbitro.

[4] Quienes bregamos por la conservación del contrato con base en la revisión, acentúa más las coincidencias; quienes lo hacen para distinguir las dos acciones del 954 —nulidad y revisión— de la acción únicamente otorgada al actor —resolución— en el 1198, segunda parte, ponen el acento en las diferencias. De cualquier manera no se justifica la solución legal para la excesiva onerosidad sobreviviente; verdadero privilegio para el «beneficiado».

en virtud de una vicisitud sobreviniente en el tiempo, posibilita que una parte obtenga un resultado injusto, inicuo o contrario a derecho[5].

Lesión y excesiva onerosidad sobreviniente dan origen a remedios en cuya vigencia está interesado el orden público económico, además de la moral social, y de ahí su imperatividad, incompatible con una renuncia anticipada[6].

Nos ubicamos en los contratos destinados a durar en el tiempo, que mantienen entre los celebrantes una relación prolongada[7].

En los negocios jurídicos en los que se busca salvar la ecuación económica, el sinalagma, la proporción entre prestación y contraprestación. No es el caso de los contratos gratuitos[8].

No funciona tampoco en aquellos que llevan ínsito un riesgo, previsto y asumido por uno de los celebrantes. «Riesgo propio del contrato». Semejante aleatoriedad tiñe el negocio y obsta, en consecuencia a la invocación del perjuicio[9].

Ni ejecución inmediata, ni gratuidad, ni aleatoriedad. Se contrata sopesando y evaluando prestaciones y contraprestaciones, descartando la suerte y el azar, tratando de prever lo previsible, anticipar lo anticipable[10].

2.

Sobre las prestaciones ya cumplidas no puede existir revisión alguna. El pago, cumplimiento de la prestación objeto de la obligación, hace que el acreedor

---

[5] Nos parece muy conveniente la invocación del ejercicio regular de los derechos nacidos del contrato, con la consiguiente proscripción de los abusos, como fundamento de la revisión negocial.

[6] La doctrina nacional aparece dividida en esta cuestión de la validez o invalidez de una renuncia anticipada a la revisión; no dudamos en adherir a la tesis que niega la validez de semejante conducta, ante hechos extraordinarios e imprevisibles. Nos oponemos a que se pueda renunciar a efectos desconocidos originados en hechos también ignorados.

[7] En la doctrina ha ganado espacio la identificación entre «contrato de larga duración» y «contratos relacionados» y el señalamiento como principios que deben imperar en estos contratos: la solidaridad, la confianza y la cooperación. Se destaca en America Latina la obra de Porto Macedo (1998). El precursor en la materia es el jurista norteamericano Ian Macneil. Se trata de superar la concepción clásica que llevó al denominado «contrato discontinuo». Volveremos sobre esta cuestión de los contratos relacionados.

[8] La gratuidad no puede, al menos en principio, «medirse»; si se da algo por nada, no puede luego el donante sostener que quiso dar un poco menos de lo que regaló o que esa dación se ha vuelto demasiado gravosa. Mas allá de la solución legal creemos inconveniente la extensión de la revisión a los gratuitos.

[9] Si acepto la aleatoriedad de la prestación a mi cargo, si asumo los cambios, entre ellos la onerosidad sobreviniente, no es dable, a menos como regla, invocar la revisión. Salvo que ella aparezca en otros efectos, en prestaciones no pactadas como sujetas al azar.

[10] Un ámbito relativamente acotado. Ello no significa que los problemas escaseen y las dificultades sean menores.

adquiere un derecho del cual no puede ser privado. Está de por medio la garantía constitucional sobre el derecho de propiedad.

La situación no puede equipararse a un «pago sin causa» o por «causa falsa», contemplados por el Código Civil como base de una acción de repetición.

Media causa y ella es verdadera. Ocurre que el deudor, víctima de la onerosidad, debió advertir la situación y abstenerse de pagar. Si lo hizo no puede ya volver sobre sus propios actos. Para algunos esta solución, indiscutible, evidencia que la revisión es un remedio excepcional; para otros se explica como una opción entre dos vías y la elección por aquella que aparece como menos conflictiva. Aquí, se afirma, se muestra el sacrificio de la justicia en aras de la seguridad jurídica[11].

3.

Insistimos entonces en que el ámbito de la revisión es el de los contratos que se proyectan en el tiempo. La ejecución diferida o demorada se opone a la ejecución inmediata. En la inmediata no hay solución de continuidad entre celebración y cumplimiento: el contrato se concluye, se empieza a cumplir y, por lo normal, se agota en sus efectos sin discontinuidad, sin interrupciones apreciables, en su solo momento. No se ha incorporado el factor tiempo.

En la ejecución diferida, por el contrario, el contrato está sujeto a un término inicial: se celebra y no empieza a cumplir hasta pasado un tiempo, fijado por las partes.

La trascendencia de la cuestión deviene de la necesidad de un lapso para que, durante el mismo, ocurran los hechos desquiciantes de la relación negocial. Si se cumple enseguida, de inmediato, no se da esta posibilidad. Recordemos que la mora del deudor, su retraso imputable, obsta, al menos como regla, a requerir la revisión. Puede pensarse que un retraso en el cumplimiento, no pactado sino originado en la conducta del deudor, permite imputar a este, a su retraso, la incidencia en el contrato de los hechos extraordinarios e imprevisibles.

Dentro de los contratos de ejecución diferida podemos distinguir: aquellos que, llegado el tiempo, se cumplen de una sola vez, y aquellos otros que, empezados a cumplir, prolongan sus efectos en el tiempo.

Son estos últimos, los contratos «de larga duración» los que de ordinario pueden ser desequilibrados por las nuevas circunstancias: locaciones de cosas, de obras

[11] En consecuencia, el ámbito es el de las prestaciones incumplidas vueltas excesivamente onerosas; sobre las ya satisfechas no hay revisión posible. ¿Qué ocurre en los contratos parcialmente cumplidos, en los que hay prestaciones aun pendientes? No dudamos en afirmar que en tales negocios la revisión, dadas las demás exigencias legales, es aplicable. Que la excesiva onerosidad de «lo que resta cumplir» puede dar pie a las acciones del 1198.

o de servicios. Contratos destinados a durar, a mantenerse por un tiempo más o menos prolongado, recibiendo el impacto de las vicisitudes económicas[12].

La doctrina distingue dentro de la duración prolongada o extendida en el tiempo, los contratos «de ejecución continuada», como es el caso del alquiler de un inmueble, en el cual el cumplimiento se reitera periódicamente —uso y goce por el inquilino y pago del precio por el locador— de aquellos otros en los que una misma prestación, por vía de ejemplo, el pago del precio en una compraventa inmobiliaria, se cumple parcialmente, en cuotas, hasta agotarse.

Los primeros, de ejecución prolongada y reiterada, se denominan «de tracto sucesivo»; los segundos, también extendidos en el tiempo, pero que se cumplen «una sola vez» se denominan «de ejecución instantánea» o ejecución única. La construcción de una obra pertenece a esta categoría.

4.

Es innegable que un sector de la doctrina nacional —y también de la extranjera— que adhiere a la vigencia absoluta de la autonomía de la voluntad, traducida en la «intangibilidad negocial» y la fuerza vinculatoria, cualesquiera fueren las circunstancias y los efectos sobrevinientes, «forzados» a interpretar la norma que admite la revisión contractual —por ser ley vigente— apuntan a «minimizar» sus alcances, su campo de actuación, así como a multiplicar los requisitos o extremos para su aplicación.

Esa doctrina es la que rechaza la aplicación de la acción por revisión a los «contratos de construcción» o locaciones de obra, por entender que no se trata de contratos «de larga duración» o de ejecución continuada, en la medida en que «obligan a una prestación de dar», la entrega de la obra concluida, que es una «prestación única». Nos parece que semejante criterio se evade de la realidad negocial: el tiempo de realización de la obra aparece incorporado al contrato y regulado en el mismo; en ese tiempo pueden ocurrir los hechos desquiciantes; no es dable hacer una obra sin contar con el tiempo y sus circunstancias.

Algo similar ocurre con la teoría de «los contratos con prestaciones fluyentes» o de «naturaleza fluyente»[13]. Son aquellos, nos dice Llambías, en los que el tiempo opera una «acción fecundante», creadora o cocreadora de nuevos efectos. Solo en tales negocios puede hablarse de que se encuentran celebrados en función «de la

[12] Mosset Iturraspe (1994: 90 y ss.). Las expresiones ejecución instantánea y ejecución única pueden dar lugar a equívocos o confusiones. Se pueden confundir, por ejemplo, con la ejecución inmediata, ya aludida.

[13] Llambías (1969: 314 y ss.).

razonable subsistencia del originario estado de cosas», y de ahí que las alteraciones puedan dar pie a la revisión.

En los no fluyentes —compraventas a plazo, construcción, etcétera— donde las prestaciones son las mismas, sin creación de situaciones nuevas, no cabe invocar la revisión. Se ejemplifica con el «tracto sucesivo» y se parte de la antigua doctrina medieval del «consentimiento reiterado» para cada nuevo período. El cambio de las circunstancias, en tales negocios, requería de un «nuevo consentimiento», no bastando el originario. Nos parece un distingo inadmisible hijo de una mera ficción[14].

5.

Los contratos sujetos a condición, tanto suspensiva como resolutoria, se encuentran alcanzados por la acción autónoma de revisión, dados los restantes extremos o exigencias. Condición y plazo son modalidades que no admiten confusión o asimilación; empero, para la cuestión que ahora nos preocupa tanto da que el contrato tenga suspendidos sus efectos como consecuencia de un plazo, como que ello ocurra por la incidencia de una condición. La condición es una contingencia mucho más incierta, puesto que no se trata solo de la postergación en el tiempo del ejercicio, sino de la puesta en cuestión de la misma existencia del derecho[15], el derecho condicional es más «frágil», pudiendo llegar a ser ilusorio o extinguirse según no ocurra el evento futuro al cual se supedita, en la condición suspensiva, o bien ocurra en la resolutoria. Insistimos en que tales diferencias no pueden llegar o conducir a excluir los contratos de prestaciones sujetas a término suspensivo de la categoría de los de «ejecución diferida», pues ello es lo que precisamente ocurre con el plazo y con la condición[16]. La invocación del condicionamiento de una prestación por otra, en los de prestaciones múltiples, por el deudor de ellas, suele ser, en ocasiones, un mero pretexto para no cumplir; de ahí la necesidad de desentrañar la verdadera naturaleza del invocado «condicionamiento».

---

[14] La ficción del consentimiento reiterado en el tiempo y para cada nuevo período es hoy insostenible; se trata de un consentimiento único y originario. La prestación alterada es la misma, haya nacido del acuerdo originario o de otro acuerdo ficticio prestado para el nuevo período.

[15] En las Jornadas Sanrafaelinas, que fueron pioneras en estos temas, llegando a conclusiones de excelencia, se resolvió que: «La revisión es procedente en los contratos de ejecución continuada y en los de ejecución diferida o contratos a plazo y también en los sujetos a condición, siempre que pertenezcan a algunas de las categorías mencionadas en el texto del artículo 1198, segunda parte».

[16] Para Spota, insigne y recordado maestro, injustamente olvidado por un sector de la doctrina (Contratos, tomo II: 141), «el contrato es de ejecución diferida cuando se encuentra sometido a una condición o a un evento incierto y futuro».

6.

La compraventa de cosas muebles o inmuebles, de ejecución diferida, sea respecto al precio, a su integridad o en virtud del pago de cuotas, o sea respecto de la cosa vendida, en un negocio susceptible de ser revisado frente a la excesiva onerosidad sobreviviente; es importante destacarlo frente a criterios limitativos o restrictivos, como el ya recordado de las «prestaciones fluyentes». Además, la compraventa es el paradigma de los contratos onerosos y su celebración es de enorme frecuencia. También alcanza la revisión a la cesión onerosa de acciones, de ejecución diferida, supuesto que revista jerarquía que, de conformidad con la norma del artículo 1435, se regula por las reglas de la compraventa.

7.

Se ha sostenido, por calificada y minoritaria doctrina[17], que la extensión de la revisión contractual a negocios no fecundados en el tiempo, en los que las prestaciones originarias son las mismas, aunque vueltas excesivamente onerosas, viola la norma del artículo 17 de la constitución nacional, en la medida en que altera un derecho creditorio que «es una propiedad del acreedor»; de donde, se sostiene, «no puede ser retaceado por la indiscreta incidencia de la teoría de la imprevisión; ese crédito, desde su origen, ha ingresado al patrimonio del acreedor, en una cierta medida que no sería justo alterar en su desmedro por la ocurrencia de hechos ulteriores que han agravado la situación del deudor, puesto que ello importaría, para aliviar a este, darle al deudor lo que se quita al acreedor».

Hemos anticipado nuestra absoluta discrepancia con semejante planteo. Se trata, insistimos, de una reiteración de argumentos superados; ahora mostrada como inconstitucionalidad por apartamiento de la «ley de las partes», con su secuela de derechos adquiridos. Entendemos que mientras el contrato no se halle agotado, con el cumplimiento de todas las prestaciones emergentes del mismo, no puede hablarse de derechos adquiridos, en la antigua terminología de derechos incorporados al patrimonio o de propiedad derechos. El negocio, en su aspecto dinámico, no está definitivamente construido hasta su agotamiento por cumplimiento total; mientras, en la fase de ejecución de las prestaciones, las partes no tienen sino expectativas de las cuales pueden ser privadas como resultado de los hechos sobrevinientes; es, sin lugar a dudas, lo que se desprende del artículo 1198, segunda parte.

[17] Llambías (1969: 317 y ss.).

8.

Las partes celebrantes, al acordar el negocio, quieren un «cierto equilibrio» entre prestaciones y contraprestaciones; por lo común, no se trata de un equilibrio perfecto o exacto, por una serie de razones que tienen que ver con la oferta y la demanda; es, en palabras de los economistas «el equilibrio del mercado».

De ahí que, luego de enfatizar acerca de que el contrato «nace, vive y muere» —se origina, se cumple y se extingue— debamos señalar que si es oneroso y, salvo lo realmente querido por las partes en contrario, debe nacer y vivir en equilibrio, guardando equivalencia entre lo que uno debe dar, hacer o no hacer. El concepto de lesión, artículo 954 viene a superar un desequilibrio genético; el de imprevisión, uno funcional. El primero aparece en la celebración o acta de nacimiento del negocio y antes de la producción de los efectos; surge de una visión estática. El segundo, el remediado por la imprevisión, se muestra durante la vida del contrato, a contar desde que los efectos se desencadenan; se trata, entonces, de una apreciación dinámica.

9.

Cuando el contrato está destinado a durar en el tiempo, a prolongar sus efectos, no es extraño que las circunstancias originales, las existentes al tiempo de la celebración, sufran alteraciones, cambios más o menos importantes, relativos a los bienes y a su precio, al estado del mercado, a la abundancia o la escasez, a los costos, etcétera.

Los temas, ocurridas esas alteraciones que inciden en las prestaciones acordadas, son: a) qué circunstancias originarias fueron tenidas en cuenta; b) se atendió a su mantenimiento o a su cambio; c) cuál es la incidencia en el negocio; d) cómo distinguir lo normal de lo anormal; e) cómo lo previsible de lo imprevisible; f) qué es lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender al respecto, etcétera.

La regla que manda obedecer a la palabra dada —*pacta sum servanda*— no entra en conflicto con la que dispone el cumplimiento de lo acordado siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas —*rebus sic stantibus*—. Lo decía Seneca: «todas las circunstancias deben ser las mismas que fueron cuando hice la promesa, para que puedas obligar mi fidelidad», y lo repite Cicerón.

Uno y otro principio se armonizan si se concluye sosteniendo que la palabra empeñada debe ser cumplida en tanto y en cuanto no haya una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, como consecuencia de ello, de los efectos previstos.

10.

Al estar el desequilibrio sobreviniente en la base de la cuestión analizada, interesa esclarecer si la sorpresiva onerosidad debe valorarse adoptando criterios objetivos o subjetivos.

El criterio objetivo valora o estima la onerosidad respecto de la contraprestación; el subjetivo la valora respecto al sujeto deudor[18]. Al hablar de «contraprestación» se alude a la proporción existente entre la relación de la prestación, las obligaciones a cargo de una de las partes; con la contraprestación, las obligaciones a cargo de la otra parte; y se las considera tal como aparece esta relación en su origen y cómo subsiste al momento de peticionarse la revisión.

Al hablar del sujeto deudor se indica, en cambio, la proporción establecida entre dos términos constituidos, el uno por el sacrificio que irrogaba la ejecución o cumplimiento y el resultado que se pretendía conseguir originariamente; y, el otro, por el sacrifico que cuesta sobrevenida y el resultado que en la realidad se logra.

El criterio objetivo resalta meramente el desequilibrio; el subjetivo destaca el esfuerzo del deudor, la carga que significa para su patrimonio el cumplimiento de la prestación alterada. Apunta a las condiciones patrimoniales del deudor, a su empobrecimiento o al aumento de su erogación.

El criterio objetivo aparece como restrictivo del remedio de la revisión; lo encierra con requisitos precisos, no librados a la apreciación particular de un deudor. El subjetivo es más amplio o generoso para el deudor y, a la vez, más «peligroso» para el acreedor.

11.

El debate, promovida la revisión por el deudor, se plantea entre «alteraciones normales», que son comunes o de ocurrencia ordinaria, que acontecen en el tráfico o vida de los negocios, cada tanto, que como tal son anticipables o previsibles, y debieron tenerse en cuenta, asumirse como «riesgo», y «alteraciones anormales», extraordinarias e imprevisibles, que superan lo anticipable, lo que es común en el mercado y, por ende, escapan a toda previsión.

Creemos que la idea de «extraordinariedad» no debe ser tan exagerada como para descartar cualquier hecho con incidencia negocial. La revisión no aparece incorporada a los códigos como un remedio excepcional o de muy escasa aplicación. No se reforma para que lo nuevo nunca se aplique.

[18] Pino (1959: 23 y ss.).

Hechos de la naturaleza o del Estado o hechos de terceros con incidencia en el contrato. No basta con Chernobyl o con la «vaca loca» o con la «gripe aviar». Muchos otros casos pueden originarse y superar lo común y ordinario, lo de todos los días, lo habitual, lo tenido en cuenta.

12.

La doctrina especializada, en particular la italiana —al conjuro de un texto similar al artículo 1198 argentino— se formula una serie de cuestiones:

— ¿La incidencia de los hechos extraordinarios origina un daño o perjuicio?[19]

— ¿Ese daño puede calificarse como «daño emergente» o constituye un «lucro cesante»?[20]

— ¿Puede demandar revisión quien pierde una mera chance o posibilidad de lucro?[21]

— ¿El empobrecimiento para una parte debe ir seguido necesariamente de un enriquecimiento para la contraparte?[22]

— ¿La prestación se juzga excesivamente onerosa confrontada consigo mismo o con la contraprestación?[23]

— ¿Debe tratarse de un perjuicio grave para el deudor?[24]

---

[19] Que está dado, obviamente, por la diferencia entre el valor de la prestación tal como se convino y el valor acrecentado por la onerosidad sobreviniente. Es, innegablemente, un perjuicio patrimonial.

[20] La normativa legal y la doctrina que gira a su alrededor, no hacen incapié entre un daño que achica el patrimonio —daño emergente— y otro que impida su acrecentamiento. Uno y otro pueden dar pie a la acción por revisión.

[21] Opinamos que no puede accionar por revisión, al menos como regla y salvo circunstancias muy especiales. La revisión deviene de una «comparación», entre prestaciones, y no de una «ilusión» o de una mera esperanza.

[22] La doctrina pone el acento en el perjuicio del deudor y no en el beneficio del acreedor; muy probablemente este beneficio exista y de él se aproveche el acreedor; pero no es determinante de la acción. El «fuerte lucro» puede o no existir; es tema librado al arbitrio judicial.

[23] Se juzga con base en una confrontación o comparación con la prestación a cargo de la contraparte. No meramente consigo mismo, vale decir contraponiendo el valor originario al actual.

[24] Creemos que sí, que no son suficientes los menoscabos o detrimentos menores, que pueden considerarse «riesgos asumidos».

13.

Hemos aludido con reiteración al tema de la previsibilidad, de la posibilidad cierta de que el deudor, con anticipación a la ocurrencia de los hechos desquiciantes, pueda saber de su existencia y, en consecuencia, tomar las medidas pertinentes.

Digamos ahora que también esta previsibilidad admite una consideración objetiva, atendiendo a la media en una época y lugar, a los conocimientos normales de cualquier ciudadano atento, a lo que supo o pudo saber, actuando con probidad y diligencia, y otra consideración más subjetiva, en la cual el acento está puesto en la persona concreta del contratante, en su profesión, oficio o quehacer habitual y, por tanto, en la información que tuvo o debió tener. Acontece en los contratos empresarios, entre empresas y en los de consumo, donde una de las partes es un empresario proveedor. Los acontecimientos sobrevivientes pueden ser desconocidos: por su extraordinariedad o por la ignorancia del deudor, sin perjuicio de la incidencia de la falta de información que el acreedor debió brindar y ocultó.

14.

A partir de esta «plataforma fáctica», sobre la cual nos hemos venido ocupando, la doctrina, nacional y comparada, ha ido desarrollando, a través de los siglos, distintos criterios destinados tanto a fundamentar la revisión del contrato como a precisar sus requisitos de admisión y las consecuencias desencadenadas. Estas teorías, todas las cuales mantienen vigencia, con mayor o menor consenso, encierran un margen de acierto; suelen ser complementarias, puesto que van poniendo de manifiesto cuestiones diferentes, coincidiendo en su propósito de justicia contractual.

Por ahora nos limitaremos a señalar las líneas rectoras de tales propuestas doctrinarias, con recepción en códigos progresistas.

Los criterios denominados subjetivos enfatizan respecto de las cuestiones «determinantes para la declaración de la voluntad» por parte del deudor perjudicado; ponen el acento en el «análisis de la voluntad contractual» de ese deudor. De ahí que se afirma que este criterio «valora la onerosidad respecto del deudor».

La subjetividad aludida admite diferentes «visiones»; de donde, para una teoría; interesa considerar «el entorno», «contorno» o «ambiente» que rodeó la declaración de voluntad —*rebus sic stantibus*—; para otra —teoría de la presuposición—, se debe atender a la representación de la existencia, subsistencia o llegada de una circunstancia determinante para la declaración de voluntad; y, para una tercera teoría —de la base subjetiva del negocio jurídico— hay que estar a

lo determinante de la voluntad negocial, lo que cada una de las partes piensa respecto de las circunstancias[25].

15.

En cuanto a los criterios objetivos para al revisión, expuestos por la doctrina, señalamos: a) el de la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones intercambiadas, en los contratos onerosos, sean estos bilaterales o unilaterales; se habla de excesiva onerosidad sobreviviente o del riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión; b) para la teoría de la base objetiva del negocio, es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forme parte del contenido del negocio y que del mismo devenga una perturbación del equilibrio de las prestaciones, de entidad suficiente; c) la teoría de la función económica-social, fundamenta la revisión en la exigencia de conservación de la economía general del contrato, que comprende, además de la equivalencia de las prestaciones, el conjunto total del negocio, superando la mera confrontación de las prestaciones; y, d) la versión americana de la frustración del derecho inglés se denomina *impracticability* y, a diferencia de la versión inglesa, autoriza la revisión judicial[26]; son sus requisitos: la «supervivencia de dificultades sobrevenidas, desconocidas o imprevistas, al momento de la celebración» que originan para el deudor una pérdida de utilidad[27].

16.

Este tema específico tiene verdadera relevancia en los ordenamientos que incorporan a la causa como un requisito esencial del contrato, con el consentimiento y el objeto[28]. También la doctrina, tanto nacional como extranjera, lo ha puesto

---

[25] La base del negocio reconoce su nacimiento en la doctrina alemana, donde ha originado interminables debates y la exposición de criterios y subcriterios muy variados. Volveremos sobre ella.

[26] Los tribunales ingleses son reacios a admitir la revisión judicial del contrato; los supuestos de frustración, que se inician con el caso de la Corona, cuando son acogidos conducen a la extinción del negocio; mas aún, se señala que dichos tribunales se niegan, en general, a admitir la «imposibilidad» como causa de liberación.

[27] La situación, como se destaca, es diferente en los tribunales americanos, más inclinados a la revisión en casos de frustración del fin del contrato. Ocurre que tratándose de una contrato de larga duración, la doctrina autoral y judicial argumenta que cada uno de los celebrantes tiene un interés particular en el mantenimiento del contrato, pero, a la vez, el éxito comercial de ambas partes depende de la preservación de la relación económica establecida por el contrato celebrado.

[28] Ello acontece en el derecho argentino, con base en los artículos 500, 501 y 502. Mosset Iturraspe (1994: 239 y ss.). Incorporamos allí una exposición algo extensa y prolija sobre causalismo y anticausalismo y distintos criterios acerca de lo que significa la causa en los contratos.

de relieve a la hora de hablar de la revisión del contrato, invocando como una razón para ello la frustración de la causa tenida en vista al contratar.

Como sabemos hay, cuanto menos, dos versiones acerca de la causa del contrato: la subjetiva, que señala como causa el «motivo determinante», la razón que lleva a celebrar el negocio, conocida por ambos celebrantes y por tanto motivo o razón común, compartida; causa concreta y variable en cada contrato; y, la objetiva, que ve en la causa la finalidad económica social, la función que el negocio es idóneo a realizar por sí; no atiende a la finalidad de los celebrantes, sino a la finalidad de cada contrato, conforme a su tipo.

De ambas versiones se desprenden una tercera, denominada dualista, que define la causa como «finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido, de la causa categórica de la figura en cuestión —del tipo negocial y de los motivos psicológicos relevantes, admisibles para el derecho— que en la hipótesis concreta hayan impulsado a las partes ha concluir el acto»[29].

Ahora bien, la causa que ahora nos interesa es la de la versión subjetiva, que a los fines de la revisión del contrato desequilibrado se denomina «causalización del motivo»[30], con la particularidad, muy relevante, que no se juzga la causa al tiempo de la celebración, sino al tiempo del cumplimiento. Y se menciona entonces una causalización del motivo que perdura y llega hasta el momento de la alteración desequilibrante, que contradice tales motivos[31].

La doctrina más reciente prefiere aludir a una causa como «propósito práctico» perseguido por el contrato[32] función económica-individual del negocio[33].

---

[29] Videla Escalada (1968: 98 y ss.).

[30] Es conocida la antipatía de la versión decimonónica respecto de los motivos, personales, cambiantes, muchas veces ocultos, etcétera. La rehabilitación de los motivos determinantes del negocio, conocidos por ambos celebrantes, viene ahora de la mano de la «causa», como elemento esencial. Esta tesis es defendida en España por el profesor De Castro.

[31] En rigor la causa debe existir a la celebración y perdurar hasta la extinción del negocio. Se habla entonces de la «continuadora influencia de la causa», que alude a una «falta sobreviviente de la causa», heredera de la versión romana: *condictio causa data causa non secuta*, que posibilita que el contratante que había tenido a la vista para obligarse una razón especifica, una función práctica, cuando las circunstancias cambian pueda accionar por revisión. De donde resulta que la función de la causa no acaba en el momento mismo del nacimiento del negocio, sino que perdura.

[32] Propósito práctico o función económico-individual, concreta, del negocio. Mientras la concepción de la causa como función económica social sirve para resolver los problemas de validez del negocio y de relación entre contrato y ordenamiento jurídico —controlando la autonomía privada—, la causa como función económico-individual no es sino el «espejo» de la operación económica querida por las partes. La doctrina francesa menciona la causa *individuelle*.

[33] Concepción que ha adquirido prestigio en los últimos tiempos, frente a la «decadencia», o crisis de la causa como función económico-social (Bessone).

No obstante coincidimos mayoritarias, no faltan autores que en los casos en que el motivo pasa a ser «elemento esencial» del contrato, prefieren hablar de «presuposición» o de «base del negocio»[34].

17.

El silencio de las partes sobre motivos determinantes y fines económicos, no es obstáculo para su consideración por el intérprete, frente a un planteo de revisión.

Es sabido que las partes están en completa libertad para delimitar como gusten el contenido jurídico del acto realizado, así como para introducir en él cualquier tipo de presuposición.

Empero, el no hacerlo, el silencio o la omisión, la falta de estipulación formal, no puede ser obstáculo para que, en base a la buena fe y a la equidad pueda el juez suplir ese silencio, y, por esa vía, aludir a una «estipulación tácita», implícita o virtual[35].

18.

Nos limitamos ahora a dar ideas generales y de aproximación.

Producido el desequilibrio, la frustración de la razón práctica, el apartamiento de los motivos determinantes, puede ocurrir que las partes, por iniciativa de una de ellas, acuerden rediscutir y negociar el contrato, con la finalidad de superar ese desequilibrio, llegar a una adaptación y volverlo a la «normalidad»[36].

---

[34] Es la opinión de Lacruz, en España. Para Galgano, en la doctrina italiana, la causa del contrato es su función objetiva, que es única para ambos contratantes; los motivos, en general irrelevantes para el derecho, adquieren importancia cuando el resultado perseguido o buscado se incorpora al contrato, por la vía de una condición, de una disposición modal o de una presuposición.

[35] Cabe recordar ahora que el artículo 1198, en su primera parte, menciona expresamente: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión». La norma, repárese en ello, no dice «de acuerdo con lo declarado […]», sino de acuerdo con lo entendido, sea acompañado no este entendido de una exteriorización.

[36] En el tráfico internacional, nos recuerda Martínez-Velencoso, la mayor cantidad de las revisiones contractuales tiene lugar por las partes en forma de negociaciones directas e informales. Este método de revisión contractual es más efectivo, ya que es más rápido y flexible, dado que las partes podrían acordar libremente cualquier cambio o decidir cómo colmar las lagunas del contrato. «Los contratantes se guían por las reglas no escritas de diplomacia y de psicología negocial». Puede ocurrir, asimismo, que el propio contrato contenga, en su versión original, ciertas explicitaciones en orden a una eventual renegociación. Acontece con la cláusula *hardship*.

Puede acontecer, asimismo, que frente al diferendo las partes se someten a un juicio arbitral como manera de llegar a una conciliación o acuerdo[37].

Empero, cuando uno y otro camino —el del debate extrajudicial y el del arbitraje— no son recorridos, cuando la pretensión de reajuste del perjudicado es rechazada por el beneficiado, se abre la vía judicial de revisión, que es la que ahora nos interesa.

Los problemas que se pueden plantear son muy variados: el otorgamiento o no otorgamiento a la víctima de la acción de revisión[38], sea porque la misma es desconocida[39] o porque solo se le abre la vía de la resolución[40]; la exigencia o no de una negociación previa —o prejudicial— para otorgar la acción judicial solo frente al fracaso de esas negociaciones[41], revisión admitida sobre la base de una «propuesta equitativa» formulada por el perjudicado, que debe ser aceptada o rechazada por el accionado —beneficiado— sin posibilidad judicial de que el juez «meta mano», la modifique o altere[42]; revisión planteada ante los tribunales por el perjudicado, con la posibilidad de que el juez de la causa, luego de escuchar a las partes, «modifique el contrato», produzca su adaptación, con base en la equidad y su ciencia y conciencia[43].

---

[37] Cuando fallan las negociaciones puede el perjudicado recurrir, como solución subsidiaria —y fuera ya del espíritu de cooperación— a un «tercero imparcial» que podría ser una institución o autoridad. Frente a un nuevo fracaso o imposibilidad de habilitar esta salida quedan el arbitraje o la demanda judicial.

[38] Es lo que se desprende de la letra de la norma legal, artículo 1198, en el derecho argentino, en seguimiento del derecho italiano: «[…] la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato». Creemos que la acción por revisión, pese al silencio legal, podría ejercitarse sobre la base de los principios de buena fe y ejercicio regular de los derechos. Es una cuestión debatida por nuestra doctrina, básicamente comercial.

[39] Como acontece en el derecho inglés, ya recordado, enemigo de todo tipo de revisión judicial, y partidario, por ende, de manera exclusiva, de la resolución.

[40] El derecho francés tampoco reconoce el cambio de circunstancias como base de la acción por revisión; solo se la admite en el derecho administrativo, con el pensamiento puesto en el mantenimiento del servicio. En el derecho alemán, en cambio, la consecuencia normal del desequilibrio sobreviviente no es la terminación del contrato, sino su adaptación a la nueva circunstancia.

[41] Una especie de actuación prejudicial, que recién cumplida habilita la demanda por revisión. No nos parece una solución feliz ni por ende conveniente. La vía judicial está diciendo con elocuencia del fracaso de las tratativas de reacomodamiento.

[42] Es una exigencia que se propone por quienes descreen de la idoneidad y de la imparcialidad de los jueces: todo queda en mano de las mismas partes, ahora sobre la base de una propuesta de «reajuste», que puede provenir de perjudicado —cuando se el otorga la acción de revisión— o del beneficiado, cuando por la vía reconvencional —como ocurre en nuestro derecho— queda habilitado para pedir la vuelta a la equidad y salvar el contrato de la resolución. No nos parece un criterio que debe seguirse, al menos de manera exclusiva. Los jueces deben gozar de la facultad de revisar y reacomodar, con base en los planteos de los celebrantes, no de manera arbitraria o caprichosa.

[43] Es la única salida que juzgamos apta para conservar el contrato, evitar la injusticia, aplicar la equidad revisora, y volver al equilibrio inicial o a uno similar.

La cuestión es sumamente delicada y ha menester de una particular prudencia judicial, iluminada por el principio rector de la buena fe[44].

19.

La revisión del contrato, como modo o manera de conservarlo y de retornar a un «contrato útil y justo», interesa a los celebrantes y también interesa y preocupa a la comunidad, a la sociedad civil y al mercado.

Nos dice con razón Giuseppe Vettori[45] que «los juristas comprenden que no es posible valorar y controlar el equilibrio de un solo contrato, considerándolo como un negocio aislado»; que es necesario, en cambio, «tomar conciencia de que cada negociación es un hecho económico insertado en la economía general de la nación».

Es precisamente esta inserción la que, a nuestro entender, da pie a que se mencione la «función social del contrato»; que se ponga de resalto el orden público económico, interesado en su equilibrio, y que se busque esforzadamente, a través de la acción de revisión, la «conservación del negocio celebrado».

20.

Y la experiencia adquirida, unida a una visión realista, lleva a sostener que deben dejarse atrás, tanto las tentativas utópicas de establecer el principio del justo precio como norma jurídica[46] como también el error de confiar en una natural armonía y evolución de las leyes del mercado[47].

El dejar hacer y el dejar pasar solo conducen, en situación de excesiva onerosidad o de desequilibrio, a la consolidación de las injusticias. La historia que nos cuentan, del consumidor que luego de una y otra caída —aprovechamientos sufridos en el mercado— aprende a caminar sin muletas y a no tropezar, es falsa y cruel[48].

---

[44] El juzgador no puede ni mantener la situación de perjuicio, con base en la onerosidad sobreviviente, ni invertirla, en detrimento del beneficiado; tampoco buscar el equilibrio ideal, ni ubicarse como nueva parte contratante, haciendo un negocio distinto. Debe buscar afanosamente una salida justa y equitativa.

[45] Vettori (1999); Thibierge-Guelfucci (1997, número 2: 357 y ss.).

[46] La idea de un «justo precio», como criterio para juzgar de la justicia contractual, del equilibrio de las prestaciones, tuvo enorme vigencia en el derecho medieval. La versión de la economía de mercado es que el precio es justo cuando es el precio del mercado, sobre la base de una libre competencia.

[47] Los tan conocidos, por mentados y reiterados, «hilos invisibles», «orden espontáneo», que significan tanto como que el mercado se gobierna a sí mismo y encuentra, en la libertad negocial, su justo equilibrio.

[48] Como afirmar que «el consumidor es el soberano del mercado», el que distribuye preferencias y otorga ventajas; nosotros creemos que el consumidor, como no profesional, generalmente necesitado y de escasos recursos, es la parte débil de la relación negocial.

21.

Así como el derecho no debe dejar a las alteraciones injustas en manos de mercado —por invocación de una interpretación económica del derecho— tampoco debe el jurista conformarse con derivar esa responsabilidad a la ética de los negocios o a la moral social.

Sobre el particular señala Vettori que frente a hechos como los que ahora nos preocupan «emerge con fuerza el rol del derecho y no la moral, en la transformación del orden espontáneo en una consciente institución jurídica organizada»[49].

De la previsión de derechos fundamentales se deduce que la composición de los intereses no queda librada exclusivamente al arbitrio de las partes, sino que está sujeta al control de la justicia, aun a costa de infringir la barrera conformada por el contrato concluido[50].

22.

Es un tema de enorme actualidad, y en buena medida recurrente, el relativo a la «constitucionalización del derecho privado». A la necesaria ingerencia que la constitución, las normas fundamentales, deben de tener en la relación negocial.

Sobre esta cuestión afirma Raiser que corresponde a la constitución económica garantizar la justicia contractual, considerando el «sistema económico y la forma de mercado existente o de aquella que se quiere alcanzar»; y, agrega, que en ello incidirán no solo «las elecciones jurídicas, sino también las condiciones económicas y los objetivos políticos»[51].

23.

Una cuestión muy interesante es la relativa a decidir si el combate a los desequilibrios, tanto genéticos como funcionales, debe ser un tema del Código Civil, puesto al día, superada la visión liberal individualista, o si, por el contrario, esa tarea debe dejarse en manos de una «normativa especial», sea relativa a los contratos de consumo, a la lucha contra la usura, o dentro del amplio espectro de la competencia leal.

La doctrina italiana, que ha trabajado mucho y bien en la materia —al igual que la alemana— recuerda que hasta 1990 el equilibrio negocial era todavía, en

---

[49] Los criterios de ética empresarial, tan difundidos en Estados Unidos, no parecen suficientes para superar los desequilibrios, especialmente cuando se piensa que «la lucha por el lucro» no conlleva inmoralidad y que el perjudicado suele ser tal en razón de sus descuidos o negligencias.

[50] Barrera muy fuerte, como hemos señalado en los derechos inglés y francés, en particular.

[51] Rayser (1990); Perlingieri (1997); Facchini Neto (2003: 11 y ss.).

su mayor parte, confiado a la normativa que contiene el Código Civil y muy en especial a la rescisión negocial[52].

Empero, esa rescisión, como medio extintito del contrato[53] se ha juzgado por aquella doctrina como «institución de naturaleza oscura y controversia, muy poco aplicada en la praxis»[54].

En años posteriores, los últimos quince, ha avanzado el criterio de la revisión negocial y, en los contratos de consumo la idea de las «nulidades parciales», que mantienen el contrato originario pero despojándolo de la cláusula abusiva o que posibilita el desequilibrio[55].

24.

Los «contratos de consumo» pueden calificarse con negocios sumamente sensibilizados frente al desequilibrio, ocurriere cuando fuere, inicial o sobreviniente[56].

La norma argentina, ley de defensa del consumidor 24240, no refiere expresamente a la acción de revisión frente al desequilibrio sobreviniente; la admisibilidad de esta acción se desprende del artículo 37, ss. y condensados de la ley y de la reglamentación del texto recordada, que dispone: «Se consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes[57].

Es importante en la materia, la última parte del artículo 37 en cuanto dispone: «[…] el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario»[58].

---

[52] Vettori (1996), y allí los trabajos de Mengoni, Irti, Schlensinger, Perlingieri y otros.

[53] Al lado de la resolución, la revocación y el mutuo acuerdo. La aludida rescisión entra en pugna con el principio, ya recordado de conservación del contrato.

[54] Lo que tiene de odioso la rescisión deviene de su origen unilateral, de la voluntad de uno, frente al acuerdo de ambos. De la sospecha de intransigencia, insolidaridad y falta de espíritu de diálogo y conciliación.

[55] Por lo normal, el vacío dejado por una nulidad parcial, debe ser llenado, integrado por el juez. Por excepción esa nulidad será sin trascendencia y permitirá el mantenimiento del negocio sin la cláusula invalidada.

[56] En la doctrina brasilera, las obras de: Ferreira Da Silva (1999) y de Ferraz Donnini (2001).

[57] Hubiera sido mejor incorporar el derecho a la revisión, a pedido del perjudicado, de una manera expresa, poniendo fin, al menos para «los contratos de consumo», al debate que origina la limitación contenida en el artículo 1198, segunda parte. No obstante la doctrina nacional ampliamente mayoritaria considera que en estos contratos procede la acción de revisión a pedido del consumidor perjudicado.

[58] Tanto da, en nuestra opinión, frente a una cláusula abusiva, sea desde la celebración del acuerdo o abusiva por hechos sobrevenidos, hablar de nulidad o de revisión, en la medida en que el juez

Entre las normas tuitivas se destaca la del código de defensa del consumidor, del Brasil, artículo sexto, que dispone: «Son derechos básicos del consumidor […] V. La modificación de las cláusulas contractuales que establecen prestaciones desproporcionadas o su revisión en razón de hecho sobrevivientes que las tornan excesivamente onerosas». Comentando esta norma se ha dicho que la *pacta sum servanda* está «cada vez más distante de la realidad actual, que busca el equilibrio y, consecuentemente, una relación más justa entre los contratantes»[59].

25.

Interesa señalar que en la Comunidad Europea, el proceso de integración ha creado un conjunto de reglas que tienden a disciplinar el mercado y, por ende, «los contratos del mercado»; como una consecuencia, el acto de autonomía privada se debe confrontar no solo con «las reglas verticales» que repercuten en su contenido, sino también con una disciplina horizontal de actividad que antecede a la relación e individualiza la posición que pertenece, en términos de poder y deber al sujeto que actúa[60]. «Ello no solo en función distributiva de ventajas y deberes, sino más bien para una correcta funcionalidad del mercado, que necesita reglas comunes de informaciones claras para cada operador y de disciplinas diferenciadas»[61].

Y es en atención a esta perspectiva que se comprende la elección de utilizar a la buena fe como uno de los parámetros del desequilibrio. «[…] la valoración del carácter abusivo de una cláusula, debe ser integrada con un instrumento idóneo para hacer una evaluación global de los distintos intereses en juicio»[62]. Ese instrumento es la buena fe objetiva[63].

---

por la invalidez o el desequilibrio deberá revisar e integrar luego el contrato. Obviamente previo a todo escuchará a las partes y tratará de consensuar dicha integración o, a falta de acuerdo, buscará el mantenimiento de un contrato ahora equilibrado.

[59] Ferraz Donnini (2001: 188 y ss.). Es notable observar la influencia de este texto en el Código Civil del Brasil, cuyos artículos 478 y ss., se ocupan de la «resolución por onerosidad excesiva» y solo acuerdan, en los contratos bilaterales, al perjudicado, la acción de resolución, artículo 478, última parte. «La resolución podrá ser evitada, ofreciendo el demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato», artículo 479. Solo en los unilaterales se acuerda al deudor la acción de reducción o de alteración del modo de ejecución, «a fin de evitar la onerosidad excesiva», artículo 480.

[60] Vettori (1996).

[61] Vettori (1999).

[62] El Código italiano y la directiva comunitaria se apoyan, para valorar el desequilibrio, en la vulneración de la buena fe.

[63] Son dignas de ser recordadas las expresiones volcadas por la profesora Lima Marques (2002: 180 y ss.). Comienza señalando que el principio general de buena fe «es un nuevo 'mandato' obligatorio para todas las relaciones contractuales […] es el nuevo paradigma de una sociedad masificada». Destaca sus tres funciones: 1. como fuente de deberes de conducta; 2. como limitadora de los derechos subjetivos,

26.

Se busca digámoslo ya, «el derecho a la *correttezza*» (corrección) en las relaciones contractuales, y, muy en especial, en el *corrispettivo*, el sinalagma, las relaciones bilaterales o recíprocas.

La lealtad, la probidad, la corrección, la transparencia, son todos deberes que se derivan de la buena fe objetiva. A juicio de Vettori, a quienes seguimos en estas cuestiones, el juez debe tener en cuenta: la fuerza de las respectivas posiciones de las partes[64]; la incidencia de factores externos sobre la voluntad del consumidor[65]; la presencia o no de «orden especial» y,[66] la lealtad y la equidad de la conducta del profesional[67].

---

y, 3. en la concreción e interpretación del contrato. Agrega que: «la buena fe es cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales». Citando a Couto e Silva, expresa que la protección de la buena fe y de la confianza despertada son la base del tráfico jurídico y de todas las vinculaciones jurídicas, principio máximo de las relaciones contractuales. En palabras de Bulgarelli (jurista brasileño), la buena fe objetiva y la función social del contrato son como salvaguardias del poder negocial. La buena fe, sigue diciendo, tiene que ver con una actuación «pensando en el otro», en el «compañero contractual», respetando sus intereses, sus expectativas razonables, sus derechos, obrando con lealtad, sin abusos, sin obstrucciones, sin causar lesión o desventaja excesiva, cooperando para lograr un buen resultado negocial, realizando así lo intereses de ambas partes. Señala Lima Marques que uno de los logros de la presencia de la buena fe en los contratos, es «la modificación del modo de visualizar estáticamente la relación contractual». Ahora se visualiza el contrato como una relación jurídica dinámica, que 'nace, vive y muere', vinculando durante cierto tiempo a dos partes; relación jurídica total y continua que se origina en un cierto tiempo, con obligaciones múltiples y recíprocas; una serie de deberes de conducta, ordenados lógicamente, unidos por una finalidad (doctrina alemana actual). Esta finalidad, este sentido único, que une y organiza la relación contractual, es la realización de los intereses legítimos de las partes, realización del objetivo del contrato y posterior desaparición de la relación contractual. De donde, concluye, trátase, la relación contractual, de un verdadero proceso, que se desenvuelve en el tiempo, un proceso social, un proceso jurídico; el contrato visualizado como una relación dinámica, irradiando una serie de efectos jurídicos. […]. Esta visión dinámica y realista del contrato es una respuesta a la crisis de la teoría de las fuentes del derecho y de las obligaciones; el contrato no crea solamente la obligación de prestar, sino que desenvuelve también una obligación de conducta. La relación contractual como «contrato social», un contacto en sociedad, que une y vincula personas, contacto en el cual se deben respetar necesariamente los deberes generales de conducta, los deberes de actuación conforme con la buena fe y conforme al derecho.

64 La igualdad de las personas desaparece en la relación contractual, puesto que la situación de cada parte está condicionada al «poder de negociación», a la posición de dominación o de dependencia; a su condición de parte fuerte o de parte débil, por la necesidad, la inexperiencia o la ligereza en el obrar.

65 Son esos factores o elementos externos los que conforman la «atmósfera» o el «ambiente negocial», en el cual nace el acuerdo, conocido por ambas partes y decisivo a la hora de cerrar el negocio; de no ser así se tratará meramente de «motivos personales» irrelevantes.

66 De un «microsistema», destinado a contemplar «relaciones contractuales especiales», sea por su relevancia, sea por una mayor necesidad de regulación, por lo común tuitiva o protectoria.

67 El profesional, como experimentado, conocedor e informado, debe por lo común, soportar los riesgos de la contratación.

27.

Nos dice Vettori que el análisis del contenido del derecho a la *corretezza,* transparencia y equidad en las relaciones contractuales, no es nada simple. La novedad está sobre todo en la forma y en los instrumentos de tutela. Se hace uso de las cláusulas generales en la valoración de las conductas y se crean específicas situaciones subjetivas; tanto es así nos dice el jurista italiano, que la violación de la *corretezza* es de por sí violación de un derecho que conforma una tutela resarcitoria. Se postula que los alcances de este derecho van más allá de la tutela de consumidores y usuarios, alcanzando a la contratación en general.

Ello ocurre en lo relativo a la información, a la publicidad, a la claridad y comprensión del contrato contractual, a la lealtad y a la transparencia, etcétera. Esta debe ser la verdadera dimensión del derecho a la corrección.

28.

Sobre la equidad, como justicia del caso, o facultad otorgada a los jueces para «ajustar» la norma genérica y abstracta al caso particularizado y concreto, nos hemos ocupado y en más de una ocasión[68]. Digamos ahora que la equidad impone al juez y al estudioso, no perderse «detrás de la ilusión y la abstracción de un sistema unitario compacto» y le exige plena conciencia de que el proceso de estructuración del derecho no está cerrado «en la prensa de los silogismos» sino que más bien tiende a extenderse en una gama comprendida entre dos o quizás más centros de atracción o de polarización. El significado más actual de equidad la identifica con un principio ético, con un «criterio lógico contrapuesto al juicio de derecho»; con la valoración de circunstancias subjetivas y objetivas, que no tendrían de otro modo relevancia en la evaluación del contrato. Apunta entonces a superar la mera legalidad, cuando ella parece «expulsar de su seno a la justicia» (Frosini).

29.

Desde nuestra óptica, a partir de la «unificación del derecho privado», de la superación del distingo entre contratos civiles y contratos comerciales, y en una futura reforma del Código Civil, deben incorporarse a la parte general dos especies negociales básicas: los «contratos de consumo» y los «contratos entre empresas»[69].

---

[68] Mosset Iturraspe (1994:35 y ss.).

[69] Dejarlos afuera, como ocurriera con el proyecto de 1998, para avanzar tímidamente con los contratos por adhesión y el tema de las «condiciones generales», no nos parece una buena política

Las cuestiones centrales en estos contratos entre empresas son: las relativas a la «libre competencia», sobre la base de una normativa antitrust, que combata los monopolios y los oligopolios, y las atingentes al abuso de la posición dominante.

Hay abuso de la posición dominante cuando la empresa «goza de una situación de poder económico, que está en condiciones de obstaculizar la persistencia de una competencia efectiva» y tiene la posibilidad de desplegar comportamientos independientes con respecto a los concurrentes, a los clientes y, en última instancia, a los consumidores[70].

Nos parece que puede hacerse una comparación entre el ocupar una posición dominante en el mercado y el estar en situación de predisponer un contrato para su celebración por adhesión. En ambos casos hay «una plataforma», desde la cual se facilita el abuso o aprovechamiento, de ahí que tales posibilidades enciendan una luz roja de advertencia[71].

Como concreción de la competencia leal o no abusiva, en seguimiento del Tratado de Roma y de la ley española, se señala: «Es necesario que el acceso al mercado quede abierto; que las modificaciones de la oferta y la demanda se traduzcan en los precios; que la producción y la venta no sean limitadas artificialmente y que la libertad de acción y de elección de los proveedores, de los compradores y de los consumidores, no sean puestas en juego».

30.

Empero, volvemos a reiterar, este intervencionismo estatal en el mercado tiene sus defensores y, a la vez, sus enemigos o detractores. Entre estos últimos están quienes argumentan con que toda intervención es indiscreta e inoperante; arbitraria y contraproducente; que nada se logra, como no sea dejando a los personajes del mercado actuar libremente. Que las regulaciones traen el «mercado negro», el fraude comercial, los abusos y las simulaciones.

El combate alcanza por igual a la intervención administrativa y a la judicial.

«El juez del abuso se vuelve a poco andar en juez del uso, del ejercicio de los derechos». Y la doctrina del abuso juega aquí un papel muy importante. El abuso del derecho es descrito recurriendo a una serie de hipótesis referentes a cada

---

legislativa. La mayoría de los contratos son hoy de consumo o entre empresas de ahí la necesidad de incorporarlos al Código Civil. Lo han hecho, en buena medida, en Alemania y en Italia.

[70] Aludimos a ambos temas en un capítulo importante de nuestra obra. Véase Mosset Iturraspe (1998: 195 y ss.).

[71] En Italia, la obra de Bernini (1991), en Argentina la de Sabatini (1993).

fase contractual, desde el rechazo a contratar hasta la imposición de condiciones injustamente gravosas y la interrupción arbitraria de las relaciones[72].

Frente a quienes alaban la posibilidad de construir un «nuevo orden contractual", sobre la base de una presencia fuerte del Estado, se encuentran quienes sostienen que estas nuevas reglas han inferido golpes decisivos a las convicciones del pasado y se alude a «ordenamientos graves», de fragmentación destructiva; de atribución al juez de un poder inquietante, de leyes caracterizadas por una intencional indeterminación, en lo que concierne al ámbito de aplicación, tanto como para determinar «la pérdida de la *fattispecie* en el delicado y crucial sector de los límites puestos a la autonomía contractual»[73].

Muchos de los avances relativos al control sobre el contenido del contrato se originan, de manera marcada en Europa y más tímidamente entre nosotros, en la «constitucionalización del derecho privado», en la tarea de relacionar la autonomía de la voluntad y sus consecuencias, con los derechos fundamentales consagrados en la constitución.

Los contratantes ignorantes, inexpertos, inexpertos, ligeros, débiles —que proliferan en el mundo latinoamericano— posibilitan aludir a «una estructura subordinada de una de las partes»[74].

31.

Observan los jueces humanitarios, sensibilizados frente a los contratantes en inferioridad, que «entre los deberes principales del derecho civil está el equilibrar las alteraciones de la paridad de los contratantes».

La autonomía privada, que está en la base de la contratación, se observa desde la visión constitucional, «como autodeterminación de cada individuo en la vida jurídica»[75]. Y si esa posibilidad de autodeterminarse no existe, está ausente, por una «estructural subordinación» que afecta a una de las partes, y le lleva a negociar en condiciones de inferioridad, frente a la contraparte, se impone, ahora por razones constitucionales, la intervención judicial remediadora.

---

[72] Mosset Iturraspe (1994: 97 y ss.).

[73] Es el paso de la tutela limitada, a casos contemplados, a una tutela amplia, que alcanza a casos tenidos en cuenta y también a los no mencionados o dejados de lado; se apunta a «operaciones económicas» y no a «tipos contractuales».

[74] En esta «estructura subordinada» radica el quid, la razón de la tutela; es una concepción realista, que deja de lado la utópica igualdad, libertad y fraternidad del Code Napoleón para atender a lo que acontece en la vida de los concretos negociantes, celebrantes de un contrato.

[75] Los que padecen situaciones de extrema necesidad, debilidad o inexperiencia, no están, obviamente, en condiciones de autodeterminarse.

Se impone entonces un «balance de los intereses contrapuestos» para concluir sobre si media o no un abuso que fuerza al juez a intervenir; en «contraste con la garantía constitucional de la autonomía privada», desde su nuevo rostro[76].

El macro sistema del Código Civil, en particular la «teoría general del contrato», mantenida casi inalterada desde el siglo XIX, recibe el «mensaje» de las «disposiciones especiales», sobre todo las relativas a la concurrencia libre y a la tutela de los consumidores, y se siente «conmovido» con la apelación acerca del equilibrio del contrato y la búsqueda de una igualdad real para los contratantes[77].

Se admite una crisis en el principio de la «libertad de contratar» y de establecer sus cláusulas o contenido negocial.

32.

La cuestión es ahora establecer «que perturbaciones o perjuicios a la libertad de decisión» son tan relevantes como para incidir sobre la validez o la eficacia de la reglamentación contractual; es una realidad que las leyes especiales van destruyendo la coherencia de los principios generales[78]. Por vía del ejemplo, los principios de derecho europeo prevén un control para todas las cláusulas no negociadas individualmente.

Es notable observar como los Principios de Unidroit, artículo 3.10, disciplinan expresamente el excesivo desequilibrio, previendo la posibilidad de anular el contrato o una cláusula que atribuya «injustificadamente a la otra parte una ventaja excesiva», en consideración del estado de dependencia, de las dificultades económicas, de las necesidades inmediatas o de la impericia, situaciones sufridas por la parte en desventaja.

Se concluye, de lo recordado, que el problema del contrato justo es objeto de una atención muy distinta de la que se le dio en el pasado. Y que ello trae un aumento de la discrecionalidad del juez, que no puede valerse de antiguas certezas.

Con toda razón concluye Vettori que para definir y actuar una justicia en el contrato, no constituye ayuda alguna un dato unificador, como ha sido en el

---

[76] De lo contrario, de no ser así, se estaría protegiendo la «heteronomía de la voluntad»; a las situaciones en las que la voluntad negocial es dirigida o gobernada desde afuera, por un tercero, que no es su titular.

[77] Ello acontece en los viejos códigos, en los decimonónicos, divorciados de la vida real de sus pueblos, de aquellos a quienes está destinado a servir. Afortunadamente la humanización de la relación contractual comenzó, entre nosotros, con la ley 17.711, en 1968.

[78] En la medida en que los códigos siguen aferrados a un derecho liberal-individualista, y las denominadas «leyes especiales» se inspiran en un derecho solidarista, humanizado.

pasado la voluntad o la capacidad de los sujetos; varía la constitución económica, el poder de negociación y el rol que es asignado a la autodeterminación de las partes y al contrato[79].

33.

Las nuevas figuras de desequilibrio negocial hacen que la atención al precedente no sea hoy suficiente; es necesaria una nueva actividad; sobre la base de nuevos recursos y de nuevas técnicas de protección[80]. Se mencionan, entre ellas, las que refieren a la «disciplina de la actividad» que reacciona frente al contrato injusto[81], cuyo objetivo es asegurar la cualidad o calidad de los contratos.

Para Irti se trata, en cambio, de «convertir la naturalidad del mercado en lo artificial de una institución jurídica»[82]. De tomar la conexión histórica y lógica entre una libertad de iniciativa económica y la disciplina de la concurrencia; de separar la tutela del poder de elección, asegurada por la disciplina de la concurrencia, de la tutela de la conciencia de la decisión, atribuida a la normativa sobre la publicidad; de distinguir entre acuerdos «negociados» e «intercambios sin acuerdo»; de plantearse el problema de los sujetos excluidos del mercado con políticas sociales que no alteren las reglas de la libre competencia.

Se solicita, por pluralidad de voces, que suenan en distintos continentes, la elaboración de una tutela «del consentimiento en los intercambios del mercado»; tutela que no puede ser atribuida solo a órganos administrativos y a magistraturas económicas.

Intervención poniendo límites a la autonomía privada con normas imperativas; y en lugar de configurar *fattispecie* bien delineadas, dictar disposiciones cuyo ámbito de aplicación sea indeterminado, con la esperanza de que nadie escape[83].

---

[79] Sacco (1997, III: 217).

[80] Las actuaciones administrativas, son un recurso novedoso; la nulidad y la integración por el juez, es otro de la misma índole; la defensa de la competencia y de la lealtad, etcétera.

[81] Jannarelli (997), Mengoni (1997, II: 1 y ss.).

[82] Irti (1998: 549 y ss.).

[83] Todo lo expuesto y mucho más integra el denominado «nuevo derecho de los contratos», para el cual debemos trabajar.

Bibliografía

Bernini, Giorgo
1991 *Un secolo di filosofia antitrust*. Bologna: Editrice Clueb.

Facchini Neto, E.
2003 «Reflexoes histórico-evolutivas sobre a constitucionalizacao do direito privado», en Wolfgang Sarlet, I. (organizador). *Constituicao, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Ediciones Livraria do Advogado.

Ferraz Donnini, R.
2001 *A Revisao dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Sao Paulo: Editorial Saraiva.

Ferreira Da Silva, L.R
1999 *Revisao dos contratos. Do Codigo Civil a o Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editorial Forense.

Ghestin, Jacques y Marc Billiau
1990 *Le prix dans les contrats de longue duréé.* París: L.G.D.J.

Irti, Natalino *et al.*
1998 «Persona e mercato» y «Scambi senza acordó». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré.
1999 *Diritto e mercato*. Roma: Bari.

Jannarelli, L.
1997 «La disciplina dell'atto e dell'attivitá: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori», en *Diritto Privato europeo*. Padova: Dirección de Lipari.

Lecrero, G.
1992 «Le bonne foi dans le execution des contrats». *Revue de Droit.* Montreal, Canadá.

Lima Marques, Claudia
2002 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Sao Paulo: Editorial Revista dos Tribunais.

Llambías, Jorge Joaquín
1969 *Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711*. Buenos Aires: Ediciones Jurisprudencia Argentina.

Mengoni, Luigi
1997 «Autonomia privata e Costituzione». En *Banca, Borsa e Titoli di Creditto*.

Morillo, Augusto Mario
1994 «Perfil actual y procedencia de la teoría de la imprevisión». *L.L. 152*. Buenos Aires.

Mosset Iturraspe, Jorge
1994 *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni.
1998 *Defensa del Consumidor. Ley 24.240.* Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni.

Perlingieri, Pietro
1997 *Perfis do Doreito Civile. Introducao ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Editorial Renovar.

Picod, Yves
1989 *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrats*. París: LGDJ.

Pino, Augusto
1959 *La excesiva onerosidad de la prestación*. Barcelona: Editorial Bosch.

Porto Macedo, Ronaldo
1998 *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. Sao Paulo: Editorial Max Limonad.

Rayser, Ludwig
1990 *Il compito del diritto privato*. Milano.

Sabatini, R.O.
1993 «La legislación antitrust y la actualidad argentina». *J. A*. IV, 805.

Sacco, L.
1997 «L'abuso della libertá contrattuale». *Diritto Privato*, III.

Thibierge-Guelfucci, Catherine
1997 «Transformación del contrato», en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, número 2.

Vettori, Giuseppe
1996 *Persona e mercato*. Padova: Cedam.
1999 «Autonomía privada y contrato justo», reproducción de un informe desarrollado en marzo de 1999 en la Universidad Bocconi de Italia.
1999 *Materiali e commenti sul nuevo diritto dei contratti*. Padova.

Videla Escalada, Federico
1968 *La causa final en el Derecho Civil.* Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

EL CRÉDITO EN GARANTÍA

*Martín Mejorada Chauca**

Fernando de Trazegnies siempre ha enseñado que el derecho es un sistema en movimiento, vivo reflejo de la realidad a la cual se debe. La emoción y razón que Fernando imprime a este mensaje trasmite y trasciende, de ahí que estemos ante un maestro en todo el sentido de la palabra. La mirada crítica y constructiva, inevitable herramienta para abordar un sistema legal inquieto, es el legado que entre muchos otros debemos reconocer al homenajeado. Agradecido me declaro beneficiario del maestro. Desde sus clases de Filosofía hasta su prolífica literatura, pasando por memorables disertaciones, he compartido con Fernando de Trazegnies y aprendido de él. A continuación un intento por honrar la enseñanza de tan querido profesor.

La garantía mobiliaria sigue generando polémica. Desde que entró en vigencia el 31 de mayo de 2006 (Ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, en adelante LGM), ha recibió exagerados elogios pero también rabiosas críticas. En mi opinión la LGM no es perfecta ni mucho menos, pero tampoco es un desastre. La regulación uniforme e integrada de todas las garantías sobre muebles y la incorporación de fórmulas de ejecución eficaces, son razón suficiente para conservar la nueva garantía. Sus aspectos dudosos deben ser abordados, por supuesto, y a falta de una ley de enmiendas, la creatividad y el razonamiento jurídicos deben cumplir su papel. Uno de los aspectos de la garantía mobiliaria cuya regulación genera sospecha, tiene que ver con los créditos que se dan en garantía. En las siguientes líneas me ocuparé brevemente de la garantía mobiliaria sobre créditos, examinando su constitución, oponibilidad y ejecución.

---

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados.

1. Los créditos como objeto de garantía

1. Los créditos son bienes muebles. Así se desprende de la interpretación del artículo 886 incisos 5, 7 y 10 del Código Civil y el artículo 4 inciso 10 de la LGM. Son «muebles» porque así lo dice la ley, no porque se muevan de un lugar a otro. Los créditos son bienes inmateriales que no ocupan lugar en el espacio, no se mueven ni se dejan de mover. Son producto de una ficción jurídica que consiste en llamar «mueble» a un derecho patrimonial. Igual se les pudo llamar «inmuebles» o de cualquier otra forma. Lo que ocurre es que la clasificación imperante en el Perú, la que se ha sedimentado y tiene arraigo entre los operadores jurídicos y comerciales, es la que distingue entre «muebles» e «inmuebles». Siempre se ha creído (equivocadamente) que los primeros son de menor valor frente a los segundos y quizá también por ello (equivocadamente) se ha ubicado a los créditos en la lista de muebles.

La clasificación legal de los bienes determina su régimen jurídico. Los muebles gozan de un régimen flexible en su circulación, mientras que los inmuebles, por lo mismo que se les considera más valiosos, soportan un régimen algo más severo. En materia de garantías los inmuebles se dan en anticresis o hipoteca (artículos 1091 y 1097 del Código Civil) mientras que los muebles se dan en garantía mobiliaria. La LGM derogó todas las normas sobre prenda, tanto las del Código Civil como la legislación especial.

2. ¿Qué es un crédito? El crédito permite a una persona (acreedor) exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una prestación, un comportamiento de dar, hacer o no hacer (artículos 1132, 1148 y 1158 del Código Civil). Es un derecho porque el acreedor puede conminar al deudor, incluso por la fuerza, a cumplir su obligación. El crédito es un activo del acreedor (un bien) quien normalmente puede transferirlo en su integridad o solo parcialmente (algunos derechos sobre el bien). La posibilidad de que el crédito o sus derechos circulen, depende de lo que diga el título que le dio origen. Si este guarda silencio y no estamos ante un derecho personalísimo[1], entonces el crédito puede circular. El acreedor puede transferir la propiedad del crédito, desprendiéndose definitivamente de él, puede darlo en usufructo permitiendo que el adquirente disfrute de los rendimientos del crédito por cierto tiempo, o puede darlo en garantía, concediendo el derecho a cobrarse una obligación con cargo a la prestación del crédito cedido. Al que transfiere un crédito se le llama «cedente», al que lo adquiere «cesionario» y al que debe pagar «cedido». Las normas sobre cesión de derechos en general, sin importar si son

[1] Un derecho es personalísimo cuando se ha concebido en razón de la identidad del titular, por ejemplo, el usufructo vitalicio que el hijo conceda a su padre sobre el inmueble que este habitará.

todos los derechos del crédito o solo parte de ellos, están en los artículos 1206 al 1217 del Código Civil.

Los créditos pueden utilizarse como garantía para asegurar el cumplimiento de obligaciones. Así, si Juan es acreedor de Pedro, pero al mismo tiempo es deudor de José, podrá constituir garantía mobiliaria sobre su crédito —frente a Pedro— para asegurar el pago de la deuda frente a José. En la legislación anterior esto se llamaba prenda de créditos y estaba regulado en los artículos 1084 y siguientes del Código Civil. Hoy se llama garantía mobiliaria sobre créditos y si bien no goza de un tratamiento ordenado e integral, encontramos varias normas sobre ella en los artículos 16, 27 y 31, 32 inciso a) y 55 de la LGM.

3. Ahora bien, ¿en qué consiste un crédito? La prestación que es objeto del crédito puede tener diversa naturaleza. Puede ser la entrega de un bien cierto o determinado —por ejemplo si Pedro le debe a Juan la entrega del automóvil de placa EO 1552—, un servicio —Pedro le debe a Juan cierto patrocinio legal en una causa—, una abstención —Pedro se obliga ante Juan a no sembrar lechugas en su fundo por cierto tiempo—, un género de bienes —Pedro a Juan la entrega cien mil soles—, etcétera. ¿Cualquier crédito se puede dar en garantía? Es curioso pero esta pregunta no tiene respuesta expresa en la ley vigente ni la tenía en la regulación sobre prenda.

La respuesta la hallaremos haciendo un ejercicio sobre lo que ocurre con la obligación garantizada ante la ejecución de la garantía. Estos dos elementos —obligación garantizada y ejecución— son implicantes entre sí. Uno determina el otro y viceversa. Las garantías permiten el pago de la obligación garantizada mediante la «ejecución» del bien dado en garantía. Esto supone que el resultado de la ejecución debe producir un recurso que pueda «pagar» la obligación garantizada. Es decir, el producto de la ejecución debe ser un medio de pago válido para el acreedor. Los medios de pago se señalan en el título del crédito, ahí se dice qué o con qué se paga la deuda.

Como parte del ejercicio veamos lo que ocurre con las garantías que recaen sobre bienes que no son créditos. En ellas el resultado de la ejecución es siempre dinero —porque así lo ha previsto la LGM al regular la ejecución como la «venta» del bien—, por ello la obligación garantizada normalmente es dineraria —dinero paga dinero—. Así, la naturaleza de la obligación garantizada se determina por el resultado de la ejecución[2].

[2] La ejecución de la garantía mobiliaria no debería limitarse a la venta del bien. Tendría que comprender cualquier forma de realización que permita el pago de la obligación garantizada, desde la propia transferencia del bien al acreedor, hasta la disposición a terceros a cambio de cualquier prestación que haga posible el pago. En otras palabras, la ejecución debería determinarse por el

El estudio de la ejecución de garantías sobre créditos nos conduce al régimen general de la cesión de derechos y sus efectos, pues es evidente que la afectación de un crédito en garantía es un acto de cesión a favor del acreedor garantizado (artículos 1206 al 1217 del Código Civil). Según estas normas el cesionario tiene derecho a cobrar el crédito, sin importar si adquirió en propiedad, en usufructo o por cualquier otra causa. Ojo que el artículo 1206 define la cesión de derechos como «[…] el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor, que se ha obligado a trasmitir por un título distinto». La cesión de derechos trasmite inevitablemente el poder de exigir y recibir la prestación debida. En tal sentido, si el crédito se da en garantía el cesionario tiene derecho a cobrar al deudor y obtener así los recursos para satisfacer la obligación garantizada. Así lo entendió también la legislación derogada sobre prenda de créditos. El artículo 1986 del Código Civil decía: «El acreedor prendario está obligado a cobrar los intereses del crédito u otras prestaciones periódicas, imputando su monto primero a los intereses y gastos, de ser el caso, y luego al capital». Esta es la peculiar ejecución de la garantía mobiliaria sobre créditos.

Ahora bien, el artículo 55 de LGM parecería decir algo distinto: «Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado con una garantía mobiliaria sobre créditos presentes o futuros, se encuentra facultado para adquirir los créditos o transferirlos a un tercero […]» Según esta norma el acreedor garantizado solo tiene dos alternativas: adquiere el crédito o lo transfiere. En realidad debemos interpretar conjuntamente esta norma con las de cesión de derechos del Código Civil, así veremos que el supuesto del artículo 55 de la LGM se aplica en situaciones muy puntuales, sin impedir que en otros casos el acreedor garantizado cobre directamente los créditos afectados a su favor[3].

---

interés del acreedor que quiere cobrar. Si él solo está dispuesto a recibir dinero, bien, pero si está dispuesto a recibir la propia cosa que sirve de garantía (pacto comisorio) o cualquier otra prestación, porqué impedirlo. Naturalmente este es un tema de valor económico. El acreedor nunca puede recibir más de lo debido en términos económicos. Lamentablemente, aun la novísima LGM no ha tratado el asunto en la forma antes señalada. Ejecución es básicamente «venta» del bien, ha dicho. En las garantías sobre créditos, pese al silencio de la LGM, debemos hacer algunas distinciones que nos permiten mayor flexibilidad al seleccionar el bien que será dado en garantía, lo mismo que al ejecutar la garantía.

[3] El supuesto del artículo 55 se da, por ejemplo, cuando la obligación garantizada está vencida (es exigible) y el crédito afectado en garantía no lo está, en cuyo caso solo procede que se venda el crédito o que el acreedor garantizado lo haga suyo. El acreedor no podría cobrar el crédito gravado porque aún no es exigible. Dependiendo de la situación de los créditos (el garantizado y el que sirve de garantía) habrá variedad de situaciones en la ejecución de la garantía mobiliaria.

Para que la obligación garantizada con créditos esté efectivamente protegida, la prestación del crédito afectado debe coincidir con el medio de pago previsto en el título de la obligación garantizada. Si el pago debe ser en dinero y el crédito afectado permite cobrar dinero, el acreedor cobra la obligación garantizada con el monto de la obligación dada en garantía. Sin embargo, nada obsta para que la obligación garantizada se pague de diversa forma, con prestaciones alternativas o facultativas[4], una de las cuales coincide con la prestación del crédito afectado en garantía. En tal caso el acreedor cobra y se cobra con bienes que no son dinero, observando, claro está, la equivalencia de valor que normalmente debe existir entre la obligación garantizada y su medio de pago. Así por ejemplo, el acreedor de dinero se puede cobrar con maquinarias, servicios, etcétera.

Aun si el crédito que se da en garantía es un servicio o la entrega de un bien cierto, y la obligación garantizada no encuentra equivalencia en ellos, el crédito puede ser vendido o cedido a quien sí le interesa adquirir las prestaciones que son objeto de dichos créditos. Con el resultado de la venta se abona la obligación garantizada, si de acuerdo al título de la garantía dicho resultado —dinero u otro bien— fuera medio de pago válido para la obligación garantizada. Este es otro caso en el que opera perfectamente el artículo 55 de LGM. Otra posibilidad es que la garantía se traslade a los bienes adquiridos mediante el cobro del crédito que sirve de garantía, en cuyo caso la garantía se convierte en ordinaria —ya no es sobre créditos—. Este es un supuesto de transformación del bien donde el crédito cedido se ha convertido en los bienes provenientes de su pago. El artículo 15 de la LGM se ocupa de la transformación de bienes y no distingue entre bienes materiales e inmateriales, de modo que podemos aplicarlo sin temor a los créditos.

Dado el silencio de la legislación en esta materia y el apego de nuestra judicatura por las interpretaciones literales, lo recomendable es que las soluciones que he expresado consten en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria.

Ha sido inevitable adelantar temas de la ejecución de garantías sobre créditos, pues solo así se sabe cuál es el crédito que se puede dar en garantía mobiliaria.

En definitiva, cualquier crédito se puede dar en garantía mobiliaria, siempre que la obligación garantizada se pueda pagar con él, sea porque la equivalencia de

[4] Según el artículo 1161 del Código Civil, el obligado alternativamente a diversas prestaciones solo debe cumplir por completo una de ellas. La elección de la prestación que se debe cumplir corresponde al deudor, salvo que se haya atribuido dicha facultad al acreedor o a un tercero. Es decir, si se pactan obligaciones alternativas, se facilita el cumplimiento de la obligación pues el deudor, o el acreedor tendrán mayor facilidad para cumplir el negocio. Por su parte las obligaciones facultativas se estipulan señalando una obligación principal, que es la obligación debida, pero admitiendo que se pague igualmente la deuda con la prestación secundaria o facultativa (artículos 1168 y siguientes del Código Civil).

las prestaciones lo permite o porque el pacto ha previsto el pago de obligaciones alternativas o facultativas, donde el cobro del crédito o el resultado de su venta satisfacen al acreedor.

4. Si bien los créditos se mencionan expresamente como muebles susceptibles de garantía mobiliaria en el inciso 10 del artículo 4 de la LGM, el mismo artículo describe otros muebles que también son créditos. Me refiero a los saldos de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro y certificados de depósito (inciso 6), los títulos valores (inciso 11), las pólizas de seguros (inciso 13), los dividendos y utilidades (inciso 16) y las concesiones privadas (inciso 18). Todos son créditos, de diversa naturaleza pero créditos al fin. En su afán didáctico la LGM ha mencionado expresamente algunos bienes que comparten el género señalado —créditos—. Así no se dejan dudas sobre su incorporación como objeto de garantía.

5. Según el artículo 16 de la LGM la garantía sobre créditos puede comprender créditos presentes o futuros. Tratándose de créditos futuros, es decir aquellos que todavía no existen, normalmente se indicará cierto detalle sobre la fuente de donde surgirían —por ejemplo, doy en garantía mobiliaria los créditos que surjan del contrato de suministro de fecha Y que mantengo con la empresa X—, sin embargo, nada obsta para que se den en garantía créditos futuros con descripciones muy generales sobre su contenido —por ejemplo, doy en garantía mobiliaria los créditos que surjan a mi favor con cargo a la empresa X, cualquiera sea la fuente negocial—. Tiene el tratamiento de las garantías preconstituidas (artículo 21 inciso 2 de la LGM).

La norma se refiere a los créditos futuros y nos los distingue de los créditos «eventuales». En la regulación sobre hipoteca los primeros son los derechos que no existenm, pero con certeza surgirán más adelante, mientras que los segundos son los derechos que no existen y podrían no existir nunca. La LGM no distingue, y en realidad no hay razón para establecer diferencias. En mi opinión «eventuales» y «futuros» se pueden gravar.

6. La posibilidad de dar un crédito en garantía mobiliaria no reposa solo en las características de las prestaciones objeto del crédito —dinerarias, dar bienes ciertos, servicios, etcétera—, sino en la existencia legal y aptitud de su título —fuente del crédito—. El crédito debe existir y ser de libre disposición a efectos de que en su ejecución pueda cobrarlo una persona distinta del acreedor o pueda adquirirlo un tercero extraño a la relación primigenia.

En tal sentido, si alguien se presta a recibir un crédito en garantía necesita conocer el detalle sobre el título que da origen a dicho bien. Este es quizá uno

de los riesgos más delicados para quien pretende recibir créditos en garantía. El examen del título del crédito, salvo en los títulos valores, es muy complicado y nunca otorga certeza absoluta al investigador sobre el estado del crédito y sus alcances, ya que hay elementos de enorme relevancia que no siempre están a la vista y sin embargo pueden hacer la diferencia entre la validez o invalidez del crédito, su vigencia o conclusión, su exigibilidad o pendencia. Por ejemplo, puede ocurrir que el investigador no tenga acceso a las modificaciones del título original y solo se quede con la primera versión del mismo. Obviamente su decisión al recibir el crédito en garantía sería sumamente peligrosa.

Finalmente sobre este punto, las garantías son verdadero respaldo para el acreedor solo en la medida que el valor del bien y su utilización como medio de pago resulten ciertos. Tratándose de un crédito la evidencia del valor y sus posibilidades de realización dependen de factores externos muchas veces invisibles para el futuro cesionario. Principalmente la capacidad de pago del deudor cedido y la validez legal del negocio que da lugar al crédito son elementos fundamentales que podrían no mostrarse. El crédito es un bien que surge muy fácilmente, pero su verdadera utilidad a efectos de la cesión en garantía requiere un examen detallado de la situación patrimonial del deudor cedido y de los elementos de validez del negocio.

En definitiva, el crédito es atractivo como garantía si es válido y si el deudor está en condición de pagar, de lo contrario no sirve.

2. Constitución de la garantía mobiliaria sobre créditos

1. La constitución de la garantía mobiliaria sobre créditos tiene las peculiaridades propias del bien inmaterial que involucra, pero por lo demás sigue el trámite ordinario de todas las garantías sobre muebles. Es decir, se constituye por escrito, por contrato o acto unilateral (artículo 17 de la LGM), y tiene como fin asegurar el cumplimiento de obligaciones presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad (artículo 1 de la LGM), u obligaciones abiertas (artículo 3.4 de la LGM). Sobre el acto unilateral como fuente de la garantía, debemos entender que la ausencia del deudor y el acreedor en la formulación de la voluntad negocial, no es razón para prescindir de al menos una comunicación al titular del derecho de garantía. Resultaría absurdo sostener la existencia de un derecho cuya existencia es desconocida por su beneficiario.

Es bueno advertir que la formalidad del acto constitutivo (por escrito) no tiene carácter solemne, pues la norma que lo establece no ha sancionado con nulidad su inobservancia, tal como señala el artículo 144 del Código Civil. En otras palabras, aun cuando no conste por escrito igual hay garantía. Si la fuente

es el contrato hay garantía desde que se forma el consentimiento. Si la fuente es el acto unilateral hay garantía desde que se comunica al acreedor. Esto último no lo dice la LGM, pero lo contrario sería sostener un derecho cuyo titular no puede ejercerlo porque no sabe de él.

2. Los créditos que se dan en garantía no tienen que ser ciertos —por ejemplo, el crédito por diez mil dólares concertado entre José y Daniel el 1 de enero de 2000—, dado que la LGM permite que los muebles puedan afectarse como género —por ejemplo, doy en garantía cincuenta créditos dinerarios superiores a quince mil dólares que tengo en mi patrimonio—, o incluso la totalidad de bienes —por ejemplo, doy en garantía la totalidad de mis créditos generados a la fecha—. Como ya dije, se puede dar en garantía créditos futuros —doy en garantía los créditos que obtendré frente a Francisco el semestre que viene—. El valor de estos bienes y su aceptación como garantía depende de la confianza que generen en los acreedores. Para ello estos examinan fundamentalmente la capacidad de pago del deudor cedido y, en el caso de créditos futuros, las posibilidades de su existencia y respaldo patrimonial.

La inscripción de la garantía mobiliaria sobre créditos en el Registro Mobiliario de Contratos no es obligatoria ni constitutiva del derecho de garantía (artículo 17 de la LGM).

3. Oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre créditos

1. La garantía mobiliaria se constituye con el acto jurídico que le da origen (contrato o acto unilateral). La inscripción en el registro es solo a efectos de la oponibilidad (artículo 17 de la LGM). Esta precisión es relevante porque en la regulación derogada sobre prenda, la garantía solo existía desde la inscripción del título o desde la entrega física del bien. Incluso en la prenda de créditos la constitución requería la entrega del documento donde constaba el crédito (artículo 1084 del Código Civil). Aun cuando la garantía mobiliaria no esté inscrita el acreedor garantizado podrá ejecutar su derecho en la forma correspondiente.

La «oponibilidad» es un efecto de la «inscripción» que solo tiene importancia cuando hay más personas que se atribuyen derechos sobre el mismo bien. La inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos determina que ante la concurrencia de acreedores, sea a título de garantía o por cualquier otra causa, se prefiera a aquel que inscribió primero.

2. Aquí debo hacer un apunte de peso. Dada la especial naturaleza del bien que nos ocupa, uno cuya realización económica depende de otra persona —el deudor de la obligación gravada—, debemos distinguir entre «oponibilidad» y «eficacia

frente al deudor». La sexta disposición final de la LGM ha derogado el artículo 1218 del Código Civil que establecía la preferencia cuando un crédito es cedido a varias personas. Según esta norma se prefería al cesionario cuya adquisición fue primeramente comunicada al deudor. Ahora la preferencia la establece la inscripción en el registro. El artículo 27 de la LGM dice que la cesión inscrita en el registro prevalece sobre la cesión notificada al deudor. Esta es la nueva regla de oponibilidad.

Sin embargo, el artículo 1215 del Código no ha sido derogado y se ocupa de la eficacia de la cesión de derechos. Para que una cesión surta efectos respecto del deudor cedido, esta debe ser aceptada por él o le debe ser comunicada fehacientemente. Es decir, aun con la vigencia de la LGM una garantía sobre créditos, esté o no inscrita, solo tiene efectos frente al deudor cedido si se le comunicó la cesión. Mientras ello no ocurra, el acreedor de la obligación garantizada no podrá cobrar el crédito, pues el deudor cedido no está obligado a pagar a persona distinta de su acreedor originario. ¿La inscripción produce los mismos efectos que la comunicación fehaciente a la que se refiere el artículo 1215 del Código? Entiendo que no. La inscripción, aunque se presume conocida (artículo 38 de la LGM y artículo 2012 del Código Civil), no es comunicación fehaciente. Más aun, tratándose de créditos la inscripción se produce en el Registro Mobiliario de Contratos cuya información no es de fácil acceso, de modo que la presunción de conocimiento no puede sustituir el de la comunicación.

Lo dicho genera varias situaciones. Veamos algunas: puede ocurrir que una garantía mobiliaria no inscrita, pero comunicada al deudor cedido, se enfrente a otra garantía sobre el mismo crédito, esta sí inscrita pero sin comunicación al deudor[5]. En este caso, no obstante la preferencia que otorga el registro, el deudor cedido solo puede pagar el crédito dado en garantía a aquel cuya cesión le fue comunicada fehacientemente. La preferencia sin eficacia no es nada, empero, si al deudor le han sido informadas varias cesiones deberá pagar a aquel que resulte preferido por la regla de la inscripción.

También podría ocurrir que ante la concurrencia de cesionarios —adquirentes en garantía u otro título— ninguno de ellos tenga derecho inscrito. En tal caso es de aplicación el artículo 1136 del Código Civil que se refiere precisamente a la concurrencia de acreedores de muebles.

3. Aquí otro apunte importante: sostengo que el artículo 1136 del Código Civil ha sido modificado por la LGM para dar lugar a un sistema de preferencia que tiene como elemento preponderante la inscripción. La inscripción se ha incorporado

[5] No obstante que la inscripción se presume conocida por todos, dicho conocimiento presunto está muy lejos de ser comunicación fehaciente que exige el artículo 1215 del Código Civil.

en la regla de concurrencia desplazando del primer lugar a la posesión, pero sin alterar, estimo, el requisito de la buena fe que es un principio general del derecho, y que se explica sobre todo en los casos donde el registro no es constitutivo —como ocurre en la garantía mobiliaria—. Para pretender ser preferido, la buena fe implica que debe creer —por ignorancia o error de hecho o de derecho— que su título no tiene conflicto con ningún otro otorgado por el mismo enajenante.

La modificación del artículo 1136 del Código Civil es consecuencia de la incorporación de otros actos de afectación de muebles (distintos a la garantía) en el régimen de oponibilidad vía registro —artículo 32 inciso 3 de la LGM—. El Registro Mobiliario de Contratos permite la inscripción de una serie de actos, como la cesión de derechos, fideicomisos, arrendamientos, arrendamiento financieros, contratos de consignación, contratos preparatorios, entre otros, y es en virtud de dicha inscripción que tales actos adquieren prelación, oponibilidad y publicidad. La LGM no solo ha creado una nueva categoría jurídica, sino que ha modificado todo el sistema de oponibilidad en la circulación de muebles. De ello resulta un nuevo texto del artículo 1136 que podemos ensayar así:

> Si el bien cierto que debe entregarse es mueble, y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe que haya inscrito primero su adquisición. En defecto de inscripción se preferirá a quien el deudor hizo tradición, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua[6].

Esta norma también se aplica a los créditos, sobre todo porque se derogó el artículo 1218 del Código Civil. Si no hay inscripción pasamos al siguiente factor de preferencia: la tradición. Ciertamente la tradición del crédito no se da como en los bienes materiales, de modo que podríamos asimilarlo a la comunicación fehaciente que se dirige al deudor cedido o al pago del crédito al cesionario, ya que en ambos casos se produce una «exterioridad» que es precisamente el fundamento de la tradición. Si no hubo comunicación o pago, la preferencia la determinará la antigüedad del título, en todos los casos con exigencia de buena fe.

4. Al concluir la revisión de la constitución y oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre créditos, debo advertir que los créditos incorporados en títulos valores se

[6] Acepto que esta lectura del artículo 1136 del Código Civil solo se aplique a los actos señalados en el artículo 32 inciso 3 de la LGM, y a otros actos de afectación mobiliaria en garantía. Sin embargo, no hay que descartar la incorporación de otros actos en general, sobre todo porque el literal i) del inciso 3 del artículo 32 exhibe una literalidad permisiva: «i) otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles».

rigen por la LGM solo en la medida que las disposiciones especiales, esto es la ley de títulos valores y otras normas como la ley del mercado de valores, no establezcan un tratamiento distinto (artículos 18 y 29 de la LGM). De hecho todo el tema de la constitución y oponibilidad en las garantías sobre títulos valores tiene una regulación que difiere de lo previsto en la LGM.

4. Derecho y obligaciones en la garantía mobiliaria sobre créditos

Una vez constituida la garantía mobiliaria sobre créditos le son aplicables todas las normas sobre obligaciones y derechos de las partes, tanto para el acreedor que tiene una expectativa sobre el valor del bien o la prestación derivada de él, como para el titular del crédito afectado que debe conservarlo según lo previsto en la LGM y en el título de la garantía concedida.

Como se sabe la garantía mobiliaria se puede constituir con o sin entrega del bien (artículo 3.1 de la LGM). Los derechos y obligaciones de las partes dependen en gran medida de quién tiene la posesión. Tratándose de créditos en garantía —bienes inmateriales— el tema de la posesión merece algunas interpretaciones. En primer lugar, los créditos no pueden ser entregados como sí se entregan las cosas materiales, sin embargo, como adelanté al tratar la concurrencia de acreedores, la notificación al deudor cedido o el pago al cesionario son elementos que exteriorizan la cesión y que deben ser asimiladas a la tradición. En tal medida, si la garantía sobre un crédito es comunicada a su deudor —cesión eficaz—, el acreedor garantizado tiene pleno control del bien y por ello su situación en cuanto a derechos y obligaciones deberá asimilarse a la del acreedor que posee el bien gravado (tercer párrafo del artículo 12 de la LGM).

En tal sentido, el acreedor cesionario debe cuidar el crédito y mantenerlo en buen estado, lo que implica por ejemplo que este acreedor debe hacer los requerimientos de pago oportunos al deudor cedido evitando la prescripción, o constituyéndolo en mora para generar la indemnización correspondiente. Si la cesión no se hubiese comunicado al deudor cedido, es como si el bien permaneciera en poder de su dueño, en cuyo caso las obligaciones de conservación corresponden al cedente.

El cuarto párrafo del artículo 12 de la LGM permite que el cesionario del crédito en garantía perciba los frutos del crédito o intereses, pudiendo imputarlos sobre la obligación garantizada. La norma no distingue pero es evidente que tal imputación solo es posible tratándose de obligaciones garantizadas vencidas y siempre que dichos frutos se hayan previsto como elemento de pago válido del crédito garantizado.

5. Ejecución de la garantía

Llegado el momento de la ejecución, al producirse el incumplimiento de la obligación garantizada o alguno de los otros supuestos habilitantes, el acreedor procederá en su condición de cesionario conforme al artículo 1206 del Código Civil, es decir exigirá la prestación al deudor cedido. Para este efecto y pese a que las normas del Código Civil no dicen nada ni tampoco la LGM (sí habían disposiciones sobre el particular en la prenda de créditos), se debe tener presente la situación de exigibilidad del crédito garantizado y del que sirve de garantía.

Si la obligación garantizada se incumple y el crédito dado en garantía es exigible, el acreedor cesionario cobra y se cobra —claro, siempre que la naturaleza de las prestaciones lo permita—. Si la obligación garantizada aún no es exigible pero ya lo es el crédito afecto, el acreedor puede cobrar, pero deberá conservar los bienes percibidos como nuevo objeto de garantía, hasta que venza la obligación garantizada, salvo que el crédito consista en servicios en cuyo caso no puede cobrarlos porque hacerlo implicaría su goce anticipado. Finalmente, si la obligación garantizada está vencida, pero el crédito gravado no lo está, el acreedor podrá vender el crédito o hacerlo suyo. Este es un caso del artículo 55 de la LGM.

En la economía moderna uno de los bienes más apreciados es el crédito. Muchas veces de mayor valor que los inmuebles más costosos, los créditos nacen con facilidad, circulan eficientemente y garantizan bien. La garantía mobiliaria sobre créditos es una oportunidad que pese a los vacíos de su regulación debe ser aprovechada. Mirada crítica y constructiva, enseñanza del homenajeado, nos permitirá abordar la tarea pendiente en esta materia.

EL POSTULADO DE AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS LÍMITES FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO CONTEMPORÁNEO*

*Sergio Muñoz Laverde***

En agosto de 1986 asistí, en la ciudad de Buenos Aires, a unas jornadas de derecho comparado organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Representaba en esas jornadas, junto con el doctor Juan Carlos Esguerra, a la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia.

De los muy importantes juristas de varios países que conocí en ese evento académico, uno de ellos tuvo especial significado para mí por la huella que, indeleble, dejó en mi formación jurídica. Me refiero, por supuesto, al profesor Fernando de Trazegnies Granda quien, por aquel entonces, era decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En inolvidable almuerzo, Fernando de Trazegnies nos contó al doctor Esguerra y a mí sobre un libro que aquel había escrito unos años atrás sobre la base de las reflexiones que le suscitó el estudio del expediente de un viejo proceso adelantado en la época colonial.

Estoy hablando de *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, uno de cuyos ejemplares, que nos hizo llegar Fernando de Trazegnies, conservo con enorme afecto y gran provecho.

El libro comienza con la presentación de un litigio que se originó con la demanda que en 1782 presentó Ciriaco de Urtecho, persona humilde, contra don Juan de Dios Cáceres, rico comerciante de la época.

Ciriaco pretendía que se obligara a Cáceres a otorgar carta de libertad de la mulata esclava Dionisia Masferrer, a cambio de un determinado precio.

---

* Versión escrita de la conferencia pronunciada por el autor en el II Congreso de Derecho Constitucional llevado a cabo en la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, los días 13 a 15 de septiembre de 2006.

** Abogado graduado en la Pontificia Universidad Javeriana. Fue Director de la oficina jurídica de la Universidad Javeriana. Vicepresidente jurídico de la Fundación Social. Socio del Estudio Muñoz Quintero & Asociados Abogados.

El argumento básico de Ciriaco de Urtecho radicó en que Dionisia, la esclava, era su esposa, razón por la cual la esclavitud de ella era su propia esclavitud. Por eso dijo en la demanda que había trabajado con muchas dificultades para ganar el valor de la esclava «a fin de conseguir la libertad de mi mujer y, por consiguiente, la mía».

El litigio enfrentó, más que a los litigantes, a principios e instituciones jurídicas. Eso es lo que, de fondo, trata la obra de Fernando de Trazegnies.

Ciriaco esgrimía al matrimonio y a la familia como razones básicas para obligar a Juan de Dios Cáceres a recibir el precio de la esclava y otorgar su carta de libertad. Cáceres, para negarse, aducía su legítimo derecho de propiedad sobre la esclava.

En esencia, se enfrentaron instituciones del derecho de familia con el derecho de propiedad.

El autor, luego de la transcripción de las piezas procesales más relevantes, de exponer el «paisaje social de la esclavitud», y de analizar el material normativo de la época, así como los hechos y el desenvolvimiento del litigio, desemboca en lo que denomina una «teoría dinámica del derecho», todo ello sobre lo que el autor denomina «polivalencia táctica del razonamiento jurídico», figura bajo la cual plantea cómo «los mismos elementos legales» soportan argumentos y finalidades contrapuestos.

La idea de «polivalencia táctica del razonamiento jurídico» me impresionó positivamente. Desde entonces la he constatado en múltiples eventos. Muchos de mis alumnos en universidades colombianas han oído la historia de Ciriaco y conocido las reflexiones de Fernando de Trazegnies sobre el particular.

Pues bien, en setiembre de 2006 tuve oportunidad propicia para citar a Fernando de Trazegnies y a su idea de polivalencia táctica del razonamiento jurídico, en una conferencia que dicté en el II Congreso de Derecho Constitucional organizado por la Pontificia Universidad Javeriana.

En tal conferencia, acerca del postulado de autonomía privada frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo —cuya versión escrita presento a continuación—, concluí con la reseña de un caso, recientemente decidido por la Corte Constitucional, en el que, al igual que en el de Ciriaco, se enfrentaron instituciones jurídicamente tuteladas y legítimas, pero que sirvieron a discursos y propósitos antagónicos. Se trata de la despenalización del aborto en determinadas circunstancias.

Aunque personalmente no compartí la decisión de la corte, lo cierto es que, a mi juicio, se manifestó íntegra la «polivalencia táctica del razonamiento jurídico».

Es por eso que quiero, con el presente escrito, unirme de todo corazón al homenaje que se le rinde a Fernando de Trazegnies Granda.

1. Introducción

Los decanos y los directores de los departamentos de derecho privado y de derecho público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, me han honrado, con generosidad que agradezco de veras, al asignarme la responsabilidad de dirigirme a este II Congreso de Derecho Constitucional, para tratar el postulado de autonomía privada desde la perspectiva constitucional.

Muy apropiado resulta el asunto para ser examinado en un congreso en el que se propone reflexionar acerca de las tensiones entre el constitucionalismo contemporáneo y el derecho privado.

No son pocas dichas tensiones, especialmente porque se presentan entre concepciones enraizadas en principios jurídicos más que centenarios, frente a novedosas tendencias que el neoconstitucionalismo ha venido edificando en los últimos años, con apoyo en la constitución política adoptada en Colombia en 1991.

El postulado de autonomía privada no es la excepción. Y no lo es porque, como todos sabemos, tiene reconocimiento en nuestro Código Civil que data, en su última adopción, de 1887.

Para algunos, nuestro estatuto civil es un cuerpo normativo arcaico. Con el calificativo, utilizado muchas veces con ánimo peyorativo, de «codificación decimonónica» se suele señalar al Código Civil como texto anacrónico y prácticamente incompatible con las tendencias y derroteros que el neoconstitucionalismo está trazando.

Hoy me propongo defender lo que para algunos es indefendible. Y defenderé no solamente el postulado de autonomía privada que hoy, como principio, coincide íntegramente con su noción clásica, sino que, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, pondré en evidencia como nuestra joven constitución política lo reconoció sin vacilación.

Con esto quiero contribuir al mejor entendimiento del derecho como unidad; quiero probar que las instituciones clásicas, que vienen construyéndose, decantándose y evolucionando desde hace siglos, no son incompatibles con el constitucionalismo moderno y que nuestro Código Civil —cuya interpretación y aplicación actual reclaman la necesaria adaptación a la realidad económica, social, jurídica y política de nuestros tiempos— sigue siendo un compendio de principios e instituciones fundamentales.

A mi juicio, es tan desafortunado como nocivo el talante que en ciertos ámbitos del derecho se viene dando de manera creciente, en el sentido de considerar reprochable todo aquello que tenga relación con el Código Civil o con instituciones clásicas. En determinados círculos profesionales y académicos la sola

mención a textos legales de la codificación civil merece reparo. No pocas veces se ven posturas de rechazo y desaprobación cuando, para defender una línea de argumentación, se aduce un artículo del Código Civil, por considerársele, por principio, contrario al «nuevo derecho» que algunos ven imperante desde la adopción de la carta política. La sola idea de «código» o codificación es, en sí misma, objeto de censura.

Nadie ha negado que el Código Civil ha requerido, aún requiere y requerirá adaptaciones, modernizaciones y ajustes. Nadie podría pretender que las normas permanezcan inamovibles en el tiempo. Ello no sería posible. Como el derecho es vida y la vida cambia, el derecho cambia. Y tales cambios deben reflejarse, naturalmente, en los textos legales. Eso es indiscutible.

De hecho, nuestras instituciones civiles han tenido muchas transformaciones a lo largo de la historia. Más adelante referiré algunas de las más significativas.

Lo que por ahora deseo resaltar es que, sin perjuicio de los naturales cambios y ajustes que determinadas y puntuales normas demandan, nuestro Código Civil constituye un sistema de principios e instituciones producto de siglos de evolución jurídica, que, con la debida interpretación, acompasada con la realidad actual, resultan vitales para la coherencia de las relaciones jurídicas entre particulares. Mucho más que normas individualmente consideradas, lo que debe preservarse de las instituciones clásicas, recogidas en el Código Civil, son tales principios, algunos eternos, que orientan con claridad y precisión y que, a su turno, son base para el entendimiento y construcción de novedosas figuras que el tráfico moderno impone.

Como quedó dicho, muchos son los ajustes que las normas del derecho común han tenido. La evolución de nuestra sociedad ha venido imponiendo necesarios cambios normativos. Así por ejemplo, la ley 28 de 1932 había modificado el régimen de administración de bienes en el matrimonio; el decreto 2820 de 1974 otorgó igualdad de derechos y obligaciones a mujeres y varones; la ley 1 de 1976 estableció el divorcio en el matrimonio civil y acabó con el trato discriminatorio entre hombres y mujeres respecto de la causal primera de divorcio; la ley 29 de 1982 dispuso la plena igualdad de derechos para los hijos; la ley 54 de 1990 reguló la unión marital de hecho, etcétera.

Ahora bien, con apoyo en la constitución de 1991, la Corte Constitucional ha introducido ajustes a algunas disposiciones del Código Civil como son, entre otras, la que regulaba de manera diferencial la edad y el domicilio para contraer matrimonio; la que establecía la incapacidad absoluta del sordomudo que no puede darse a entender por escrito; la que disponía la inhabilidad especial para la celebración del contrato de compraventa respecto de cónyuges no separados de cuerpos; la que señalaba el orden de preferencia dentro de los créditos de

primera clase; la que fijaba como domicilio de los trabajadores el de sus empleadores; etcétera.

Pero, mientras ciertas y puntuales normas legales han sido, por fuerza de las circunstancias, objeto de ajustes, otras, como lo es la que consagra el postulado de autonomía privada, permanecen incólumes.

En esta presentación me ocuparé de examinar, desde la perspectiva constitucional, el postulado de autonomía privada, figura que, aunque encuentra sus orígenes en remotas épocas, mantiene hoy en día, reconocimiento legal, doctrinal y jurisprudencial.

2. Referencia básica al postulado de autonomía privada, su naturaleza y sus límites

1. Precisión temática

Sea lo primero enfatizar que no es este foro el llamado para hacer un estudio pormenorizado sobre el postulado de autonomía privada. El tema de fondo que hoy nos convoca no es dicho postulado, en sí mismo considerado, sino su perspectiva constitucional. Todos los aquí presentes conocemos el concepto y alcance de la autonomía privada. Por eso dispénseseme de entrar en detalles que para nuestro cometido de hoy resultan innecesarios.

Con todo, es indispensable recordar, así sea someramente, algunos elementos indispensables puesto que de ellos se desprenden concepciones de fondo que deben ser examinadas desde la perspectiva constitucional.

2. Noción de autonomía privada

Comienzo con la noción misma de autonomía privada, llamada indistintamente en la doctrina «autonomía de la voluntad», «autonomía de la voluntad privada», «autonomía negocial» o «libertad contractual».

Muchas son las definiciones que ofrece la doctrina. Y, en general, son ellas coincidentes en que la autonomía privada es una prerrogativa, potestad o derecho que permite a las personas, en sus declaraciones de voluntad, crear sus propias reglas o normas de comportamiento, con el objeto de autorregular sus relaciones jurídicas, siempre y cuando no vulneren con ello intereses superiores que constituyen lo que se conoce como orden público.

Como dije, las nociones de autonomía privada son en general coincidentes. Con todo, percibo algún matiz conceptual, aparentemente sutil, pero que juzgo de fondo. Se trata de si la autonomía privada es un poder, prerrogativa o derecho otorgado (atribuido), o si lo es simplemente reconocido por el ordenamiento.

Personalmente veo allí una diferencia importante. Antes de expresar mi opinión sobre el punto, vale la pena ilustrar el asunto con citas de muy autorizada doctrina.

En su célebre y difundida obra sobre autonomía privada, Luigi Ferri explica la autonomía privada así:

> Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas[1] (subrayado mío).

El profesor Fernando Hinestrosa, citando a Scognamiglio, emplea el verbo «reconocer», así:

> En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares 'para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos', autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos[2] (subrayado mío).

3. Naturaleza

Concibo la autonomía privada como una potestad que el ordenamiento simplemente se limita a reconocer a las personas, no a otorgarlo o atribuirlo. Yo no podría entender la autonomía como concesión graciosa del Estado y no podría porque, en rigor, la autonomía privada, se desprende del principio filosófico, político y constitucionalmente tutelado de libertad, que informa todo nuestro ordenamiento jurídico. Es, pues la autonomía privada, una institución de derecho natural, y, por lo mismo, íntimamente ligada al concepto de dignidad de la persona.

Como se verá, esta idea de autonomía de la voluntad como un derecho inherente a la dignidad de la persona, está claramente prohijada por nuestra jurisprudencia constitucional.

4. Límites de la autonomía privada y en especial el orden público

Así entendida la autonomía privada, es necesario complementar diciendo que es un derecho que jamás se lo ha considerado absoluto. Ningún derecho lo es. Desde

---

[1] Ferri (1969: 42).

[2] Hinestrosa (1986: 11-12). La cita entre comillas empleada por Hinestrosa corresponde a Scognamiglio (1950: 33 y ss.).

siempre, se ha reconocido que la prerrogativa que se comenta está supeditada a los dictados del «orden público», noción fundamental para la recta comprensión de la autonomía privada.

Aunque es frecuente ver en la doctrina la idea según la cual son tres los límites de la autonomía privada: ley imperativa, orden público y buenas costumbres, y aunque los propios textos legales refieran separadamente estas categorías jurídicas, pienso que es posible, conceptualmente hablando, reducir a uno solo el límite de la autonomía privada: el orden público.

Y puede hacerse esta reducción en la medida en que las denominadas normas imperativas lo son, precisamente, por regular asuntos en los que está comprometido el orden público, al paso que las buenas costumbres responden a la misma concepción del orden, pero asociadas, dado su origen, a la moral. Así pues, es el orden público, cuyo concepto se ampliará más adelante, el límite a la autonomía privada, sea que se manifieste o no en norma positiva imperativa o en el terreno moral.

Hablar de autonomía privada es hablar de orden público. Son, desde su origen, conceptos inescindibles. Como se verá, la autonomía privada siempre se la ha supeditado al orden público.

Para mayor claridad, considero importante acotar bien las fronteras de la concepción de orden público que interesa a esta exposición. Como el tema que estamos desarrollando es el de autonomía privada o negocial, debo recalcar que me estoy refiriendo a lo que podríamos denominar «orden público privado» u «orden público en las relaciones privadas», para diferenciarlo de otras nociones distintas pero que, de alguna manera, comparten denominación.

En efecto, la constitución política de Colombia emplea la expresión «orden público» en varias disposiciones y con diferentes alcances. Así por ejemplo, los artículos 100 inciso 1[3], 140[4], 189 numeral 4[5] y 213 inciso 1[6] versan sobre una

---

[3] «Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de *orden público*, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros […].

[4] El congreso tiene su sede en la capital de la república. «Las cámaras podrán por acuerdo entre ellas trasladar su sede a otro lugar y, en caso de perturbación del *orden público*, podrán reunirse en el sitio que designa el presidente del senado».

[5] «Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa […] 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado […]».

[6] «En caso de grave perturbación del *orden público* que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el presidente de la república, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la república o en parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta

concepción político-policiva de orden público. En similar sentido los artículos 303 inciso 1[7] y 315 ordinal 2[8] dan cuenta de una idea policiva de orden público.

Con otro alcance, el artículo 215[9] contiene una noción de orden (público) social, económico y ecológico.

A ninguna de las concepciones señaladas en los dos párrafos anteriores me estoy refiriendo en esta presentación. Insisto, debe identificarse con precisión una noción de orden público asociada a la autonomía negocial de los particulares. Ese es el concepto que aquí nos interesa.

Definir orden público en las relaciones privadas es tarea difícil. Para nuestros propósitos digamos simplemente que es el conjunto de principios, valores y creencias predominantemente aceptados en una sociedad determinada como indispensables para la convivencia armónica de sus integrantes.

En palabras de Torré, el orden público «es la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de determinada colectividad»[10].

Así entendido el orden público, resulta fundamental precisar que no es este un concepto necesariamente legal. Es decir, no siempre toda materia de orden público está contenida en norma positiva. Cuando así ocurre, la disposición es de naturaleza imperativa. Pero bien puede suceder que un específico asunto deba considerarse de orden público, dado su contenido material, a pesar de no tener norma legal que lo regule. En cada caso, estará al buen juicio del juez la identificación del contenido de orden público que tenga una determinada cuestión. Por supuesto, hay que reconocer la enorme dificultad que, en ciertas oportunidades, existe para concluir con acierto sobre el particular. Si en muchas oportunidades se presentan enconadas discusiones acerca de si una norma legal

---

por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del senado de la república […]».

7 «En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento. El gobernador será agente del presidente de la república para el mantenimiento del *orden público* y para la ejecución de la política económica general […]».

8 Son atribuciones del alcalde: […] 2. Conservar el *orden público* en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones que reciba del presidente de la república y del respectivo gobernador. […].

9 «[…] Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el *orden económico, social o ecológico* del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario».

10 Torré (1965: 457), citado por Cancino Restrepo (1979: 43).

debe considerarse o no de orden público, con mayor razón en eventos desprovistos de norma escrita.

Y además de no ser una noción necesariamente legal, no es tampoco invariable. En efecto, el transcurso del tiempo, de un lado, y las distintas culturas, costumbres y etnias, de otro, hacen que no pueda aseverarse que el orden público sea inmutable. Lo que ayer no ofendía el orden público, hoy puede ser absolutamente rechazado en una sociedad. En sentido contrario, lo que antes podía verse como contrario al orden fundamental de una sociedad hoy puede ser considerado normal y aun deseable. Y lo que para un específico núcleo social es corriente y usual puede ser desaprobado drásticamente por otro que tenga un arraigo cultural diferente, así sea dentro de un mismo país.

> [T]ambién se ha tenido que abandonar la utopía racionalista del orden público legal e inmutable y se les ha tenido que reconocer a los otros órganos del poder público, distintos del legislativo, y especialmente al órgano judicial, facultades discrecionales para apreciar, en cada caso, la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares con los dictados del orden público […][11].

Muchos ejemplos pueden darse de mutaciones en el orden público en las relaciones privadas. Entre más lejano sea un horizonte cronológico de análisis más fácil es encontrar eventos ilustrativos. Pero en la medida en que se acorta dicho horizonte la cosa no es tan clara.

Hace siglos no ofendía al orden público la institución de la esclavitud. Y en ese sentido el «comercio» sobre seres humanos (esclavos) era social y jurídicamente admitido. Hoy la sola idea de esclavitud nos horroriza.

Vamos a ejemplos más cercanos. Hace digamos cuarenta años, se veía con plena normalidad que las mujeres casadas se consideraran incapaces. La potestad marital era lo normal y socialmente aceptado. Hoy pensar que la capacidad o incapacidad contractual de una persona se determine por su sexo es sencillamente inadmisible.

Acerquémonos algo más. Hace veinticinco o treinta años se veía como normal el que la ley distinguiera entre hijos habidos en matrimonio y los extramatrimoniales para efectos sucesorales. Hoy no es concebible una diferenciación discriminatoria de ese corte.

Hace quince años, las uniones maritales de hecho no eran reconocidas como generadoras de efectos patrimoniales. Era normal y corriente. Hoy es asunto de orden público lo contrario.

---

[11] Ospina Fernández (1994: 12).

Ahora bien, si con el tiempo varía el conjunto de valores y principios predominantemente aceptados en una sociedad, lo mismo ocurre, incluso en una misma época, frente a culturas diversas, así sean ellas de un mismo país. Por ejemplo, el castigo corporal es, para algunas etnias nacionales, lo procedente para reparar determinado tipo de ofensas. En otros ámbitos culturales ese proceder repugna.

En fin, la noción de orden público es variante tanto en el tiempo como en el espacio.

Quién sabe qué cosas que hoy vemos de manera natural y corriente serán objeto de rechazo y repulsa social por nuestros nietos.

Es preciso, en consecuencia, aceptar que el orden público tiene notas distintivas extralegales y que es cambiante. Tal vez eso lo haga tan difícil como fascinante.

Lo que debe resaltarse, indudablemente, es la sabiduría de la norma que consagró en nuestro Código Civil el postulado de autonomía privada puesto que se concibió de manera muy precisa, pero con la suficiente flexibilidad para que, sin necesidad de modificación formal, tenga alcances distintos en el tiempo y en el espacio, según lo que en los diversos momentos y circunstancias se tenga como de orden público.

Para terminar esta breve reseña de los más significativos aspectos del orden público, quisiera destacar, aunque más adelante se reiterará, que tal concepto ha dejado de jugar un papel simplemente pasivo como guardián de las declaraciones de voluntad, que sanciona con nulidad absoluta cualquiera que lo vulnere, sino que, desde hace ya algunos años, se lo ha visto como un orientador de las conductas negociales que se esperan de los particulares.

Para la mejor comprensión de esta idea estimo muy ilustrativas, una vez más, las palabras de Hinestrosa:

> […] las coordenadas de orden público y buenas costumbres […] [son] los instrumentos de que se vale el Estado para *encauzar* y *controlar* el ejercicio [de la autonomía privada], asegurar la primacía del interés general, tutelar los intereses de sectores deprimidos de la sociedad e impedir el abuso de posiciones de poder económico o, en general, dominantes, en la formación del contrato […][12] (énfasis mío).

La distinción entre «encauzar» y «controlar» es clara. El orden público encauza con el señalamiento de conductas que deben observarse en la contratación privada. Y controla, al sancionar con nulidad absoluta las manifestaciones que lo transgreden.

[12] Hinestroza (2007: 272-273).

Ya ese mismo autor, aunque con terminología que no comparto porque la considero equívoca, había puesto de presente cómo la doctrina venía haciendo la distinción a la que me refiero:

> La doctrina es clara y unánime al destacar que, al paso que el orden público político tiene fundamentalmente un *sentido negativo*, en cuanto ha de verterse en prohibiciones de celebrar determinados negocios jurídicos o de estipular determinadas cláusulas o pactos, el orden público económico tiene un *sentido positivo*: direccionista. Aquel 'dice lo que no se debe hacer', este 'dice lo que se debe hacer'[…][13] (énfasis mío).

3. El postulado de autonomía privada en el Código Civil colombiano

1. Reconocimiento de la autonomía privada en los textos del Código Civil

A diferencia de otros ordenamientos como el italiano o el español, entre otros, que reconocen de manera positiva el postulado de autonomía privada y su consecuencia de libertad de contratación, nuestro Código Civil es de aquellos que lo reconocen por vía negativa al disponer que no son posibles las manifestaciones de voluntad contrarias al orden público.

Acerca de las diversas formas de reconocimiento legal del postulado de autonomía privada, Santos Briz dice:

> Esta ascendencia política y filosófica de la autonomía contractual explica su vigencia en todas las legislaciones. En unas, las más, se declara en sus códigos de derecho privado; […]. Dentro del primer grupo, unos códigos hacen declaración solemne de la libertad de contratación. Así el italiano de 1942, el suizo de obligaciones, el portugués y el español […]. Dentro del mismo grupo, encabezados por el código Napoleón, figuran otros códigos que no hacen declaración expresa del principio, pero que resulta de vigencia indudable, por ejemplo, al declarar en su título preliminar que las convenciones particulares nada pueden disponer contra el orden público y las buenas costumbres (artículo 6 del Código Napoleón). […]. Entre estos figuran los códigos argentino, chileno, colombiano, boliviano y algún otro. […][14].

En ese sentido, y como texto legal básico de reconocimiento de la autonomía negocial privada en derecho colombiano, el artículo 16 del Código Civil establece:

---

[13] Hinestrosa (2007: 29). Las expresiones «orden público *político*» y «orden público *económico*» prefiero emplearlas en ámbitos diferentes al de la autonomía negocial privada. Con todo, la distinción la comparto. En materia de orden público en las relaciones privadas el orden público tiene las connotaciones negativa y positiva explicadas por el autor.

[14] Santos Briz (1966: 53 y 54).

«No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres».

La disposición que acaba de transcribirse, prácticamente idéntica a su modelo francés, es la que consagra el postulado de autonomía privada. En efecto, solamente el orden (público) y las buenas costumbres constituyen talanquera, tanto en su concepción positiva como en la negativa, a la autonomía privada.

La autonomía privada en el derecho civil colombiano se deduce entonces, a partir del concepto de orden público.

Complementan esta idea otros textos legales que insisten sobre la protección al orden público y a las buenas costumbres. En ese sentido, y refiriéndose al objeto en los contratos, el tercer inciso del artículo 1518 del Código Civil dispone: «Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

Y al tratar la causa, el segundo inciso del artículo 1524 del Código Civil señala: «Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público».

Por su parte el artículo 1519 del Código Civil establece que: «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación […]».

Sobre esta última disposición conviene destacar lo que ella entiende por «derecho público». No se refiere a lo que en las clasificaciones académicas se presenta en contraposición a derecho privado. En el contexto original de la norma, por «derecho público» debe entenderse orden público. Muy esclarecedoras sobre el particular resultan, como siempre, las palabras de don Luis Claro Solar:

> La expresión orden público, tiene, sin embargo, una acepción más amplia. […]. *En esta acepción orden público es sinónimo de interés público*. Este es el sentido del principio del derecho romano *Privatorum conventio jure publico non derogat* en que las palabras *jure publico*, derecho público, no están tomadas en el sentido que se les da ahora de disposiciones que reglan la constitución y fijan las atribuciones de los poderes públicos, sino de lo que se refiere al bien público o de la comunidad, en oposición al interés privado (énfasis mío)[15].

2. Antecedentes de la noción de orden público

A esta altura del estudio conviene enfatizar que el concepto de orden público viene de mucho más atrás que el código Napoleón en el que en su artículo 6 puede leerse: «No se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres».

[15] Claro Solar (1978, tomo primero: 57).

Según explica don Luis Claro Solar, Portalis, integrante de la comisión designada por Napoleón, «[…] observó [en la exposición de motivos] que los jurisconsultos romanos entendían aquí por *jus publicum* lo que interesa más directamente a la sociedad que a los ciudadanos»[16].

En su última exposición de motivos del código dijo Portalis: «Solo para mantener el orden público hay gobierno y leyes»[17].

Y abundando sobre la noción, Claro Solar trae a líneas a Laurent así: «El Código Civil entiende, pues, por *orden público* lo que los jurisconsultos romanos calificaban de *derecho público*, y ellos significaban con esta expresión interés público en su más amplia acepción»[18] (énfasis mío).

Pero hay todavía más, de la idea que se está explicando, hay referencias mucho más antiguas. En el libro 2 del Digesto, tomado de Papiniano, se lee el siguiente texto:«Jus publicum privatorum pactis mutare non potest». No cabe pues, duda alguna de que el orden público ha sido considerado siempre como limitante de las estipulaciones contractuales de los particulares. En ese sentido cabe afirmar que en la actualidad el postulado permanece tal y como se le concibió en sus orígenes.

Como se verá a continuación, el postulado de autonomía privada tiene respaldo en la carta política y ha sido explícitamente reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4. La autonomía privada en la constitución política de 1991

1. Ubicación del tema

En este punto abordaré el tema central de la presentación a mi cargo. Y para ello me valdré de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Más allá de mis propias reflexiones sobre la perspectiva constitucional de la autonomía privada, lo que busco es, con estribo en las decisiones de la Corte Constitucional, demostrar la plena vigencia actual del postulado.

No pretendo ser exhaustivo en las citas jurisprudenciales. Me limitaré a la transcripción de las que, a mi juicio, son las sentencias de mayor importancia sobre el particular.

---

16 Claro Solar (1978, tomo undécimo: 286).

17 Citado por Claro Solar (1978).

18 Claro Solar (1978, tomo undécimo: 286).

2. Reconocimiento de la autonomía privada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como punto conceptual de partida juzgo de gran importancia la sentencia T-338 de 1993, en la que sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente:

> El concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida.
>
> La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.
>
> La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.
>
> El ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, que establece: «Artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia C-385 de 1995, dijo:

> Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce —aunque no con carácter absoluto— la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.
>
> Hay, pues, en materia contractual dos ámbitos bien diferenciados, respecto de cada uno de los cuales la función del legislador varía sustancialmente: el que corresponde regular al Estado mediante preceptos de obligatorio e ineludible cumplimiento, en el cual no cabe la libre decisión ni el convenio entre las partes,

> aunque estén de acuerdo, por cuanto no es el suyo el único interés comprometido o en juego sino que está de por medio el interés público, o en razón de la necesidad de proteger a uno de los contratantes que el ordenamiento jurídico presume más débil que el otro; y el que, por repercutir tan solo en el interés de los contratantes sin afectar el de la colectividad y siendo claro el equilibrio entre ellos, corresponde a su libertad y dominio, como dueños de las decisiones que estimen más adecuadas y oportunas en busca de sus respectivas conveniencias.
>
> En el último terreno enunciado, es tarea del legislador la de proveer la norma aplicable cuando se da el silencio de los contratantes, disponiendo así, en subsidio de la voluntad de estos, las consecuencias de ciertas situaciones jurídicas.

Esta idea fue reiterada en sentencia C-252 de mayo 26 de 1998.

3. Fundamento constitucional de la autonomía privada

El reconocimiento de la autonomía privada ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero, ¿sobre la base de qué disposiciones superiores? También al respecto la jurisprudencia ha sido clara.

En sentencia C-71 de 2004, se reiteró la posición de la corte plasmada en la sentencia C-660 de 1996. En efecto, en la nota marginal 13 se lee:

> [13] En ese sentido se expresa en la Sentencia C-660 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz que aunque no existe una norma en la Constitución que en forma específica, contemple la autonomía de la voluntad privada «ella se deduce de los artículos 13 y 16, que consagran la *libertad* y el *libre desarrollo de la personalidad*, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del *derecho a la personalidad jurídica* (artículo 14), el *derecho a asociarse* (artículo 38), a *celebrar el contrato de matrimonio* (artículo 42) y los *lineamientos de tipo económico* que traza el artículo 333» (énfasis mío).

Y en la sentencia T-423/03, se expresó así la corte:

> En primer lugar, se puede afirmar que la calidad de parte contractual presupone el derecho de la autonomía de la voluntad llamada también autonomía privada o autonomía contractual. Este derecho se encuentra reconocido en normas de derecho positivo tanto de rango constitucional como de rango legal (artículos 14, 16, 333 superiores, 1502, 1503 Código Civil y 12, 864 del Código Comercial) en las que se establece su titularidad de manera universal a todas las personas que gozan de la capacidad de obrar.
>
> El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido *ex singuli*, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y

> no es atribuido *ex negotium* sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica* (artículo 14 superior) como del *derecho al libre desarrollo de la personalidad* y el principio general de *libertad* (artículo 16 superior) (énfasis mío).

Y en la sentencia T-468/03 la corte señaló como preceptos que sustentan la autonomía privada los siguientes:

> Como previamente lo ha sostenido esta corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional. En efecto, este postulado se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica* (Constitución política artículo 14), el *derecho a la propiedad privada* (Constitución política artículo 58), la *libertad de asociación* (Constitución política artículos 38 y 39), la *libertad económica*, la *libre iniciativa privada* y la *libertad de empresa* (Constitución política artículos 333 y 334). Estos derechos constitucionales le confieren a los asociados, la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Precisamente, en el derecho positivo colombiano, se ha construido el postulado de la autonomía de la voluntad privada a partir del contenido normativo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes […]» (énfasis mío).

Son pues, varios los textos constitucionales con base en los cuales tiene por reconocido la jurisprudencia el postulado de autonomía privada, en especial aquellos que consagran la libertad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, la libre actividad económica y la iniciativa privada.

Ahora bien, conviene precisar que la idea según la cual el libre desarrollo de la personalidad es noción fundante de la autonomía privada, ha sido expuesta por la doctrina desde hace ya mucho tiempo.

Valga anotar, en ese sentido la opinión del profesor Jaime Santos Briz, quien en su obra sobre contratación privada dijo: «El principio de libertad de contratación es una consecuencia de autonomía privada, y este, a su vez, un aspecto del derecho de la persona al libre desarrollo de su personalidad. […]»[19].

4. Autonomía privada como derecho fundamental inherente a la dignidad de las personas, y limitante de potestades estatales

Identificados, desde la perspectiva jurisprudencial, tanto la noción de autonomía privada, como su fundamento y textos superiores que la soportan, conviene ahondar la visión que sobre la figura tiene la Corte Constitucional.

Me parece importante recalcar, de una parte, la concepción que de derecho fundamental asigna la corte a la autonomía privada, y de otro, íntimamente ligado a lo anterior, el carácter de prerrogativa inherente a la dignidad de la persona.

[19] Santos Briz (1996: 53).

En la ya referida sentencia T-423 de 2003 explícitamente identificó la corte la fundamentalidad del derecho a la autonomía privada, en los siguientes términos:

> Para la Corte el reconocimiento de la *fundamentalidad del derecho a la autonomía privada* y la necesidad de diferenciarlo de los derechos patrimoniales, que por regla general son adquiridos en virtud de su ejercicio, implica entonces una atención más denodada del juez del Estado social de derecho al momento de enfrentar conflictos contractuales que involucren problemas constitucionales semejantes. (énfasis mío).

Pero, aunque ve la corte en la autonomía privada un derecho fundamental, no significa, por ello, que cualquier controversia que surja sobre el punto deba ser resuelta por el juez constitucional. Sobre el particular se dijo en la aludida sentencia T-423/03:

> Por otro lado, la Corte considera que lo anterior no implica ni puede llegar a implicar que todos los asuntos contractuales, que como es obvio tienen como presupuesto el ejercicio de la autonomía de las partes, se conviertan en problemas a ser resueltos por el juez constitucional. Esto equivaldría tanto como negar los esfuerzos por distinguir los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales y sobre todo conduciría a desnaturalizar el objeto y la función de la acción de tutela en el Estado social de derecho. Estas razones justifican que el estudio del presente caso implique de manera necesaria la contextualización del problema y la rigurosidad en el manejo de las categorías de la dogmática constitucional.

En cuanto se refiere a la concepción que tiene la corte del derecho a la autonomía privada, como inherente a la dignidad de la persona, dijo la corte en la sentencia T-468/03, atrás aludida:

> Como previamente lo ha sostenido esta corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional […].Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex ante todas las necesidades de las personas.

A tal punto reconoce la jurisprudencia constitucional la fuerza de la autonomía privada, que en la sentencia T423 de 2003, sostuvo la corte que aquella limita las potestades estatales y de la administración pública. Al respecto dijo la corte:

> Por otro lado, la Corte considera que en ejercicio de su función de intervención, el Estado y la administración no podrían llegar a aniquilar el equilibrio patrimonial de los contratos o a modificar de tal manera su contenido hasta transformarlos

en otros contratos, pues en estos casos la propia autonomía de la voluntad y los principios contractuales de rango constitucional actúan como límite al ejercicio de dichas potestades.

5. El orden público, como límite de la autonomía privada, en la jurisprudencia constitucional

En este recuento jurisprudencial, no podría faltar la noción que de orden público —límite activo y pasivo de la autonomía privada— tiene la Corte Constitucional.

En primer lugar debe destacarse que ha sido muy frecuente en la jurisprudencia la equiparación entre los conceptos de orden público y de ley imperativa. Dicho con otras palabras, en varias sentencias de la Corte Constitucional parece manejarse una concepción legal del orden público en las relaciones privadas. Por lo menos formalmente hablando, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que el límite a la autonomía privada está en las leyes imperativas, es decir en las disposiciones legales de orden público.

Eso, como quedó dicho, es un error. No pueden reducirse las cuestiones en las que está interesado el orden público a las que legalmente tienen tal carácter. Insisto: toda norma imperativa es de orden público pero no toda cuestión de orden público tiene necesariamente que estar recogida en norma positiva.

Veamos algunos ejemplos de la censurable identificación entre orden público y norma legal imperativa.

En la sentencia C-385 de 1995, atrás citada, dijo la Corte Constitucional:

> Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce —aunque no con carácter absoluto— la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas *de la ley*, comúnmente conocidas como normas de orden público (énfasis mío).

Esta misma idea, con idénticas o muy similares palabras, se encuentra, que yo conozca, en las sentencias C-252 de 1998, C-364 de 2000, C-332 de 2001 y C-153 de 2004.

El límite a la autonomía privada, identificado con las «disposiciones imperativas de la ley», parece, pues, evidente en la jurisprudencia constitucional.

Con todo, es necesario agregar que en otra sentencia, la ya citada T-468 de junio 5 de 2003, se refiere al tema del orden público con una óptica más amplia, en la que no solamente no se equipara el orden público con la ley imperativa, sino que se hace explícita la función positiva del orden público.

Transcribo los apartes de la sentencia que, sobre el punto, juzgo de mayor importancia:

> Las grandes transformaciones sociales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, condujeron a un redimensionamiento de la concepción racionalista de la autonomía de la voluntad, cuya idea general apuntó al reconocimiento de un poder derivado de autorregulación, pero limitado por el ordenamiento estatal, la conveniencia social y el interés público.
>
> Adicionalmente, la noción de orden público como límite de la autonomía de la voluntad, *deja de cumplir un papel exclusivamente negativo* de protección a las libertades individuales, para *transmutar su alcance a la realización imperativa de los deberes de bien común e interés público*, propios de un estado social de derecho. En este orden de ideas, la nueva noción de orden público permite, por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un estado social, destinados a velar por la conservación y vigencia no solo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestacionales de todas las personas y, por otra parte, conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien fundado en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre los particulares, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social. La imposibilidad de admitir un acto o contrato, con violación al orden público, le otorga a dicha garantía el reconocimiento de norma de derecho imperativo, o, en otras palabras, de *ius cogens* (énfasis mío).

6. El principio de solidaridad social, ¿un nuevo límite a la autonomía privada?

Sobre este tema, de suyo suficiente para largas horas de análisis, me limitaré a dejar expuestas dos visiones jurisprudenciales, al parecer antagónicas.

Se trata de averiguar si la autonomía privada, además de estar sometida al imperio de los dictados del orden público, debe adecuarse al principio, constitucionalmente regulado, de solidaridad social.

Bien vistas las cosas, creo yo que la cuestión puede plantearse bajo otra perspectiva en la que la pregunta clave sería: ¿la actuación de los particulares conforme al principio de solidaridad es una cuestión de orden público?

El solo enunciado del interrogante pone en evidencia su dificultad. La respuesta exigirá, necesariamente, la total claridad sobre el alcance y ámbito del principio de solidaridad social. Ya habrá oportunidad para ahondar sobre el tema.

Como advertí, baste por ahora con dejar planteado el debate, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En la sentencia C-332 de 2001, dijo la Corte:

> Es necesario subrayar que la Constitución no establece de manera expresa la observancia o exigibilidad del deber de solidaridad en las relaciones contractuales:

> Tan solo determina en su artículo 95-2 que son deberes de la persona y del ciudadano «obrar conforme al principio de solidaridad social respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas». En este sentido, la norma suprema es clara al establecer que el ciudadano tiene el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social mediante acciones humanitarias únicamente en situaciones que pongan en peligro la vida o la salud. En un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad (Constitución Política, artículo 1) y en los derechos inalienables de la persona humana, los deberes constitucionales no pueden ser interpretados con criterio expansivo. El artículo 95-2 no impone la ejecución de conductas solidarias en los casos en que los particulares, guiados por la autonomía de la voluntad decidan contraer obligaciones derivadas de los negocios jurídicos por ellos celebrados. En materia comercial, los contratantes buscan promover un interés privado de tipo económico, lo cual no tiene un límite expreso en el principio de solidaridad establecido en la Constitución.
>
> 5.3. Sin duda, todo ejercicio de un derecho comporta una responsabilidad. En este caso, sin embargo, no se está estudiando el alcance del deber genérico de responsabilidad, sino del deber específico de solidaridad.
>
> Del deber de obrar con acciones humanitarias (artículo 95 número 2 de la Constitución) y del principio de solidaridad (artículo 1 de la Constitución) no se pueden derivar cargas generales de orden contractual ni límites específicos al ejercicio legítimo y razonable de la autonomía contractual. Por el contrario, como lo ha sostenido esta Corte, para que de los deberes de las personas se puedan establecer límites a los derechos fundamentales es indispensable que el Congreso, como representante de los ciudadanos, expida previamente una ley que precise obligaciones específicas derivadas de un deber general (énfasis mío).

Esta visión jurisprudencial lleva a la conclusión de que el principio de solidaridad social tiene un específico ámbito en materia constitucional, sin que pueda considerársele límite a la autonomía privada.

En sentido contrario, y aunque referida a las instituciones financieras, en la varias veces citada sentencia T-468 de 2003 sostuvo la Corte Constitucional:

> 15. Con todo, en un principio se consideraba que la autonomía privada constituía una emanación de la voluntad general —como fuente absoluta e inagotable de todo derecho—, erigiéndose, entonces, en un poder ilimitado y omnímodo de autodeterminación normativa (concepción racionalista). Sin embargo, con el surgimiento de los postulados sociales del estado de derecho, se relativizó su alcance en favor de la salvaguarda y protección del bien común, el *principio de solidaridad* y los derechos de los terceros (concepción moderna), (énfasis mío).
>
> Por consiguiente, la *autonomía de la voluntad privada* en tratándose de las instituciones financieras, *se encuentra restringida o limitada*: (i) Por la naturaleza especial de la actividad que prestan; (ii) Por la circunstancia de ser el crédito y el ahorro instrumentos necesarios para garantizar los derechos de las personas; (iii) Por la prohibición constitucional de no abusar de los derechos propios;

> (iv) Por el principio de prevalencia del interés público; (v) Por la vigencia del *principio de solidaridad* y, adicionalmente; (vi) Por las exigencias éticas de la buena fe (énfasis mío).

El antagonismo de las posturas parece evidente. El hecho de que en la sentencia T-468 se diga que «la vigencia del principio de solidaridad» limita la autonomía de la voluntad privada de las instituciones financieras, no significa, a mi juicio, que la corte circunscriba a este tipo de entidades la aplicación del principio de solidaridad.

Como en la acción de tutela que dio origen a la sentencia mencionada las entidades involucradas eran instituciones financieras, a ellas se refirió la corte. Además, la consagración constitucional del principio de solidaridad es de carácter general y no exclusivo de cierto tipo de personas jurídicas.

Doctrina y jurisprudencia tendrán que decantar este importante asunto. Por ahora nos limitamos a registrar la dificultad y a abrir el debate.

7. Puntualización sobre el pensamiento de la corte constitucional respecto de la autonomía privada

Para concluir el tema relacionado con la visión que de la autonomía privada tiene la jurisprudencia constitucional, transcribiré otros fragmentos de la citada sentencia T-468 de 2003, que, a mi juicio resumen lo que sobre el particular es el pensamiento de la corte.

> A partir de las citadas consideraciones y de conformidad con lo previsto en la Constitución Política de 1991, la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.
>
> Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no solo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe.
>
> Precisamente, la Corte en sentencia SU-157 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en relación con la materia objeto de estudio, determinó que: «La

> autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas […]».
>
> Luego, la autonomía de la voluntad privada se concibe no solo como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del estado social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado.

5. Un caso actual sobre orden público y autonomía privada

1. El caso

Quedó dicho que el orden público, como límite de la autonomía privada, es un concepto no necesariamente legal y ciertamente no inmutable. Varios ejemplos se citaron para demostrar esta afirmación.

Quiero, para terminar, ilustrar la complejidad que tiene la noción de orden público y su incidencia con la autonomía privada, con la exposición de un asunto de gran actualidad que ha generado y seguirá generando no pocas discusiones, y que, a todas luces, incide en el asunto del orden público como límite de la autonomía privada.

Se trata de la reciente despenalización del aborto en determinadas circunstancias.

Sabemos todos que la Corte Constitucional, en sentencia C-355 de mayo 6 de 2006 consideró que:

> […] no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

La Corte Constitucional, para adoptar la referida decisión, tuvo que enfrentar dos consideraciones, ambas de orden público: «la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional» según expresión empleada por la propia corte, de un lado, y, de otro, ciertos derechos de la mujer, como el del libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la salud y a la dignidad.

Para mejor comprensión vale la pena transcribir ciertos apartes de la sentencia:

> En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.
>
> Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápites anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales […].
>
> Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. […].
>
> Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

2. El caso planteado frente al postulado de autonomía privada

Independientemente de mi personal desacuerdo con la aludida decisión de despenalizar el aborto en ciertos eventos, cosa que por supuesto escapa al objeto de esta exposición, corresponde, ahora, poner en evidencia la relación existente entre tal decisión y el postulado de autonomía privada.

Ocurre que en la parte motiva de la aludida sentencia se advierte que los hospitales, clínicas, centros de salud, y en general las instituciones prestadoras de servicios de salud, están obligadas a la práctica del aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en la sentencia, puesto que, en opinión de la corte, la

objeción de conciencia no es un derecho del que puedan ser titulares las personas jurídicas.

Dijo así la corte:

> Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

De lo anterior se desprende que si una mujer solicita a un centro de salud la práctica del aborto, en los casos en los que fue despenalizado, la entidad correspondiente no podría negarse aduciendo objeción de conciencia.

Y esto tiene directa relación con la autonomía negocial. Como quiera que el orden público tiene una connotación positiva, que compele a actuar a los particulares para que no resulte transgredido, el aborto no constitutivo de delito sería, con base en la jurisprudencia que se comenta, un procedimiento al que las instituciones prestadoras de servicios de salud estarían obligadas. Dicho con otras palabras, o bien tendrían que manifestar forzosamente su acuerdo con el procedimiento solicitado (contratar), o bien dar cumplimiento, mediante la práctica del aborto, con un contrato previamente celebrado, en términos distintos a los estipulados.

En ambos casos la manifestación que en principio tiene la autonomía privada consistente en el derecho de no contratar, o de no manifestar la voluntad en determinado sentido, tendría que descartarse por una consideración de orden público.

Si bien comparto, como quedó ya apuntado, que es tarea del juez calificar las cuestiones de orden público, personalmente creo que en este caso se excedió el máximo tribunal constitucional. Una cosa es, aunque altísimamente discutible[20],

[20] La decisión que se comenta no se adoptó de manera unánime sino mayoritaria. Los magistrados Rodrigo Escobar, Álvaro Tafur y Marco Gerardo Monroy, salvaron su voto.

que el aborto en determinadas circunstancias no sea delito, y otra muy distinta, que la práctica del aborto resulte obligatoria para las instituciones de salud si una mujer lo solicita.

Lo último me parece francamente equivocado. A nadie escapa que existen no pocas instituciones clínicas y hospitalarias regentadas por órdenes religiosas o por personas para quienes el derecho a la vida es siempre inviolable y que, de acuerdo con el pensamiento de la corte, podrían ser obligadas a practicar un aborto en contra de sus principios y en contravía de sus estatutos, normas y reglamentos.

A mi juicio, no se puede, sin transgredir la Constitución, negar a las personas jurídicas una línea confesional de pensamiento institucional que soporte una negativa, también institucional, respecto de la práctica de un procedimiento que, a pesar de no ser considerado delito en ciertos eventos, choque esencialmente con principios y creencias religiosas, éticas, morales y de conciencia.

Contra lo decidido por la corte, afirmo que las personas jurídicas tienen una especial forma de conciencia, producto, entre otros, de su origen, de la orientación política, filosófica o religiosa de sus fundadores o de sus miembros, de su objeto y finalidades, de su sistema de gobierno etcétera, que les permite formal y materialmente hablando adoptar posiciones y seguir reflexiva y deliberadamente determinadas orientaciones axiológicas y, consecuentemente, repeler otras. Por eso, juzgo erróneo sostener que los entes morales carecen del derecho a formular objeción de conciencia.

La puerta que, a mi juicio equivocadamente, abrió la Corte Constitucional, no demorará en ser utilizada, por vía de acción de tutela, para obligar injustamente a cualquier entidad, independientemente de su confesionalidad, a la práctica de abortos en contra de sus creencias y valores.

Hay un abismo entre no considerar delito al aborto, en ciertas circunstancias, y el extremo, a mi juicio reprochable, de tornarlo obligatorio.

Insisto, considerar que las instituciones de salud no pueden negarse a la práctica del aborto en los casos en los que resultó despenalizado por vía jurisprudencial, equivale, ni más ni menos, a obligarlas a manifestar un consentimiento no querido, o lo que es lo mismo, a forzar un comportamiento contractual. En eso se materializará el pensamiento de la Corte Constitucional, y podrá decirse que negarse a la práctica del aborto, atenta contra el orden público, jurisprudencialmente definido.

El tema que se comenta pone en evidencia la gran dificultad que hay respecto de la calificación que un asunto pueda tener como constitutivo de orden público y mucho más cuando tal asunto se contrapone a otro que a su turno, también ostenta tal carácter.

Eso fue lo que aconteció en el caso que se menciona. Quizás de manera no deliberada, se señaló jurisprudencialmente un evento de orden público que incide en la autonomía privada.

Y dado que entender con rectitud la autonomía privada pende inexcusablemente de manejar con acierto la noción de orden público, asuntos como el comentado adquieren grande relevancia.

3. El orden público involucrado en el caso mencionado. Instituciones de orden público enfrentadas

Con apoyo en el caso planteado pueden verse claramente dos conflictos, relacionados ambos con instituciones de orden público y, consecuentemente, con el postulado de autonomía privada.

El primero es el que enfrenta, en palabras de la propia corte, la «vida en gestación, como bien de relevancia constitucional», con los derechos de que es titular la mujer gestante, en particular «la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida […]».

En el segundo, y con base en la despenalización del aborto en ciertos casos, antagonizan el derecho que asiste a una mujer para solicitar la práctica del aborto, en ciertos eventos, y el que tienen algunos médicos e instituciones de salud, de negarse, por razones de conciencia, religiosas, o de filosofía de vida, a llevar a cabo tal procedimiento incluso en los eventos despenalizados.

Hay que reconocer que los extremos en contienda tenían elementos legítimos, pero no todos podían resultar vencedores. He ahí la ardua cuestión de la que tuvo que ocuparse la Corte Constitucional.

Con la referida sentencia C-355 de 2006, en el primero de los conflictos mencionados la balanza de la justicia humana se inclinó a favor de ciertos derechos de la mujer y en contra de la vida humana en gestación:

> (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En el segundo conflicto, surgido con base en el primero, resultó victorioso el derecho de la mujer a solicitar la práctica de un aborto, en los casos en los que, según la corte, tal procedimiento no es constitutivo de delito, contra la libertad de conciencia, —negada a las personas jurídicas— y el libre desarrollo de la

personalidad de quienes ven en el aborto, en cualquier caso, un atentado contra la vida humana.

Yo personalmente no puedo estar de acuerdo con lo decidido por la corte. La visión que tengo de orden público, al igual que la de los centenares de personas que se dirigieron a la corte pidiendo mantener la punibilidad del aborto en todos los casos, difiere de la que resultó mayoritaria en la citada decisión. No solamente creo que el derecho a la vida del que está por nacer ha debido ser defendido en todos los casos por nuestro máximo tribunal constitucional, sino que encuentro ofensivo obligar a ciertas instituciones de salud a obrar contra sus legítimas creencias por la única razón a que un comportamiento ya no se considera delito.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que, compártase o no, por vía jurisprudencial se ha asumido una importante variación en lo que se estima son los valores y principios esenciales de nuestra sociedad, y definidos como de orden público comportamientos que inciden directamente en el postulado de autonomía privada.

4. La «polivalencia táctica del razonamiento jurídico». Realidad indiscutible en los conflictos jurídicos

¿Cómo decidir asuntos tan complejos? ¿Cómo ponderar los elementos legítimos que tienen las posturas en discordia, para resolver con rectitud? No existen respuestas únicas y excluyentes. La interpretación y aplicación del derecho no obedece, no puede obedecer, a reglas mecánicas y meramente objetivas.

Cada caso es un mundo. Los «moldes» fijados por el legislador, no siempre se replican en la vida. Por el contrario, las controversias se originan muchas veces porque los hechos que las originan se «salen del molde» idealmente fijado por la ley. En cada controversia, es necesario, a partir de los principios jurídicos involucrados y con apoyo en la orientación de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, rectamente interpretadas, identificar sus variables particulares y únicas que permitan lograr lo que don Angel Ossorio llamaba «la sensación de la justicia», para decidir con rectitud.

Las reflexiones que me ha suscitado este problema me llevaron a recordar, una vez más, las enseñanzas del profesor peruano Fernando de Trazegnies, a quien conocí hace veinte años en unas jornadas de derecho comparado en la ciudad de Buenos Aires.

Con la alusión a Fernando de Trazegnies y a lo que él denomina la «polivalencia táctica del razonamiento jurídico», termino mi presentación.

Como dije, conocí a Fernando de Trazegnies en Buenos Aires. La Pontificia Universidad Javeriana me había designado, junto con el profesor Juan Carlos Esguerra, para representarla en las referidas jornadas de derecho comparado.

En un grato almuerzo, Fernando de Trazegnies nos contó al doctor Esguerra y a mí sobre un libro que había escrito, pocos años atrás, con base en el estudio de un expediente de un proceso judicial llevado a cabo en la época de la colonia.

El libro se llama «Ciriaco de Urtecho, litigante por amor» —título de suyo muy sugestivo— y tiene como punto de partida un litigio que comenzó con la demanda presentada en diciembre de 1782 por Ciriaco de Urtecho, persona humilde, contra don Juan de Dios Cáceres, rico comerciante de la época, en la que pretendía se obligara a este a otorgar carta de libertad a la mulata Dionisia Masferrer, esclava de propiedad de doña Jerónima de Gracia y Loris, esposa de Cáceres, a cambio de un determinado precio.

El argumento central de Ciriaco de Urtecho radicó en que Dionisia, la esclava, era su esposa, razón por la cual la esclavitud de ella era su propia esclavitud. Por ello, dijo en la demanda que había trabajado con muchas dificultades para ganar el valor de la esclava «a fin de conseguir la libertad de mi mujer y, por consiguiente, la mía».

Y así comenzó un debate judicial que, más que a los litigantes, enfrentó principios e instituciones jurídicas. Eso es lo que, de fondo, plantea Fernando de Trazegnies. Ciriaco esgrimía al matrimonio y a la familia como razones básicas para obligar a Juan de Dios Cáceres a recibir el precio de la esclava y otorgar su carta de libertad. Cáceres aducía su legítimo derecho de propiedad sobre la esclava.

«Ciriaco desarrolla su argumentación sobre tres líneas fundamentales: de un lado, proclama el derecho natural a la libertad y a la vida conyugal; por otra parte, sostiene que la esclava ya no tiene utilidad para el amo y que, por consiguiente, la libertad de ella no causa perjuicio a este; por último, vincula el derecho a la libertad con el esfuerzo personal»[21].

> A los pedimentos de Ciriaco, Juan de Dios Cáceres, contestó negándose por dos razones: «a) nadie lo puede obligar a vender lo que es de su propiedad, porque toda venta es siempre el resultado de un acuerdo de voluntades; y b) no es cierto que el valor de la esclava sea solo aquel que costó treinta años antes. Pero agrega que está dispuesto a vender a Dionisia por el precio que señalen los peritos y dice que esto «es el estilo común y práctica recibida»[22].

En esencia, se enfrentaron instituciones del derecho de familia con el derecho de propiedad.

Fernando de Trazegnies, luego de la transcripción de las piezas procesales más relevantes, de exponer el «paisaje social de la esclavitud», y de analizar el material normativo de la época, así como los hechos y el desenvolvimiento del

[21] De Trazegnies (1981: 159).

[22] De Trazegnies (1981: 143).

litigio, desemboca en lo que denomina una «teoría dinámica del derecho» todo ello sobre lo que el autor denomina la «polivalencia táctica del razonamiento jurídico», figura bajo la cual plantea cómo «los mismos elementos legales» soportan argumentos y finalidades contrapuestos.

No es del caso en este momento entrar en detalles acerca del proceso ni sobre las formas entonces reconocidas para la manumisión de esclavos. Ello, si bien sería muy interesante, desborda los propósitos de esta exposición. Lo cierto es que, quizás aprovechando un descuido del demandado, consistente en decir que estaría dispuesto a vender a la esclava, no por el valor señalado por Ciriaco, sino por el que fijaran los peritos, vio el fallador el resquicio necesario para fallar a favor de este.

Lo que interesa en este momento del análisis es ver cómo el enfrentamiento de posturas individuales a veces esconde el de instituciones legítimas y que, individualmente consideradas, merece cada una de la protección del ordenamiento.

Lo que ocurrió con Ciriaco es, guardadas las debidas proporciones, lo acontecido en el citado caso del aborto en Colombia: el choque de instituciones jurídicamente relevantes y tuteladas por el ordenamiento, cada una de las cuales fue objeto de presentación con razonamientos encontrados. Por eso, me pareció útil traer a colación el libro de Fernando de Trazegnies, porque en el evento comentado, como en el de Ciriaco, «podemos hablar de una polivalencia táctica del razonamiento jurídico: los mismos elementos legales pueden servir de base a discursos diferentes con propósitos opuestos»[23].

Esa circunstancia es la acontecida en el caso del aborto: los mismos elementos legales —defensa de instituciones de orden público y constitucionalmente protegidas— sirvieron de base a discursos diferentes con propósitos antagónicos.

El razonamiento jurídico, en su polivalencia táctica, fue empleado por extremos enfrentados, con el resultado que ya conocemos.

No todos estamos de acuerdo con dicho resultado. Ya he expresado los motivos de mi personal desacuerdo con lo decidido por la corte. A muchos, nos cambió formalmente el orden público sobre bases que no compartimos. Pero lo cierto es que así aconteció en una contienda adelantada dentro de las reglas de juego establecidas.

El tiempo y los hechos dirán si el razonamiento jurídico vencedor fue o no el mejor y el que realmente convenía a los intereses de la sociedad.

---

[23] De Trazegnies (1981: 82).

Bibliografía

Cancino Restrepo, Fernando
1979 «El Postulado de la Autonomía de la Voluntad». Estudio publicado en *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Temis.

Claro Solar, Luis
1978 *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, edición facsimilar.

De Trazegnies, Fernando
1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ferri, Luigi
1969 *La autonomía privada.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Hinestrosa, Fernando
1986 «Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada». Estudio publicado en *Estudios de Derecho Privado.* Homenaje al Externado en su Centenario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
2007 *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina Fernández Guillermo
1994 *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis.

Santos Briz, Jaime
1966 *La contratación privada*. Madrid: Editorial Montecorvo.

Scognamiglio, Renato
1950 *Contributo alla teoria del negocio guiridico*. Napoli.

Torré, Abelardo
1965 *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

DAMOCLES Y EL FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 1233 DEL CÓDIGO CIVIL

*Felipe Osterling Parodi**
*Alfonso Rebaza González***

Damocles fue un cortesano excesivamente adulador en la corte de Dionisio II, un tirano de Siracusa del siglo IV a.C. En determinado momento, Damocles propagó que Dionisio era realmente afortunado al disponer de tan gran poder y riqueza. Dionisio, deseoso de escarmentar al adulador, se ofreció a intercambiarse con él por un día, de forma que pudiera disfrutar de primera mano su suerte. Esa misma tarde se celebró un opíparo banquete donde Damocles disfrutó siendo servido como un rey. Solo al final de la comida miró hacia arriba y reparó en la afilada espada que colgaba directamente sobre su cabeza atada por un único pelo de crin de caballo. De súbito se le quitaron las ganas de los apetitosos manjares y pidió al tirano abandonar su puesto, diciendo que ya no quería seguir siendo tan afortunado.

La «espada de Damocles» es una frase acuñada en alusión a esta historia para describir la inseguridad en que se instalan aquellos que detentan un gran poder, pues pueden perderlo de golpe incluyendo todos sus privilegios.

El pago mediante la entrega de títulos valores presenta elementos comunes con esta historia. En efecto, esta modalidad de pago tiene su fundamento en la correspondencia entre los beneficios que genera su entrega y las sanciones que conlleva la pérdida de tales beneficios. Así, por un lado, el pago con títulos valores permite al acreedor acceder a los beneficios de representar su crédito en un título valor, entre los cuales podemos destacar la posibilidad de hacer circular el título con rapidez, iniciar un proceso ejecutivo para reclamar el pago de la obligación y no uno ordinario, como ocurriría si se exigiera la obligación primitiva, entre otros inherentes a la entrega de títulos valores. Sin embargo, también establece

* Ex presidente de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Osterling Abogados.

** Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Osterling Abogados.

el deber de cuidar las acciones y derechos que derivan de dichos títulos. Por consiguiente, en caso que ese deber se incumpla, se consignan sanciones severas como el perjuicio del título y la extinción de la obligación primitiva.

Como veremos más adelante, este principio constituye uno de los pilares fundamentales para el estudio del pago con títulos valores. No obstante, si bien han recogido el concepto, la jurisprudencia y alguna doctrina de los últimos años se han visto influenciadas por fundamentos cuya aplicación origina consecuencias distintas al espíritu de la norma.

En el presente trabajo abordamos los diferentes aspectos que comprende el estudio del pago mediante títulos valores en el Código Civil, haciendo un recuento panorámico de las posiciones que justifican la sanción prevista por el artículo 1233 de dicho Código.

La entrega de títulos valores como pago se encuentra regulado, fundamentalmente, por el artículo 1233 del Código Civil. De conformidad con este dispositivo:

«Artículo 1233. La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, solo 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».

Veamos, en primer término, los alcances de esta norma.

1. Los alcances del artículo 1233 del Código Civil

Este precepto tiene como supuesto que frente a una obligación —denominada «obligación primitiva» por el artículo citado—, el deudor, en lugar de pagarla, entregue al acreedor títulos valores que constituyan órdenes —como un cheque— o promesas de pago —como un pagaré o una letra de cambio—. En este caso, la regla del artículo 1233 es que la entrega de títulos valores no extingue la obligación primitiva, sino que genera una nueva obligación denominada obligación cambiaria —representada por el título valor— que coexistirá con la obligación primitiva. Esta obligación primitiva solamente quedará extinguida cuando se pague el título valor —lo cual también determina la extinción de la obligación cambiaria— o cuando este se perjudique por culpa del acreedor.

Enneccerus[1] ilustra el tema señalando que frente a una obligación nacida de un contrato

> […] el deudor puede asumir ante el acreedor una nueva obligación en lugar del pago, por ejemplo expedirle una letra de cambio, conviniendo que mediante su entrega

[1] Enneccerus (1950: 207).

> queda cumplida la deuda, o sea extinguida. Pero en la duda no se supone que la obligación haya sido asumida *in solutum,* sino *pro solvendo* […]. En tal caso pues el acreedor tiene dos créditos. Si se le satisface ese nuevo crédito, se extingue también el antiguo; si no consigue ser satisfecho, puede hacer valer también el primer crédito, lo cual a veces tiene gran importancia, dadas las fianzas o prendas afectas al mismo.

Con igual claridad, la naturaleza de «promesa de pago» se expresa en los artículos 1248 del Código Civil de 1936 y 1170 del Código Civil español, con redacción casi idéntica. En ambas normas se establece que la entrega de pagarés y letras de cambio «solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados»[2].

Con relación al artículo 1248 del Código Civil de 1936, con conceptos plenamente aplicables al artículo 1233 del Código vigente, se señala que:

> […] el pago de una obligación puede en algunos casos efectuarse con documentos, como pagarés a la orden, letras de cambio, cheques, documentos conforme a los cuales otra persona debe entregar por cuenta del deudor las sumas o valores que representan. No constituyendo un verdadero pago, en sentido estricto, no pudiendo considerarse extinguida la obligación, mientras el acreedor no los haya hecho efectivos. […]. Se considera así que el documento ha sido recibido por el acreedor no propiamente en cancelación *(in solutum*), sino *pro solvendo*; esto es, encaminado a producir los efectos del pago y quedando obligado dicho acreedor a procurar la satisfacción del crédito que representa el documento con la diligencia necesaria[3].

Esto nos permite establecer que la entrega de los títulos valores será siempre *pro solvendo* (pago prometido) y no *in solutio* (pago en cancelación), salvo pacto distinto[4].

Ahora bien, el artículo 1233 del Código vigente admite pacto en contrario, es decir, es posible estipular que la entrega de títulos valores sí extinga la obligación primitiva. Aquí estaremos ante un supuesto de novación consistente en la sustitución de la obligación primitiva por la obligación cambiaria que consta en el título valor. El pacto por el que se establece que la entrega del título valor extingue la obligación primitiva es indispensable no solo a tenor de lo dispuesto por el artículo 1233, sino también para no infringir la regla contenida en el artículo 1279 del Código Civil. Conforme a este artículo «la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier

---

[2] El texto del segundo y tercer párrafos del artículo 1170 del Código Civil español es como sigue: «Artículo 1170. […] La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio y otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso». El artículo 1248 del Código Civil de 1936 solo suprime la expresión «mercantiles» del artículo transcrito y reproduce el resto de su texto salvo variaciones adjetivas.

[3] Badani citado por Osterling y Castillo (1994: 466, pie de página 1); Osterling Parodi (1965: 4-5). Los conceptos de este artículo si bien se refieren al Código Civil de 1936, mantienen plena vigencia para la interpretación del artículo 1233 del Código actual.

[4] Cárdenas Quirós (1994: 328).

otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación». Esta norma se encuentra complementada por el artículo 1277 del Código, el cual dispone que «por la novación se sustituye una obligación por otra. Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva».

En suma, conforme al artículo 1279 del Código Civil, concordado con el artículo 1277, la emisión de títulos valores no produce novación, salvo acuerdo expreso en contrario.

Finalmente, el último párrafo del artículo 1233 dispone que cualquier acción destinada a reclamar el pago de la obligación primitiva quedará en suspenso en tanto el título valor entregado se encuentre pendiente de pago o no se hubiese perjudicado. Tal temperamento determina que el acreedor no podrá exigir el pago de la obligación primitiva hasta el vencimiento del plazo establecido en el título valor entregado o, de ser el caso, cuando este resulte perjudicado.

Bajo las premisas anotadas, para que la entrega de un título valor surta efectos cancelatorios, es preciso que se verifiquen las siguientes dos condiciones:

a) Que la obligación primitiva admita la entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago. Este requisito encuentra un respaldo adicional en el principio de identidad del pago, según el cual el acreedor no puede recibir una prestación distinta de la pactada. La observancia al principio acotado alcanza tanto a la prestación en sí misma como a la modalidad o mecanismo que se hubiese previsto para su ejecución[5]. Es fundamental entonces que la obligación primitiva haya previsto la entrega de títulos valores como pago.

Adicionalmente, recordemos que el artículo 1233 dispone que en tanto el título valor no se haya pagado o perjudicado, la acción de cobro de la obligación primitiva queda en suspenso. Entonces, si la entrega de un título valor determina que la obligación original no sea exigible, se requiere del consentimiento del acreedor para que acepte una consecuencia de esta naturaleza.

Es claro, en este sentido, que el deudor no puede entregar en pago títulos valores si la obligación primitiva no admite esa posibilidad.

b) Que admitida la entrega de títulos valores, se haya pactado que, llegado el supuesto previsto por la ley, dicha entrega extingue la obligación primitiva

[5] El principio de identidad del pago ha sido recogido por el artículo 1132 del Código Civil en cuanto establece que «el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor». Como complemento de esta regla, el artículo 1220 del acotado código recoge el principio de integridad del pago al establecer que «se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación».

u originaria. Ello debido a que, conforme lo hemos desarrollado, el artículo 1233 prevé que la entrega de títulos valores extingue la obligación primitiva en tanto exista pacto en ese sentido. No obstante, debemos tener presente que este artículo tiene como regla general que la entrega de títulos valores no extingue la obligación primitiva.

Verificadas estas premisas, nos encontramos en la hipótesis de aplicación del artículo 1233.

2. Supuestos en que se aplica la sanción del artículo 1233

Existen dos posiciones con relación a la aplicación del artículo 1233. Conforme lo exponemos a continuación, tales posiciones encuentran respaldo en las distintas justificaciones que se otorgan a la sanción derivada del perjuicio del título valor, lo cual constituye un escenario propicio para desarrollar el fundamento de este artículo.

Por un lado, se sostiene que la sanción del artículo 1233 solo resulta aplicable cuando el título valor ha circulado, es decir, cuando los sujetos (acreedor y deudor) de la obligación primitiva no son los únicos que intervienen en la obligación cambiaria representada en el título valor. Según esta tesis, solo en este supuesto resulta justificada la sanción, habida cuenta que si el título ha sido endosado y se perjudica, el acreedor perdería la posibilidad de exigir la obligación primitiva y el deudor se vería beneficiado con ello, sin que exista justificación alguna para este beneficio.

El fundamento de esta posición se encuentra en el equilibro económico que debe mantenerse entre acreedor y deudor, inclusive cuando el título valor se ha perjudicado por culpa del acreedor, sin intervención de terceros.

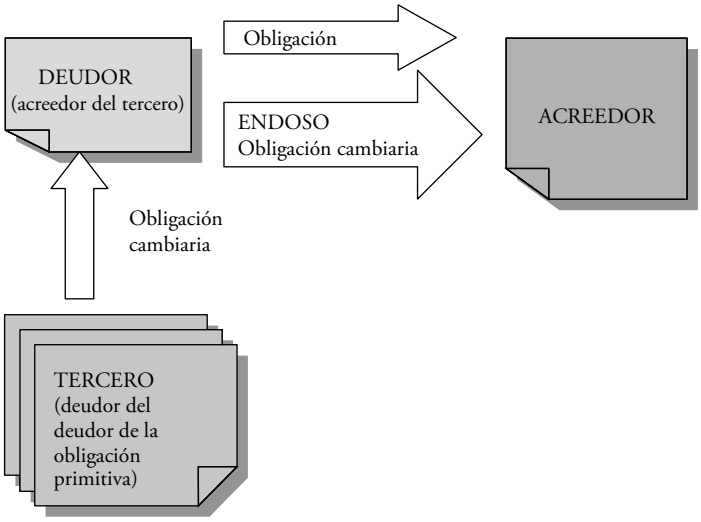
La otra posición, que compartimos, afirma que la sanción del artículo 1233 se aplica en todos los casos, independientemente de que el título valor haya circulado o no. Ello debido a que dicha norma no efectúa distinciones para la aplicación de la sanción y, de otro lado, la sanción derivada del perjuicio no se sustenta en el equilibro económico entre el acreedor y el deudor. Se trata más bien de una consecuencia drástica que establece la norma para garantizar la seguridad jurídica en la entrega de títulos valores.

Estas dos tesis son desarrolladas a continuación. La sanción solo se aplica cuando el título valor ha circulado y por tanto los sujetos de la obligación primitiva no son los únicos que intervienen en la obligación cambiaria.

En este caso el acreedor y el deudor de la obligación primitiva no son los únicos que intervienen en la relación cambiaria, pues el título ha sido endosado por lo menos una vez. Para describir esta tesis con mayor rigor, hemos considerado oportuno hacer referencia a los dos supuestos de endoso del título.

En el primer supuesto existe un deudor y un acreedor de la obligación primitiva, pero a su turno, este deudor es acreedor frente a un tercero de una obligación que ha sido representada en un título valor. Entonces, para pagar la obligación primitiva el deudor —de la obligación primitiva— endosa a favor del acreedor el título valor —en el que está representada la deuda del tercero—.

El siguiente gráfico resulta ilustrativo.



En este primer supuesto, si luego de perjudicado el título valor la obligación primitiva no quedase extinguida —supuesto que impide el artículo 1233 del Código Civil—, el acreedor negligente podría exigir su cumplimiento, con lo cual el escenario para el deudor sería doblemente desfavorable, pues habría perdido el crédito cambiario que tenía frente al tercero, representado en el título valor endosado a favor del acreedor negligente y, adicionalmente, tendría que honrar la obligación primitiva frente al acreedor negligente, lo que, como se ha expresado, lo impide el citado artículo 1233.

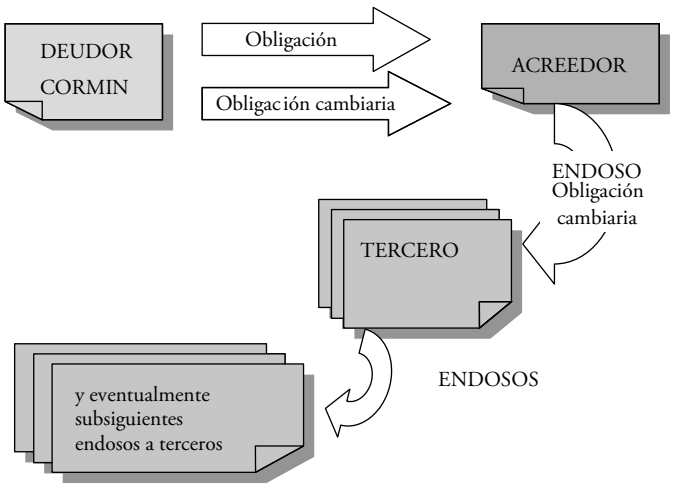
En suma, si no existiera dicho precepto, el deudor soportaría una severa pérdida económica, pues no podría exigir la obligación cambiaria representada en el título; y, no obstante, tendría que pagar la obligación primitiva. El acreedor negligente, en cambio, no habría perdido nada, pues podría exigir la obligación primitiva, no obstante haber dejado que el título valor se perjudique.

Según esta tesis, el artículo 1233 restablece el equilibrio económico entre acreedor y deudor al disponer que no obstante que el deudor pierde el crédito cambiario que detentaba frente al tercero, y que fue representado en el título valor endosado al acreedor, este por su parte, pierde la posibilidad de cobrar la obligación primitiva. Entonces el deudor, si bien pierde el crédito cambiario del

título valor endosado, ya no tendría que pagar al acreedor la obligación primitiva. El acreedor, por su parte, pierde la posibilidad de exigir la obligación primitiva y solo podría accionar por los derechos que emanen del título perjudicado.

En el segundo supuesto existe un deudor y un acreedor de la obligación primitiva que han decidido emitir un título valor, lo cual genera una obligación cambiaria. El acreedor, tenedor y beneficiario del título valor, lo hace circular en el mercado.

Este supuesto queda ilustrado —referencialmente— en el siguiente gráfico.



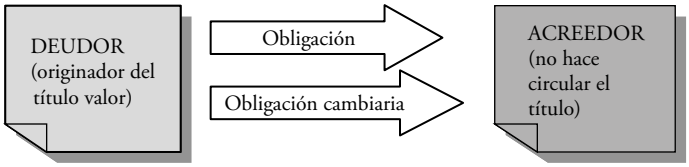
En este escenario, el perjuicio del título valor por culpa del tercer endosatario —acreedor de la obligación cambiaria— determina que la obligación primitiva entre acreedor y deudor se extinga. En este supuesto, si bien el deudor queda liberado de la obligación primitiva —mas no de la acción que deriva de los documentos perjudicados— sin haber pagado, el acreedor habría visto satisfecho su crédito si hubiera recibido contraprestación del tercero a quien endosó el título.

En caso de no admitirse la tesis que antecede, la obligación primitiva no se extinguiría como consecuencia del perjuicio del título valor, y el acreedor, por tanto, obtendría un doble beneficio, pues a) podría exigir el pago de la obligación primitiva en adición a b) la contraprestación que podría haber recibido del tercero al momento de endosar el título. El deudor, por su parte, tendría que soportar una doble carga al responder frente al acreedor por la obligación primitiva y ante el tercero por la acción derivada de los documentos perjudicados. Estas consecuencias las evita el artículo 1233 al restablecer el equilibro económico entre acreedor y deudor.

Con base en estos supuestos, la posición que estamos reseñando considera que la sanción del artículo 1233 tiene como fundamento distribuir entre el

acreedor y el deudor de la obligación primitiva la carga económica que se deriva del perjuicio del título valor.

Bajo este razonamiento se sostiene que el artículo 1233 no es aplicable para los casos en que el título valor no haya circulado, esto es cuando el deudor y acreedor de la obligación primitiva han decidido constituir una obligación cambiaria paralela, es decir, cuando el deudor y el acreedor de la obligación primitiva son los mismos deudor y acreedor de la obligación cambiaria representada en el título valor, conforme se muestra en el siguiente gráfico.



Según la tesis reseñada, en este supuesto el perjuicio del título valor, aun por causas imputables al acreedor, no podría provocar la extinción de la obligación primitiva, habida cuenta que el deudor recibiría un beneficio extraordinario sin aparente justificación y el acreedor se perjudicaría sin que existiera sustento.

En efecto, en el escenario planteado, con el perjuicio del título valor el deudor no sufriría ningún perjuicio patrimonial, de modo que si se le pudiese requerir el pago de la obligación primitiva, pagaría el monto que originalmente debía. Su patrimonio, por ende, solo se empobrecería por la cuantía que originalmente adeudaba. Por su parte, si bien el acreedor negligente podría reclamar el pago del importe adeudado, la sanción consistiría en haber perdido la posibilidad de reclamar por la vía cambiaria.

Esta tesis afirma que, por el contrario, si el artículo 1233 resultase aplicable a este supuesto, el deudor se habría liberado de la obligación primitiva sin ninguna contraprestación a cambio. Esta ventaja —consistente en la extinción de la obligación primitiva— obtenida en virtud de la ley sin dar nada a cambio podría presentar visos de enriquecimiento sin causa. El acreedor, a su turno, no cobraría su crédito sin haber recibido ningún beneficio, ni haber producido perjuicio alguno al deudor.

En este línea de pensamiento, Luis Díez-Picazo[6], comentando el Código Civil español, ha señalado que:

> […] la hipótesis de equivalencia entre el perjuicio del título por culpa del acreedor y el pago, requiere una mayor profundización. Solo es aplicable a los títulos

[6] Díez-Picazo (1996: 511).

> expedidos a la orden, cuando, por existir entre ellos otros titulares de acciones en vía de regreso, el perjuicio del título prive a estos últimos de su derecho al regreso. Será inaplicable cuando el título solo haya circulado entre el deudor y el acreedor de la obligación primitiva.

En suma, bajo esta posición, la sanción que establece el artículo 1233 —de extinguir la obligación primitiva cuando el título valor se perjudica por culpa del acreedor— solo tiene sustento cuando el título valor ha circulado, es decir, cuando el deudor y acreedor de la obligación primitiva no son los únicos que intervienen en la relación cambiaria, pues el título ha sido endosado por lo menos una vez. Ello debido a que la sanción del artículo 1233 no tendría sentido económico ni jurídico si es que el perjuicio del título valor únicamente repercute en contra del acreedor y no del deudor. Asimismo, si el deudor resultare liberado de la obligación primitiva experimentaría un beneficio que no tiene correlato en su patrimonio.

Esta posición ha sido acogida en la doctrina nacional por Ángel Gustavo Cornejo[7], quien comentando el Código Civil de 1936 señala que el supuesto legal es que el pago de una obligación se haga mediante entrega al acreedor de pagarés a la orden, letras de cambio u otros documentos, en virtud de los cuales un tercero deba entregarle por cuenta del deudor las sumas o valores que representan […]. El acreedor asume el rol de mandatario del deudor respecto al cobro de los documentos que recibe y si en el desempeño de este cometido, incurre en culpa, perjurando con ella la exigibilidad de los documentos, queda, naturalmente, responsable ante el acreedor y esta responsabilidad se traduce en que se considera el pago efectuado, porque la demora en el cobro y el perjuicio que de ella se deriva no puede recaer ya sobre el deudor[8].

---

[7] Cornejo (1938: 341). En idéntico sentido se pronuncia Badani (*Obligaciones y contratos*, primera parte, p. 160).

[8] A mayor abundamiento, esta posición ha sido registrada por la jurisprudencia en la casación 2625-98 del 25 de mayo de 1999. En este fallo la sala civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció: «Cuarto. Que, en el caso de autos la denuncia se circunscribe al segundo supuesto de la norma; esto es, el que establece que la entrega de títulos valores que constituyan ordenes o promesas de pago extinguirán la obligación del deudor cuando por cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Quinto. Que, tal como se desprende del supuesto materia de análisis, en ella se establece una sanción para el acreedor negligente que hubiera dado lugar al perjuicio del titulo valor, no siendo aplicable al caso en que el título mencionado haya sido endosado por este último a un tercero y en cuyas manos se haya perjudicado; es en ese sentido que el doctor Carlos Cárdenas Quirós considera que la norma en cuestión guarda silencio sobre las consecuencias derivadas de la entrega a terceros por el acreedor de los títulos valores (a propósito del artículo 1233 del Código Civil, véase Osterling-Castillo 1994, tomo IV: 128). Sexto. Que, comentando el artículo 1248 del Código Civil de 1936 que sirve de antecedente al articulo 1233 del Código Civil vigente, los doctores Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan que cuando los documentos se perjudican se produce novación, la misma que opera entre la obligación primitiva

La sanción del artículo 1233 se aplica independientemente de que el título valor haya circulado.

Por otro lado, tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia se sostiene que la sanción del artículo 1233 se aplica con prescindencia de que el título valor haya circulado o no. Es decir, que si el título valor se perjudica por culpa del acreedor, la relación primitiva queda extinguida tanto cuando los sujetos de la obligación primitiva son los únicos que intervienen en la obligación cambiaria, como cuando interviene un tercero[9].

---

y la obligación cambiaria que originan los documentos antes de perjudicarse, por una parte, y la nueva obligación que nace de los documentos perjudicados por la otra parte, de manera tal que esta nueva obligación que surge de los títulos perjudicados solo concede acción por derecho común. (Osterling y Castillo, 1994, tomo IV: 476). Sétimo. Que*, en consecuencia, no se producen los efectos del pago de la obligación en los casos en que la letra perjudicada habiendo sido girada por el acreedor a su propia orden es aceptada por el deudor, pues este efecto solo se produce cuando se trata de documentos al portador, o a la orden, aceptados, girados, o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor*» (cursivas agregadas).

Como se puede advertir, la Corte Suprema ha considerado que el artículo 1233 no resulta aplicable a los supuestos en que el título valor no haya circulado.

[9] Cabe destacar que la sentencia casatoria 2625-98 a que nos hemos referido precedentemente tuvo el voto discrepante del señor vocal Iberico Mas. La parte pertinente de este voto es transcrita a continuación: «Octavo. Que, asimismo, la norma materia de control casatorio, desde su perspectiva literal o gramatical, no prevé otros aspectos que en el contexto de las relaciones inter subjetivas se presentan, no con muy poca frecuencia, entre otros, el caso de las consecuencias jurídicas que se derivan cuando el acreedor entrega (endosa) a terceros, los títulos recibidos por el deudor, como es el de autos; pues bien, aun cuando la norma no preceptúa explícitamente dicho aspecto, sin embargo, resulta que de la misma hipótesis legal pueden extraerse conclusiones que se adecuan a los distintos casos que se revelan con respecto a la aplicación del artículo 1233 del citado código, pues en todo caso, aun cuando se admitiere que la norma guarda silencio, como afirma Carlos Cárdenas Quirós (1994: 123), esta corte estima que el juzgador puede recurrir a los principios generales del derecho en caso de defecto o deficiencia de la ley, al amparo del artículo VIII del título preliminar del Código Civil. Noveno. Que, por consiguiente, sobre la base de los hechos acreditados en autos, resulta que la demandada COAINSA Comercial S.A., aceptó la letra de cambio y la entregó a SQM Perú S.A., tenedor y acreedor originario, quien a su vez endosó en propiedad a la accionante SQM Nitratos S.A., perjudicándose la cambial en manos de este último al no haber procurado el protesto correspondiente dentro del plazo previsto en el artículo 48 de la ley de títulos valores, de tal modo que la sanción consecuente es considerar la extinción de la obligación primitiva, toda vez que, si la sanción es severa para el acreedor, cuando por su culpa se perjudica el título, lo será con mayor razón *(a fortiori)* para el tercero endosatario, tanto más, que en virtud del endoso en propiedad (pleno, propio o absoluto), solo se transmite la propiedad del título y todos los derechos inherentes a él, es decir los derivados del crédito contenido en el título, mas no la obligación derivada de la relación originaria; en tal sentido, la demandante (tercero endosatario) es ajena a la obligación originaria, es decir extraña a la relación entre endosante y el deudor, así como este lo es con respecto a la relación entre el endosante y endosatario. Décimo. Que, en todo caso, como señalan en interpretación de *lege ferenda* los profesores Osterling y Castillo, tesis compartida por Cárdenas Quirós, cualquiera que hubiera sido la suerte de los documentos entregados por el acreedor al tercero se extingue la obligación primitiva (Osterling y Castillo,

Esta es en nuestra opinión el correcto sentido del artículo 1233 del Código Civil, por las razones siguientes:

Es principio general del derecho no hacer distinciones donde la ley no lo hace. Apelando a este principio, no existe justificación para descartar de los alcances de la norma los casos en que el título valor no haya circulado.

La inaplicación de la sanción del artículo 1233 a los casos en que el título valor no ha circulado, desincentivaría al acreedor para practicar los actos de conservación. En efecto, si la obligación primitiva se mantuviese vigente luego del perjuicio del título valor, el acreedor tendría como único incentivo para conservar los efectos del título no perder el mérito ejecutivo del mismo; sin embargo, el artículo 1233 busca otorgar un incentivo más sólido, esto es, evitar la extinción de la obligación primitiva.

La ventaja de que el título valor mantenga su mérito ejecutivo es que el acreedor diligente tendría, eventualmente, dos acciones para la cobranza de su crédito. La primera, la obligación primitiva con todas sus garantías; y la segunda, la acción ejecutiva por derecho de cambio.

El artículo 1233 «está destinado a proteger al acreedor diligente, manteniendo en vigencia la obligación primitiva que se pretendió extinguir con documentos que no se pagaron a su vencimiento. También está destinado a proteger al deudor

---

1994: 473; Cárdenas, 1994: 125). Undécimo. Que, siendo así, el endosatario no puede perseguir la acreencia en virtud del título que ostenta por cuanto en primer lugar el título está perjudicando, por ende, la obligación primitiva extinguida, y en segundo lugar, no es parte de la relación subyacente o material; de otro modo, no se entendería la regulación prevista en el artículo 18 de la ley cartular, norma que prevé la facultad de ejercer la acción cambiaria o la acción causal, solo si las calidades de tenedor y obligación principal del título valor correspondieren, respectivamente, al acreedor y al deudor de la relación causal de la que derivó la emisión de dicho documento. Igual derecho asistirá al endosatario respecto de su inmediato endosante, pues como señala Ulises Montoya Manfredi, el primer endosatario queda fuera de la relación causal que generó la emisión de documento, igual circunstancia sucede con relación a los posteriores endosatarios (Montoya Manfredi, 2003: 196). Duodécimo.- Que, abonando en ideas, señala Carlos Cárdenas Quirós, siguiendo la tesis expuesta por Osterling Parodi, que cuando el acreedor entrega el título valor en propiedad (endoso en propiedad), el acreedor ya habría recibido su importe del tercero y por tanto, nada tendría que reclamar del deudor, ergo, la demandante solo podría reclamar de la emplazada, la primitiva. Décimo Tercero. Que, el perjuicio de los títulos determinan la extinción de las dos obligaciones que coexistían: la obligación principal y la del documento cartular, las mismas que se sustituyen por una nueva obligación, vía novación, que surge de los títulos valores perjudicados; de este modo, la demandante para satisfacer su nueva acreencia, derivada del título perjudicado, debió optar por la recuperación de la acción documental prevista en el artículo 59 del la ley de títulos valores, mediante el reconocimiento judicial, y no mediante la acción causal, que ha ejercido indebidamente, viciando, por tanto, la relación procesal». Contrariamente a la sentencia, el voto singular destacado ha optado correctamente por no distinguir para la aplicación de la sanción del artículo 1233 y aplicarla, independientemente de que el título valor haya circulado o no. La tesis que defiende este voto también ha sido recogida por los tribunales en otros fallos.

de la negligencia del acreedor, cuando este, por su culpa, permitió que se perjudicaran tales documentos»[10].

Así, el acreedor que recibe los títulos valores a que alude el precepto y que procede con diligencia para mantener las acciones derivadas de estos documentos, protestándolos a su vencimiento y ejercitando las correspondientes acciones cambiarias, sabe que la obligación primitiva —aquella que originó su entrega— subsiste, y que podrá hacer efectivas todas las garantías que, a su vez, de ella se deriven[11].

Por el contrario, el acreedor que recibe títulos valores del deudor, y que, por negligencia, permite que ellos se perjudiquen, bien por no protestarlos, bien por no promover oportunamente las acciones cambiarias, verá extinguida la obligación primitiva, con todos sus accesorios, y únicamente podrá ejercitar las acciones que deriven de los documentos perjudicados[12].

En este sentido, la sanción del artículo 1233 aplicable a los casos en que el título valor no ha circulado no genera un beneficio extraordinario para el deudor, pues como consecuencia de la novación surge una nueva obligación derivada de los documentos perjudicados.

A partir de estas consideraciones, la sanción del artículo 1233 tiene como propósito generar incentivos en el acreedor para conservar las acciones del título valor, antes que restablecer el equilibrio económico que supuestamente se trastoca con el perjuicio del título valor.

En suma, como quiera que la entrega de títulos valores en pago conlleva un fuerte componente de deberes y responsabilidades para el acreedor y asimismo lo expone a sanciones severas, es lógico que le corresponda al propio acreedor la decisión de asumir o no tales deberes, así como las consecuencias de su inobservancia. En efecto, es claro que la entrega de títulos valores modifica la obligación primitiva al dejarla en suspenso e impone al acreedor un deber de cuidado de las acciones y ventajas que le confiere el título valor emitido, bajo sanción de que este quede perjudicado y, adicionalmente, se extinga la propia obligación primitiva[13].

Por tanto, si el acreedor acepta modificar la obligación primitiva para recibir un título valor —que le confiere el beneficio de poder hacer circular el crédito e iniciar un proceso ejecutivo—, como contrapartida acepta los deberes de conservación de dicho título. Si por negligencia del acreedor dichos deberes no se cumplen y el título se perjudica, se precipita la sanción del artículo 1233.

---

[10] Osterling Parodi (2007: 156).

[11] Osterling (2007: 155).

[12] Osterling (2007: 155).

[13] Osterling y Castillo (1994: 479-480).

Cuando el título valor se perjudica por culpa del acreedor. análisis de la culpa

El artículo 1233 del Código Civil decreta la extinción de la obligación primitiva, cuando por culpa del acreedor se hubiese perjudicado el título valor[14].

Entonces, en la medida en que el acreedor que consiente en recibir títulos valores sea diligente y cuide que tales documentos no se perjudiquen, mantendrá vigente la obligación primitiva y las acciones para exigirla. Por el contrario, dicho precepto sanciona al acreedor negligente decretando la extinción de la obligación primitiva si este permite que los títulos valores se perjudiquen.

Conforme hemos señalado, por un lado se busca proteger al acreedor diligente que evita el perjuicio del título, manteniendo en vigencia la obligación original que no fue extinguida por la falta de pago de los títulos valores que se entregaron con ese propósito. De otro lado, se pretende proteger al deudor del acreedor negligente, cuando por causas imputables a este se produce el perjuicio de los títulos valores[15]. Solo el acreedor negligente, por tanto, podrá sufrir las consecuencias de esta norma.

Al respecto, el artículo 1320 del Código Civil dispone que «actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Cabe destacar que la negligencia constituye el ingrediente más importante de la culpa. Así, «la negligencia se refiere a la omisión de precauciones requeridas para la salvaguarda del deber que concierne al actor»[16].

La jurisprudencia ha señalado como un supuesto de culpa del acreedor el caso en que la ejecutante presentó el título valor al juzgado para su cobro judicial, antes del vencimiento de la misma, lo que ocasionó el perjuicio del título debido a que no pudo ser protestado oportunamente[17].

Al efecto, recordemos que el artículo 1320 del Código Civil establece que la culpa se configura con la omisión de «aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación». En este caso la diligencia ordinaria consistente en ejecutar los actos necesarios para evitar el perjuicio del título valor no le correspondía.

---

[14] El otro supuesto de extinción de la obligación primitiva que establece esta norma es cuando el título valor hubiese sido pagado.

[15] Cárdenas Quirós (1994: 328-329).

[16] Savatier (1951: 211).

[17] Sentencia emitida por la sala de procesos ejecutivos el 16 de diciembre de 1999, recaída en el expediente 98-18660.

Finalmente, queremos dejar constancia que, aunque en distintas materias, la perspicacia y lucidez de la obra del profesor Fernando de Trazegnies han sido un importante estímulo para las reflexiones aquí realizadas. El presente trabajo es un homenaje al doctor de Trazegnies y a su obra.

Bibliografía

Badani Chávez, Rosendo

s/f *Obligaciones y contratos*. [1936]. Primera Parte. Lima.

Cárdenas Quirós, Carlos

2007 *Estudios de Derecho Privado* (Reflexiones de un tiempo). Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas.

Cornejo, Ángel Gustavo

1938 *Exposición sistemática y comentario del Código Civil*. Tomo II, volumen I. Lima.

Díez-Picazo, Luis

1996 «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», volumen 2. En *Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.

Enneccerus, Ludwig *et al*.

1950 *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*. Barcelona: Bosch.

Montoya Manfredi, Ulises

2003 *Derecho comercial.* Lima: Editorial Cusco.

Osterling Parodi, Felipe

1965 «El Pago con Efectos de Cambio». *Themis*. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima: número 1, año 1, octubre a diciembre.

2007 *Las obligaciones*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario

1994 «Tratado de las obligaciones». Primera Parte. Tomo IV. En *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Savatier, René

1951 *Traité de la Responsabilité Civile*. Tomo I. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.

LA DOCTRINA DE LOS *ACTOS PROPIOS* EN EL DERECHO ARGENTINO

*Julio César Rivera**

Con el presente trabajo adhiero al homenaje al profesor Fernando de Trazegnies, prestigioso jurista y hombre público, muy conocido en Argentina por sus publicaciones en las más conocidas revistas locales, largamente merecedor de este reconocimiento por sus valiosos aportes a la ciencia del derecho y a la hermandad entre los pueblos latinoamericanos.

1. Lugar que ocupa la noción de confianza legítima en el sistema jurídico argentino

La noción de confianza legítima tiene aplicación en distintos institutos del sistema jurídico argentino, pero sin duda donde mayor fuerza cobra es en lo que se conoce como la «doctrina de los actos propios».

Esta doctrina predica que «nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz»[1].

En el derecho argentino, sus orígenes se remontan al año 1976, cuando comienzan a aparecer los primeros fallos judiciales en los que se esbozan tímidamente los perfiles de esta teoría; que luego cobraría forma definitiva en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983.

---

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro de la Academia Nacional de Derecho, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, de UNIDROIT y de la Association International de Juristas Andrés Bello. Director de la revista de Derecho Comparado.

[1] CSN, 16 de febrero de 1993, «Zambrano, Luis María, c. Agravia, José Manuel, y otros». Fallos 316:132.

Noción. Diferencias con otras figuras

Caracterización y perfiles de la doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios es una derivación necesaria e inmediata del principio general de buena fe, fundada en la protección de la confianza suscitada en un tercero por una conducta anterior deliberada, eficaz y jurídicamente relevante.

La aplicación judicial de esta doctrina se materializa como una suerte de prohibición o inadmisibilidad, que impide la invocación de alegaciones que importen ponerse en contradicción con los propios actos anteriores del sujeto[2]. Es decir que importa «una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación, puesto que no es dable permitir que se asuman pautas que susciten legítimas expectativas y luego se formule un reclamo judicial que contradiga dicho actuar»[3].

Sin embargo, no cualquier acto anterior impide ponerse en contradicción con el mismo.

Para que la doctrina sea aplicable, el acto anterior reunir tres condiciones:

a) debe ser deliberado, es decir, debe trasuntar una «toma de posición» frente a una situación determinada;

b) debe resultar «jurídicamente relevante», por lo tanto, es menester que tenga trascendencia en el mundo del derecho, lo cual excluye a los actos que no tengan valor vinculante, tales como las meras opiniones, expresiones de deseos, meras manifestaciones de intención pero sin asumirse el correlativo compromiso. En definitiva, el acto debe ser ejecutado dentro de una determinada relación o situación jurídica, y debe haber afectado intereses ajenos;

c) debe ser «jurídicamente eficaz», ya que si la primera conducta es inválida o ineficaz, es lícito volver contra ella[4].

---

[2] Bianchi e Iribarne (ED, 106 - 851).

[3] Compagnucci de Caso (1985-A-1001).

[4] Cuando la supuesta o pretendida actuación anterior o vinculante es *contra legem*, la doctrina de los propios casos no es invocable, pues para su procedencia, el acto o actos realizados en el pasado que resulten contradictorios con una conducta actual deben haber sido reales y válidos, y en consecuencia, los actos simulados y los actos nulos escapan así a la contradicción. De lo contrario, se privaría a una persona de la posibilidad de arrepentirse de una conducta antijurídica anterior, resultando prisionera eternamente de sus actuaciones anteriores, lo cual no es un razonamiento en principio admisible. Véase Nissen (1997: B, 1371).

La doctrina de los actos propios es de aplicación residual, no siendo aplicable cuando la ley establece una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola[5].

En efecto, existen ciertos casos en los cuales la normativa expresamente autoriza un actuar contradictorio.

Así por ejemplo, (i) el oferente puede lícitamente retractarse antes de que la oferta sea aceptada por el destinatario (artículo 1150, primera parte, Código Civil); (ii) si se hubiera pagado una seña para asegurar la celebración de un contrato, es lícito arrepentirse del contrato perdiendo la seña depositada (artículo 1202, Código Civil)[6]; (iii) es lícito revocar el testamento (artículo 3824, Código Civil); (iv) existiendo pacto comisorio quien ha pedido el pedido el cumplimiento del contrato, puede pedir más tarde su resolución (artículo 1204, Código Civil); etcétera.

En algunos fallos se ha puesto especial énfasis en el aspecto objetivo de la conducta, señalándose que lo decisivo en el *venire contra factum* no es tanto la existencia de una voluntad en el comportamiento antecedente, cuanto el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte[7], y que resulta irrelevante la disposición subjetiva del autor de la conducta contradictoria, por cuanto la inadmisibilidad del *venire contra factum* se produce «objetivamente», es decir, con prescindencia del grado de conciencia o conocimiento que haya tenido el agente al realizarla. Ello así por cuanto cualquiera haya sido la voluntad que ha impulsado tal actuar, aquel ha suscitado en el interesado una confianza fundada respecto a lo que significaba como actitud del sujeto dentro de la relación jurídica, por ende, la persona se encuentra imposibilitada de contrariarlos[8].

Sin embargo, ello no implica prescindir de eventuales vicios de la voluntad que puedan existir en la primera declaración, tales como la violencia, el dolo o el error excusable; lo contrario implicaría generar una temible dictadura del pasado, en busca de evitar la desprotección de la confianza. Los justiciables quedarían así irremediablemente atados a sus actos anteriores, cualquiera fueran las circunstancias, motivaciones y características de estos.

---

5 Gómez (2005: 737).

6 Esto es así en el ámbito de los negocios civiles. En el derecho comercial la seña es confirmatoria, por lo que no hay derecho a arrepentimiento perdiendo la señal o arras.

7 SC Buenos Aires. 27 de setiembre de 1988, «Rojas, José c. Municipalidad de General San Martín». DJBA, 135-330.

8 CN comercial, sala A, 15 de marzo de 1985, «Colombo, Antonio c. Apolo, Cía de Seguros», DJ 1985-I-832).

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la nación recientemente ha resuelto que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios, es necesario que los actos que se oponen al reclamante hayan sido voluntarios, libres y no hayan estado inducidos por ninguna de las causales que vician la voluntad, es decir, error, dolo, coacción física o psíquica, estado de necesidad, etcétera[9].

Finalmente, como la aplicación de la doctrina supone dos conductas, una anterior y otra posterior contradictoria con la primera, se entiende que entre ambas debe mediar un lapso suficiente como para que la conducta realizada cobre virtualidad jurídica con efecto vinculante y pueda suscitar en el otro una confianza o expectativa legítima, ya que si se produce una contradicción o retractación simultánea, ambas conductas son comparables por el receptor de las manifestaciones de voluntad, y por consiguiente no pudo haber suscitado en él una confianza legítima en ningún sentido.

Distinción con las nociones próximas

Hemos dicho que la doctrina de los actos propios constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe.

Pero también son corolarios de la buena fe, la lealtad, la cooperación, la coherencia, el abuso del derecho y la teoría de la apariencia.

De modo que no habrán de encontrarse diferencias tajantes con esas nociones, sin perjuicio de que pueden destacarse algunos matices.

No obstante, y por constituir la raíz afín a todas ellas, creemos conveniente precisar los perfiles que en el derecho argentino tiene el principio general de la buena fe.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que requiere, para ser dotado de contenido, de la remisión a criterios más o menos generales y a las valoraciones o estimaciones vigentes en la sociedad. En consecuencia, para dotar de contenido al concepto es necesario recurrir a elementos meta-jurídicos: las estimaciones morales, las consideraciones éticas vigentes en la comunidad, las circunstancias económicas, sociales, culturales que tipifican la situación de una sociedad determinada. Por esta razón, se sostiene que la buena fe representa un punto de contacto entre el derecho y la moral, una especie de tracto de unión entre estas dos disciplinas, permitiendo a la moral acceder a la vida jurídica y asegurando una mejor adecuación del derecho a la regla moral.

---

[9] Dictamen del procurador general del 18 de marzo de 2005, en CSN, 11 de octubre de 2005, «Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro». Fallos 328:3717.

Es justamente por ello que se ha afirmado que «nunca la autonomía de la voluntad es plena, libre y nadie es dueño absoluto y arbitrario para comportarse, en todos los ámbitos y especialmente, en el negocial, según le parezca; siempre estarán arropados los contratantes en los límites y con la luz del principio de la buena fe»[10].

En nuestro Código Civil, su artículo 1198 establece que los contratos deben ser celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe.

Como dice el decano Alterini: «la buena fe es (o debería ser) la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica; la mala fe corrompe la armonía de la convivencia, tuerce el curso habitual de los fenómenos jurídicos, y produce consecuencias comúnmente disvaliosas para quien aporta ese elemento insólito»[11].

En este orden de ideas, relacionando la buena fe con la doctrina de los propios actos, la Corte Suprema ha dicho que «la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos, según lo disponen respectivamente los artículos 1071 y 1198 del Código Civil, y es aplicable por igual en el campo de derecho privado y del derecho administrativo»[12].

En definitiva, la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho: todas las personas deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal, en la fase previa a su constitución y en el desenvolvimiento de las ya construidas[13].

Pueden distinguirse dos expresiones de la buena fe, la buena fe objetiva o buena fe lealtad, y la buena fue subjetiva o buena fe creencia.

La buena fe subjetiva consiste en la creencia acerca de que una conducta no va contra derecho, o en la ignorancia de no estar dañándose un interés ajeno tutelado por el derecho. En tanto que la buena fe objetiva consiste en la confianza acerca de que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos similares; se trata, pues, de las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente, obrando con rectitud.

En la doctrina de los actos propios prevalece la buena fe objetiva, ya que lo que sanciona es la conducta contradictoria interpretada objetivamente. La buena fe lealtad es esencial para resolver el problema planteado por el *venire contra*

---

[10] Morello (2003: 40-41).

[11] Alterini (1998: 33).

[12] CSJN, «Estructuras Tafi S.A.C. e I y otro c. Tucumán, provincia de y otro s/ Daños y perjuicios». Fallos 321:2531.

[13] Morello (2003: 40-41).

factum, porque ella impone el deber de proceder con rectitud y honradez en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración y desenvolvimiento de la misma.

Sentado ello, entraremos ahora a destacar los matices diferenciadores entre la doctrina de los actos propios y el resto de las nociones enumeradas supra.

Así, los deberes de obrar con lealtad, coherencia y cooperación, por su lado, son pautas de conducta que las partes están obligadas a observar durante la constitución y el desarrollo de toda relación jurídica, y responden a la idea de que los derechos subjetivos deben ejercitarse con moderación y prudencia y según la estimación habitual que la gente puede esperar de determinada conducta, entendiéndose que todo ciudadano tiene derecho a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean estos los particulares o el propio Estado[14]. Se asientan también en la fidelidad que merece el vínculo contractual, toda vez que resulta ser una conducta socialmente reclamada por la idea de ética vigente la de respetar la palabra empeñada, umbral que en nuestro derecho tiene consagración normativa expresa en el artículo 1197 del Código Civil[15] y que constriñe a las partes a satisfacer íntegramente el interés de la otra[16].

Tales deberes de conducta se diferencian de la doctrina de los actos propios en cuanto a la función más general que persiguen, pues apuntan a garantizar el cumplimiento cabal del negocio concertado y proteger de este modo el tráfico jurídico nacido de la voluntad de las partes. En cambio, la doctrina de los actos propios busca proteger un valor más específico, que es la confianza razonable y legítima acerca de cierto comportamiento futuro suscitada a partir de los actos propios realizados por una de las partes en determinada relación jurídica. Los deberes de lealtad, cooperación y coherencia obligan a actuar de determinada manera. La doctrina de los actos propios, impide ejercer judicialmente una pretensión o defensa contradictoria con una conducta anterior deliberada, eficaz y jurídicamente relevante.

El abuso de derecho también es un instituto fundado en el principio de la buena fe, aunque en este caso actúa como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Es sabido que en el estado actual de nuestra cultura no se conciben los derechos subjetivos de carácter incondicional, esto es: sin limitación o sin

---

[14] CSN, 21 de setiembre de 1989, «Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Estado Nacional, s. Expropiación Indirecta». Fallos 312-1725. También, 3 de marzo de 1992, «Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Ferrocarriles Argentinos». Fallos 315-214.

[15] Artículo 1197: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

[16] CN comercial, sala B, 3 de julio de 1984, «Acetta, Juan C., c. Omega Coop. de Seguros». ED 111-480.

más acotación que la soberana voluntad de su titular. Por el contrario, se parte de la idea de que todos los derechos son otorgados para el cumplimiento de una determinada finalidad: «no hay derechos autónomos en el sentido de que agoten su contenido en sí mismos, sino que todos encuentran su razón de ser, o su finalidad, fuera del ámbito de su propia definición»[17].

Por ello se considera abusivo el ejercicio antifuncional de un derecho, es decir, el que se realiza contrariando la finalidad en miras de la cual es reconocido por la ley, o sobrepasando los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En el derecho positivo argentino este instituto tiene recepción legal expresa en el artículo 1071 del Código Civil[18].

La sanción legal frente al ejercicio abusivo de un derecho es la paralización del derecho ejercido antifuncionalmente, y la condena a su autor a reparar los daños causados. En la doctrina de los actos propios, en cambio, no hay tal ejercicio antifuncional de un derecho, sino una actuación lícita con trascendencia jurídica que luego impide a su autor adoptar judicialmente una postura contraria. El instituto del abuso de derecho persigue evitar un ejercicio desviado de los derechos, por cuanto ello contraría la finalidad de la ley y es fuente de perjuicios a terceros. En cambio, la doctrina de los actos propios persigue evitar la defraudación de la legítima confianza suscitada en el marco de las relaciones contractuales por la conducta asumida por las partes.

Alguna similitud posee con la teoría de la apariencia, puesto que esta teoría también pone énfasis en la protección de la legítima confianza creada a un tercero. La «apariencia» importa conferir valor jurídico a la adquisición de derechos por parte de un sujeto que ha actuado en razón de una realidad exterior visible que daba la apariencia de la existencia de un derecho, aunque este último en realidad no haya existido. De esta manera, ese derecho adquirido resulta oponible al verdadero titular, aunque este no haya intervenido en la relación jurídica, y aunque el sujeto no hubiera podido adquirir esos derechos por el juego normal de las reglas jurídicas. En la doctrina de los actos propios su aplicación determina la inadmisibilidad de un actuar contradictorio con la confianza creada.

Para que resulte aplicable esta teoría es necesario que exista una situación de hecho exterior, visible, que cree la apariencia de la existencia de un derecho subyacente, y que quien actúe en razón de la apariencia creada lo haga de buena fe. Esta teoría se funda en la protección al tercero de buena fe que ha celebrado

---

[17] T.S.J. de Córdoba, sala civil y comercial, 30 de mayo de 1991, «Bisjo de Gotusso c/Zurbriggen». LL Córdoba 1991-772.

[18] Cuyo segundo párrafo reza: «La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquel la tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres».

un negocio jurídico bajo la creencia razonable de la existencia de un derecho que en realidad no existía, y también a la necesidad de la tutela de la seguridad jurídica de las transacciones.

En el derecho argentino existen diversos supuestos de aplicación de la teoría de la apariencia. Es lo que acontece por ejemplo con el mandato aparente previsto por el artículo 1967 del Código Civil, que protege los derechos adquiridos del mandatario ignorando la cesación del mandato; y del artículo 1938 del Código Civil, que desconoce la eficacia de las órdenes reservadas o instrucciones secretas dadas por el mandante al mandatario. También constituyen aplicaciones de la teoría de la apariencia el artículo 732 del Código Civil que libera al deudor en virtud del pago realizado al acreedor aparente, el artículo 1051 del Código Civil que protege al tercero adquirente de buena fe de derechos emanados de un acto luego anulado; y el artículo 58 de la ley 19.550 de sociedades comerciales, que dispone que el representante convencional o legal de la sociedad obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, régimen que se aplica aun en infracción a la organización plural si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción a la representación plural.

2. Ubicación de la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico

Ya hemos visto que la doctrina de los actos propios es una regla de derecho fundada en el principio de la buena fe. Como el principio de la buena fe, por ser un principio general del derecho, es aplicable a todas las ramas en que puede fraccionarse el derecho, incluso el derecho público, tanto local como internacional[19] no cabe predicar otra cosa respecto de la doctrina de los actos propios —obviamente que con las excepciones del caso, por tratarse en este caso de una regla y no de un principio—.

Como bien ha señalado un autor, el hecho que la administración tenga como objeto el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales, pues debe actuar como el primer custodio de la buena fe en las relaciones jurídicas; y no puede ni debe sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerados en el derecho privado[20]. En ese orden de ideas, el procurador del Tesoro de la Nación sostuvo que mantener la congruencia de conductas asumidas, facilita el

[19] Rodríguez Berruti (1986, E: 876).

[20] Piaggi (2004: 112).

buen orden administrativo y la certidumbre que debe imperar como exigencia insoslayable en el accionar del Estado[21]. Agréguese, a mayor abundamiento, que no parece lógico excluir a la administración pública de la aplicación de la doctrina de los actos propios, puesto que de esa forma quedarían fuera del amparo de un principio tan cardinal como el de la buena fe una vasta cantidad de relaciones jurídicas[22].

También se ha considerado aplicable esta doctrina a los actos de los tribunales judiciales, en los supuestos en que es el propio juez o tribunal quien incurre en la contradicción o incongruencia. Este criterio ha sido sostenido por prestigiosa doctrina[23] afirmado en las Primeras jornadas chaqueñas de derecho civil y de derecho procesal civil[24] y aplicado en diversos precedentes judiciales[25].

Asimismo se resolvió la aplicación de esta teoría en el derecho laboral[26].

En el derecho privado argentino, la regla que sanciona la inadmisibilidad de volver contra los propios actos encuentra fundamento normativo en los artículos 1071 y 1198 del Código Civil, según la redacción que recibieron a partir de la

---

[21] Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación de fecha 20 de octubre de 1986. En igual sentido se dijo que la obligación de comportarse conforme al principio general de buena fe es un deber del cual no resulta excluido el Estado. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde afirmar que la regla *venire contra factum proprium non valet*, por ser una derivación de aquel principio, es invocable contra el estado. Véase Borda (1991, B: 38).

[22] Mairal (1994: 52). SCJ Mendoza, sala I, 2 de mayo de 1990, «Arrigoni, Raúl c. Dirección General de Escuelas». LL, 1991-B-38.

[23] Entre ellos, Eisner (1987, C: 820); Garay (1991, II: 870); Colerio (2005, D: 1).

[24] Celebradas en Resistencia, en el año 1987, donde se declaró con relación a la doctrina de los propios actos, que esta «comprende también la actividad de las partes en el proceso y la del propio tribunal».

[25] Así, en un fallo se resolvió que «puede ocurrir que el juzgado ordene la notificación por cédula de una resolución que por ley se notifica automáticamente. Cabe concluir que ha de prevalecer la notificación por cédula, por razón de que el litigante no debe ser sorprendido». (CN Civil, Sala C, 11 de noviembre de 1985, LL 1986-A-599); y en otro que «si no obstante que el artículo 201 del Código procesal dispone que la resolución que recaiga en el pedido de mejoramiento de la contra cautela quedará notificada por 'ministerio de la ley', el órgano jurisdiccional dispuso la notificación personal o por cédula, no puede volver sobre sus propios actos intentando modificar la forma de notificación de la resolución aludida, con motivo del recurso de apelación deducido por la parte afectada. La facultad de disponer la forma de notificación, aun cuando no haya sido esta la intención, quedó consumada al dictarse el acto jurisdiccional en cuestión» (CN Civil, Sala F, 9 de marzo de 1984, LL 1984-C-18).

[26] En dicho pronunciamiento se sostuvo que «el consentimiento de la trabajadora a la medida dispuesta por la empleadora, por cuanto decidió acogerse al régimen de jubilación sin interponer una demanda de reinstalación ni colocarse en situación de despido debido a su investidura gremial, torna aplicable la doctrina de los actos propios, pues llevó a cabo actos que importaron acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar la garantía sindical con que se encontraba tutelada». (TS Neuquen, 27 de abril de 2005, «*Sosa, Nidia R c. Banco Provincial de Neuquén*», publicado en La Ley Online).

reforma del año 1968[27]. Antes de esa reforma, algunos fallos le encontraban sustento en los artículos 16 y 953 del Código Civil[28].

3. Naturaleza de la doctrina de los actos propios

Origen y la naturaleza de la noción

Los autores argentinos coinciden en señalar que la doctrina de los actos propios tiene origen en el brocardo latino *venire contra proprium factum nullin conceditur*, también expresada como *adversus factum suum quis venire non potest*. En Argentina ha tenido difusión por la obra de Díez Picazo y Ponce de León[29] y de una monografía de Puig Brutau[30].

La doctrina de los actos propios, que constituye una evolución nacida de ese dicho brocardo, tiene naturaleza de regla de derecho, no de principio general, como en cambio lo es la buena fe.

Las reglas de derecho son máximas jurídicas que resumen el sentido de una institución o de un complejo de normas ya incluidas en el plexo normativo, pero que no tiene carácter de principio general del derecho, por lo que, a diferencia de estos últimos, admiten excepciones[31].

Prueba de la confianza

En primer lugar el defraudado debe haber actuado acorde a la confianza que el accionar del defraudante le había suscitado. Es decir, que debe existir coherencia entre el acto (u omisión) del defraudado y la pauta de conducta que la confianza generada hacía suponer como idónea o adecuada.

Luego, deberá probarse que el defraudado, obrando con cuidado y previsión, y habiendo adoptado las diligencias que exigían la naturaleza de la relación, con sujeción a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar, pudo razonablemente haber creído que el acto propio del defraudante importaba una pauta de conducta en un sentido tal que excluía la posibilidad de un actuar contradictorio.

En síntesis, la parte que intenta hacer valer judicialmente esta teoría deberá probar la existencia de una conducta determinada de un sujeto que haya generado una confianza razonable o expectativa de comportamiento futuro, y que en base

---

[27] Borda (1987: 57).

[28] CN Civil, sala D, 13 de febrero de 1984, «D'Ambar S.A. contra I.M.O.S.», LL 1985-A-243.

[29] Díez-Picazo (1963).

[30] Puig Brutau (1951).

[31] Borda (1987: 59-60).

a esa expectativa haya obrado de una manera tal que le causaría un perjuicio si su confianza fuese defraudada.

4. Las aplicaciones de la noción de confianza legítima en derecho de los contratos, desde el principio hasta el fin del proceso contractual

Invitación a contratar emitida por error

Para responder a esta pregunta es necesario realizar algunas aclaraciones previas.

Como es sabido, la voluntad del sujeto que da lugar al nacimiento de un negocio jurídico se compone de elementos internos y externos. Los elementos internos son el discernimiento, la intención y la libertad, en tanto que el elemento externo es la declaración de la voluntad.

Desde antiguo se ha planteado el problema acerca de la prevalencia de la voluntad declarada o de la voluntad interna cuando ambas resultan divergentes, y que resulta trascendente a la hora de determinar la validez, eficacia e interpretación del negocio jurídico. Ello dio lugar al nacimiento de dos teorías antagónicas[32] y de algunas posiciones intermedias[33].

Sentado ello, señalamos que el Código Civil argentino, por su parte, suscribe la doctrina de la voluntad, según se evidencia en su reglamentación del acto voluntario, para el cual deben hallarse presentes los denominados elementos internos, en particular la intención. Por lo demás, nuestro código regula los denominados vicios de la voluntad, entre ellos, el error[34] cuya presencia autoriza a nulidificar el acto.

---

[32] Estas son: a) la teoría de la voluntad, expuesta originariamente por Savigny, que considera que el efecto jurídico se produce por consecuencia de la voluntad interna, por lo que esta última debe prevalecer sobre lo declarado; y b) la teoría de la declaración, que según algunos autores ha sido adoptada por el Código Civil alemán, y que considera que la declaración de voluntad tiene efecto no solo comunicante sino también determinante de un compromiso que provoca la responsabilidad del declarante en el sentido de cumplirlo, razón por la cual prevalece sobre la voluntad interna.

[33] Que son las que prevalecen en la actualidad, y que buscan superar las consecuencias intolerables a que conducen las teorías extremas a través de soluciones prácticas que tengan en cuenta el tipo de acto de que se trata. Ello dio lugar a la distinción entre las declaraciones recepticias, y las no recepticias. En las primeras, por estar dirigidas a otro sujeto, la indagación de la voluntad real se realiza a través de la declaración. En las segundas, por tener una finalidad exclusiva de conocimiento (generalmente tiene lugar en los actos *mortis causae*, como los testamentos), la voluntad interna prevalece sobre lo declarado.

[34] También son vicios de la voluntad el dolo, entendido este como toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, astucia, ardid o maquinación tendente a engañar a otro hacer incurrir

Sin embargo, el código también realiza algunas concesiones a la voluntad declarada que morigeran la supremacía de la voluntad real. Así, para que el error anule el acto debe ser de hecho, esencial y excusable; de modo tal que el error de derecho, y el error de hecho no esencial o inexcusable, si bien conservarían por hipótesis la virtualidad de afectar la voluntad interna, no autorizan a anular el acto. Tampoco acepta la reserva mental y protege al tercero de buena fe frente al acto simulado.

Ello sin perjuicio de que el receptor no debe conocer que la voluntad declarada no se corresponde con la voluntad real, o bien que, empleando la debida diligencia, no haya podido conocerla. Ello así por cuanto el derecho no podría amparar una actuación de mala fe[35] ni un obrar negligente.

Negociación del contrato

En nuestra doctrina se define a las «tratativas contractuales previas», como aquellas exteriorizaciones de las partes tendentes a elaborar un proyecto de contrato que, aunque inidóneas en sí mismas para concluirlo, están orientadas a lograr la celebración del mismo[36].

La doctrina en general admite que durante las tratativas preliminares, y aun cuando no se hubiera formulado una oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente. Ello tiene base en el artículo 1198 del Código Civil que establece que «los contratos deben celebrarse […] de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión».

Esa regla sentada por el artículo 1198 importa que la buena fe debe existir no solo durante el desarrollo de la vida del contrato, sino también en su etapa genética.

Esto no significa que la relación que se entabla entre las partes en el período de tratos o conversaciones previas importe una obligación de contratar, es decir, de ponerse finalmente de acuerdo y concluir un contrato; sino que los negociadores conservan el poder o facultad de retirarse hasta el momento de la conclusión del contrato.

---

a otro en error; y la violencia, es la fuerza irresistible empleada para la obtención de un acto, que se traduce en la falta de libertad del sujeto que lo realiza.

[35] Es que cuando el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante, resulta lícito que este vaya contra su propio acto. Pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. Véase Borda (1987: 75).

[36] Código Civil y Comercial, Rosario, Sala II, 3 de setiembre de 1997, «C., N. T. c. S., E.», LL, 199846.

No obstante, aquella relación precontractual sí impone un deber de comportamiento correcto y leal. En otras palabras, si bien debe reconocerse el derecho a retirarse de las negociaciones previas, este derecho debe ser ejercido de buena fe.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que el derecho otorga valor jurídico y concede protección a las negociaciones tendentes a la formalización del contrato. Entonces, aun antes que el mismo llegue a celebrarse, el imperio del principio supremo de la buena fe penetra para siempre en el campo de la relación obligacional inyectándole notas de respeto hacia los intereses de la contraparte que se traducen en la necesidad de conducir el obrar de cada uno de un modo funcionalmente valioso tipificado por los deberes de corrección[37].

La más prestigiosa doctrina argentina sostiene que no cabe admitir una responsabilidad por la sola ruptura de las tratativas. En efecto, el artículo 1150 del Código Civil dispone que las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas y solo se ha previsto una indemnización de daños para el caso del artículo 1156, que establece que «la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses». De esta manera, sí es posible una revocación de la oferta sin indemnización alguna, *a fortiori,* y con mayor razón, lo es el retiro de las negociaciones antes de la oferta[38]. Señala el mismo autor[39] que hay dos posibilidades: o en las tratativas se ve una obligación de contratar en ciertos términos, y entonces ya no son tratativas, sino contrato preliminar; o no se encuentra obligación alguna con ese contenido y entonces no cabe hablar de responsabilidad por no haber contratado. No vemos que pueda quejarse el que hace gastos en miras a la concreción de un contrato futuro que no llega a celebrarse por interrupción de las tratativas. El que entra en tratativas, sabe que ellas pueden fracasar y hace sus cálculos[40].

Sin embargo, es importante reiterar que quienes entran en tratativas, desde el primer contacto con tal objetivo, deben mostrar una conducta cuidadosa, celosa y diligente. Cumplir con los deberes secundarios que impone la buena fe: información, guarda cuidadosa, reserva, colaboración, veracidad, etcétera. Y en orden al mantenimiento del estado de tratativas deben llevarlas adelante hasta su propio agotamiento, con la celebración del contrato o con la frustración o fracaso por falta de coincidencias, evitando un apartamiento sin causa o razón

---

37 CN civil, sala B, 24 de setiembre de 1986, ED 123-438.

38 López de Zavala (1975: 176).

39 López de Zavala (1975: 77).

40 López de Zavala (1975: 177).

suficiente, caprichoso o arbitrario; un dejar de lado las conversaciones en medio de las mismas, impensada o imprevisible, en un tiempo impropio, que la doctrina ha denominado intempestivamente[41].

Por esta razón, la jurisprudencia ha dicho que la configuración de un supuesto de responsabilidad precontractual requiere que se hayan contrariado las obligaciones emergentes de la buena fe, entendida esta como el deber de las partes de respetar la palabra empeñada y de no defraudar la confianza suscitada por una manifestación de voluntad o conducta asumida durante la realización de las tratativas[42].

En este orden de ideas, también se ha resuelto que la ruptura intempestiva e injustificada de las tratativas encaminadas a la celebración de un contrato de locación de obra —en el caso, la emplazada invitó a determinados estudios de arquitectura a presentar un anteproyecto, con imprecisión respecto al alcance del «premio» para el elegido, para luego desentenderse y atribuirle carácter de contribución voluntaria—, se encuadra dentro de la responsabilidad precontractual en tanto la demandante vio frustradas sus legítimas expectativas creadas en torno a la invitación formulada[43].

Es que, como se ha puesto de relieve, no se pone en duda la facultad para rechazar una oferta; pero cuando se llega a la interrupción de la tratativas de modo injustificado, cuando estas han llegado lejos y han despertado en la contraparte una legítima expectativa que culminarían felizmente, puede incurrirse en responsabilidad[44].

Distinto es el caso de interrupción de tratativas que en realidad nunca se tuvo intención de llevar a buen término, es decir, tratativas que fueron inicial y deliberadamente emprendidas de mala fe. Coincidimos con el profesor López de Zavalia[45] que aquí no cabe hablar de un derecho a retirarse de las tratativas ya que por hipótesis se supone que nunca hubo tratativas, pues el conjunto *ab-initio* estuvo viciado de dolo (artículo 931 Código Civil) y el dolo por sí solo genera responsabilidad al volver ilícita toda conducta. De la misma manera, si durante el desarrollo de las negociaciones una parte entiende que ya no contratará, está obligada a interrumpirlas, pues si las continúa, queda incurso en dolo.

---

[41] Mosset Iturraspe (2004: 86).

[42] C, Segunda Civil y Comercial, Paraná, 24 de setiembre de 1996, «Benmelej, Yontob c. Municipalidad de Paraná», LL Litoral, 1998-156.

[43] CN Civil, sala F, 02 de marzo de 2000, «*Serra, Fernando H. y otro c. Piero S. A. I. y C.*». LL 2000-E, 373 - DJ 2000-3, 267.

[44] CN Civil y Comercial. Federal, sala II, 02 de mayo de 1989, «Tecnología Electrónica S. A. c. Entel»., La Ley 1989-D-416.

[45] López de Zavala (1975: 178).

En definitiva, existe responsabilidad precontractual por haberse creado o mantenido la confianza de la otra parte en la celebración del contrato, sabiendo que no se podía o no se quería celebrar.

De todos modos cabe aclarar que en materia de retractación de la oferta —regida por el artículo 1150 Código Civil— también actúa el principio de buena fe y la protección de la confianza, en este caso atemperando la libertad de acción del oferente para revocar la oferta. Así, el hecho que la oferta aun no aceptada no sea vinculante —en cuanto no crea el deber de mantenerse en ella— no significa que carezca de toda eficacia jurídica. La tiene, en la medida en que una retractación abusiva, caprichosa o desleal, aun cuando resulte válida y eficaz para dejar sin efecto la oferta, puede originar una responsabilidad por los daños que cause a quien confió en ella[46].

También existe responsabilidad precontractual cuando uno de los contratantes brinda información inexacta.

Ello así pues el principio de la buena fe impone a las partes el deber de exponer con claridad el alcance de sus pretensiones y evitar reticencias indebidas[47].

En efecto, en la actualidad se considera que en la etapa precontractual hay una obligación de información[48] que concierne a un deber de veracidad, y consiste en hacer saber a la otra parte ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión[49].

Por lo tanto, genera también responsabilidad precontractual la frustración de las negociaciones en el caso que una de las partes proceda con ocultamiento o retaceo de información que, de actuarse de buena fe, no podría dejar de suministrar[50].

Interpretación del contrato

El artículo 1198 del Código Civil establece que los contratos deben interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrado con cuidado y previsión.

---

[46] Mosset Iturraspe (2004: 120).

[47] Aparicio (Hammurabi, tomo 1: 367).

[48] Decimos en la actualidad, ya que como es sabido en el derecho del siglo XIX no era habitual reconocer un deber de información; por el contrario, afirmaba que el vendedor no estaba obligado a informar al comprador un cambio en el precio del mercado. La información se refería fundamentalmente a vicios de la cosa objeto de la prestación debida, y se vinculaba al instituto de los vicios redhibitorios; no se aludía a las otras obligaciones ni a otro tipo de información. Véase Lorenzetti (s/f: 319/320).

[49] Alterini (1988: 330).

[50] Sin embargo, ese deber de información tiene límites que fueron destacados por las Jornadas marplatenses de responsabilidad civil y seguros, y que estarían dados por «el secreto profesional», la «afectación del derecho a la intimidad» y «el secreto industrial».

Por su parte, el artículo 218, inciso 4 del codigote comercio establece que los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

La jurisprudencia ha hecho de este el medio principal de interpretación del contrato pues, se ha dicho que se trata de una interpretación «auténtica», efectuada por los mismos contratantes, y que es por tal motivo la verdaderamente fundamental para que el juez fije el alcance y contenido de las obligaciones que emanan del contrato[51].

Es que se colige que si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad, la inteligencia y el sentido que le dieran los contratantes constituyen el dato más seguro para conocer el sentido y alcances de la voluntad declarada[52].

Estos conceptos tienen una íntima conexión con la confianza legítima en que se funda la doctrina de los actos propios. Ello así por cuanto la interpretación que una de las partes hiciera del contrato en un sentido determinado y a través de actos externos que repercutieron en el desenvolvimiento de la relación le impide luego modificar esa interpretación y ejercer una pretensión incompatible con la primera.

En este sentido, en un fallo se resolvió rechazar la demanda por incumplimiento contractual que se funda en determinada interpretación de una cláusula

---

[51] CN Civil, sala D, 6 de febrero de 1973, ED, 49-331.

[52] Son abundantes las decisiones de los tribunales que destacan el valor interpretativo de la actuación posterior de las partes, habiéndose resuelto que: «En materia de interpretación de los contratos, el comportamiento de las partes anterior y posterior al acto, es la mejor explicación de la intención que se tuvo al tiempo de la celebración [conf. art. 218 del Código de Comercio], debiendo tenerse en cuenta que no existe una mejor forma de conocer esa interpretación». (CN comercial, sala A, 17 de noviembre de 2004, «Rodríguez, Rodolfo C. c. Bank Boston NA», DJ 2005, 828). «En casos en los que aparezcan aspectos ambiguos o incompletos en un contrato de concesión, es menester recurrir a la interpretación del acto que se cuestiona, dilucidando lo efectivamente querido por las partes y precisando el alcance de la voluntad en aquellos que dé lugar a imprecisión. Y para ello revisten importancia las circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores que determinan el contexto en que se desarrolló la relación contractual» (CFed. Bahía Blanca, sala I, 15/04/1999, «Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios c. Ferroexpreso Cargas-Distribuidora Cuyo *S. R. L*», La Ley, 1999D-564, DJ, 19993109). «Un dato interpretativo de los contratos de primer orden es el comportamiento de las partes, por cuanto es 'la mejor explicación' de su intención» (CN Civil y Com. Fed., sala I, 20/04/1999, "*Y.P.F. S.A. c. Vergara 198 S.R.L.*" LA LEY 1999-E-409 - DJ 1999-3, 461). «Los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato sirven de regla de interpretación del mismo, en virtud de lo establecido por el artículo 218 inciso 4, del Código de Comercio» (CN comercial, sala C, 30 de junio de 1998, «Energytel S.R.L. c. Canteras Cerro Negro S.A», La Ley 1998-E-593 - DJ 1999-1, 741). «Conforme la norma del artículo 218, inciso 4 del Código de Comercio, la conducta coetánea a la celebración del contrato debe ser considerada en la interpretación del mismo». (CN comercio, sala E, 12 de junio de 1998, «Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos Ezrah c. La Estrella Cía. de seguros», LL 1999C-725 [41.445S] DJ, 19992640).

contractual, si con anterioridad el actor había realizado manifestaciones extrajudiciales otorgándole un alcance diverso a la cláusula en cuestión, invocándose para ello la aplicación del *venire contra proprium factum non valet*[53].

Es que la buena fe es asimismo una pauta para la interpretación del contrato, ya que es ella la que ordena las conductas probas, leales, dignas y descarta todo procedimiento contrario y también es la que manda ajustarse a la apariencia, a lo que el otro contratante puede entender o creer para no defraudar la confianza suscitada[54].

Coherentemente con ello es que se ha desarrollado y sintetizado la doctrina de los actos propios aplicable de una manera directa a toda la vida contractual, ya que la conducta asumida por cada uno de los contratantes ha de ser tomada en cuenta para una interpretación congruente entre las palabras dichas o expresadas y el real comportamiento que los sujetos han mantenido, mantienen y deben mantener en la relación que los une[55].

Así, se entiende que quien asume contractualmente la obligación de pagar una suma de dinero mensual a otro sujeto a cambio de que este le dé la tenencia de un inmueble destinado a vivienda, y comienza a pagar, no puede luego afirmar que el contrato celebrado no fue de locación sino de comodato.

Es decir: el sujeto, por sus actos posteriores a la celebración del contrato, formuló una interpretación auténtica acerca de la naturaleza del mismo. Si dicha naturaleza resultaba luego discutida en juicio, por aplicación de la regla del 218 inciso 4 debería estarse al sentido que aquel le atribuyó. Del mismo modo que, por aplicación de la doctrina de los actos propios, el mismo sujeto no podría luego ejercer una pretensión procesal (acción o defensa) que desconociera o resultara contradictoria con aquellos actos interpretativos. Como se advierte, los dos caminos conducen a la misma solución, pero no hay que olvidar que el *venire contra proprium factum* tiene el carácter de una norma residual o supletoria, que actúa fundamentalmente en defecto de una disposición legal expresa que resuelva la cuestión.

En síntesis, en materia de interpretación del contrato, los actos posteriores de las partes que tienen directa relación con aquel, pueden ser utilizados tanto para desentrañar el alcance de una cláusula oscura como para incluso privarla de efectos, o bien para completar el contenido del mismo.

---

[53] CN Comercial, sala E, 15 de diciembre de 2004, «ST & Asociados S.R.L. c. Compañía Financiera Argentina S.A.», DJ 15 de junio de 2005.

[54] Mosset Iturraspe (2004: 390).

[55] Garrido Cordobera (2004: 347).

Así por ejemplo se ha dicho que «no puede negarse que los pagos posteriores a la celebración del contrato son los actos que mejor sirven para desentrañar la verdadera intención que las partes tenían en ese momento; y si alguna cláusula resulta oscura, como si, por ejemplo, se pacta la obligación de pagar varias cuotas en francos, sin especificar si son dólares estadounidenses o canadienses, la aceptación por parte del acreedor de una primera remesa en la divisa canadiense traerá aparejada —como correcta interpretación— que esa moneda —y no otra— era la convenida, y como consecuencia, no podrá luego exigirse el pago en otra especie»[56].

En un caso se consideró que la resolución de un contrato de prestación de servicios médicos resultaba arbitraria, en cuanto se fundaba en el incumplimiento de una obligación que nunca había sido exigida y no obstante ello el contrato había sido varias veces renovado, y que tal conducta había suscitado en la contraparte la confianza de que dicha obligación, no esencial ni determinante para el desenvolvimiento normal del contrato, no iría a ser exigida en el futuro, lo cual justificaba que no hubiera adoptado los recaudos para su cumplimiento[57].

5. Aplicaciones especiales

Aplicación en el contrato de mandato

El artículo 1869 del Código Civil argentino dice que el mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza.

No obstante, en ciertos casos se admite que una persona pueda obligar a otra aun cuando obrare sin poderes suficientes, en el caso que actuara con la apariencia de poseerlos.

Es lo que se conoce como «mandato aparente» y que se configura cuando los pormenores que rodean la gestión del contratante tornan razonable suponer que obra en ejercicio de un mandato[58].

En estos casos se entiende que si bien en principio cuando el mandatario obra fuera de los límites del mandato sus actos carecen de todo efecto respecto del mandante (artículo 1931), el mandante no obstante quedará obligado, si de

---

[56] López Cabana (1981, tomo III, comentario al artículo 725: 415-416).

[57] Primera instancia comercial, 6 de junio de 20, *in re* «Unidad de Hemodinamia y Terapéutica Cardiovascular S.R.L. c. Fundación Sanidad Naval», inédito.

[58] CN civil, sala H, 29 de junio de 1999, «Delegado, Sergio c. Olivari, José L», La Ley, 2000-C-672.

acuerdo a las circunstancias del caso, el tercero ha podido razonablemente creer que el mandatario obraba en el límite de sus poderes[59].

Ello así pues, en el conflicto entre el interés de quien no dio poderes suficientes y el del tercero de buena fe que creyó por razones serias que había mandato, la ley se inclina frecuentemente por este, protegiendo de este modo la seguridad jurídica. La justicia de tal solución no es dudosa cuando la apariencia de mandato ha tenido como origen una culpa del dueño del negocio; pero a veces aun sin culpa se admite su responsabilidad.

Es que cuando por culpa del mandante se ha creado una apariencia de mandato, como ocurre cuando el mandato se ha redactado en términos ambiguos o equívocos que han podido inducir en error al tercero, o se ha permitido que el mandatario se extralimite reiteradamente en sus poderes, creando la impresión que son más extensos de lo que en verdad son, o se le ha permitido actuar de tal manera que induce razonablemente a pensar que lo hace en su representación, la aplicación de la doctrina de los propios actos resulta procedente[60].

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha resuelto que:

a) «Si el acreedor no percibió en forma personal los pagos que reconoce haber recibido ni se opuso al obrar de quienes los percibieron debe primar la apariencia, pues para el deudor los receptores de los pagos aparecerían como tácitos representantes de aquel. Por ello, resulta disvalioso que el acreedor pretenda volver sobre sus propios actos, procurando debilitar los efectos de una situación que oportunamente aceptó»[61].

b) «Es plenamente válido el pago efectuado por el demandado a quien se encontraba tácitamente autorizado por el actor para celebrar negocios, pactar condiciones y aceptar pagos en su nombre y representación, ostentando públicamente anuncios que lo indicaban como su representante, y si el accionante limitara la actuación del mismo o advirtiese a los futuros compradores acerca de la carencia de atribuciones al respecto. En tales circunstancias, no puede cargarse al comprador la obligación de indagar si la persona con la que contrató poseía o no la facultad para percibir el precio»[62].

---

[59] Borda (1990, tomo II: 540).

[60] C Civil y Comercial, Neuquen, sala 1, «Baudaracco, Neber Noemí c/ Guasti, Luz Marina», Prot. de Sent. 1995-IV-636/639.

[61] CN Civil, sala F, 7 de julio de 1997, «Hara, Natalio c. Barraura Sánchez, Aída T.», LL 1998-B-693.

[62] C Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, 25 de junio de 1999, «León Spaciuk e Hijos S.C.A. c. Galeano, José y/o», LL 2000-C-928.

c) «Dado que el mandato se caracteriza porque a raíz de la actividad cumplida por el mandatario será en representación directa del mandante, y el acto es considerado como hecho por este (artículo 1974, Código Civil), para que el negocio elaborado por el mandatario no resulte vinculante para el mandante, es menester que quienes contratan con el apoderado con facultades suficientes, conozcan las precisas instrucciones que aquel impartió, pues de lo contrario se encuentran amparados por el beneficio de la apariencia que se confiere a quien de buena fe obró tomando todos los recaudos exigibles a tal fin» (artículos 1931, 1933 y 1934, Código Civil)[63].

d) «Si el mandato se otorga para buscar comprador de un inmueble, debe entenderse que también comprende la facultad de percibir la seña, porque si la autorización es para vender se considera comprensiva para convenir todos los detalles propios de la negociación, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del mandatario mediando exceso en sus poderes»[64].

e) «El mandato tácito deriva de la inacción o silencio del supuesto mandante que no impide, pudiendo hacerlo, la realización de un determinado acto en su nombre. Así, existe tal mandato a favor de la escribana interviniente en la constitución de la hipoteca para percibir el cobro del crédito, si el deudor acostumbraba a efectuarle los pagos a ella. Ese mandato tiene vigencia durante todo el plazo del gravamen»[65].

f) «La apariencia de un mandato puede surgir del hecho de que el eventual mandatario utilice para su gestión las oficinas del mandante, tenga acceso a sus documentos y utilice sus papeles, supuesto este que debe incluirse en los casos de apariencia de mandato creada por culpa del mandatario. Dado un conflicto entre el interés de quien no dio poderes suficientes para que otro obre en su nombre y, sin embargo, las circunstancias que rodean la gestión hacen razonable suponer la existencia de un mandato, y el interés del tercero de buena fe que creyó por razones serias que existía un mandato, la ley se inclina por este para proteger la seguridad jurídica. La seguridad constituye uno de los fines del derecho. Por ello el derecho no puede desconocer la vigencia de ciertas situaciones de hecho revestidas de una apariencia de solidez y rectitud, por cuanto su destrucción u

---

[63] CN Civil, sala I, 3 de diciembre de 1998, «Moldes, Osvaldo M. C. Bravo, Hilda R. y Otro», LL 2000-B-747.

[64] CN Civil, sala H, 29 de junio de 1999, «Delgado, Sergio c. Olivari, José L», LL 2000-C-672.

[65] CN Civil, sala F, 07 de julio de 1997, «Hara, Natalio c. Larraura Sánchez, Aída T.», LL 1998-B-696 - DJ 1998-2, 553.

olvido solo acarrearían efectos nocivos en el desarrollo de las relaciones económicas y sociales»[66].

Aplicación en el contrato de sociedad

En el derecho societario, la doctrina de los actos propios ha sido aplicada para descalificar la actuación de quienes, como integrantes de una sociedad, han reclamado ciertos derechos que resultaban incompatibles con conductas anteriores del mismo sujeto[67].

En ese orden de ideas, se ha resuelto por ejemplo que:

a) Si los socios han aceptado sin cuestionamiento la liquidación de una sociedad anónima, con prescindencia de la confección del balance previsto por la ley de sociedades, luego no pueden renegar de esa vía elegida para la extinción de la sociedad[68].

b) La fecha de disolución no puede retrotraerse mas allá de la oportunidad en que alguno de los socios exteriorizaron o hicieron saber a los demás su voluntad de disolver el ente social, ya que en dicha oportunidad los actores han evidenciado conformidad con la situación imperante en la sociedad y luego no pueden asumir una conducta contraria a dicho actuar[69].

c) Si la sociedad ha negado al actor el derecho a la percepción de un crédito causado en la calidad de socio justamente como consecuencia de haber cesado como socio en virtud del receso, no aparece pues como procedente que la misma sociedad invoque luego que ese receso ha nacido recién con la inscripción registral de la modificación del estatuto, pues ello contradice sus propios actos[70].

d) Corresponde denegar el ejercicio de los derechos de socio a quien los demandaba judicialmente, cuando este no había atacado de nulidad las decisiones del órgano de la sociedad que lo había excluido de la misma[71].

---

[66] CN Civil, sala H, 22 de noviembre de 1993, «Eisner, Isidoro y otro c. La Panamericana Cooperativa de Seguros Ltda», LL 1994-D, 320.

[67] Nissen (1997, B: 1371).

[68] CN Comercial, sala A, 16 de diciembre de 1992, «Benavidez, Víctor M. c. Fibro S.A. y otros», Revista Impuestos 1993-A-1208, RLL. LIII-1627.

[69] CN Comercial, sala A, 30 de abril de 1985, «David de Iva, Ramona c. Iva Hnos., S.R.L», LL 1985-D-477.

[70] CN Comercial, sala D, 27 de octubre de 1982, «Ruberto, Guillermo M. c. Bieckert, S.A.», LL 1983-D-588.

[71] CN Comercial, sala A, 20 de octubre de 1980, «Ferrari, José c. Teconopapel S.A.», ED 93-147.

e) No es admisible la actuación del socio que, habiendo resuelto parcialmente el contrato social a su favor y percibiendo de la sociedad el valor de su participación social, pretende luego ejercer facultades inherentes a la calidad de socio que aquel ya no detentaba[72].

Aplicación en los contratos de distribución

Los contratos de distribución, agencia y concesión son catalogados como contratos de confianza[73] o *intuitu personae*[74].

Y esta nota se traduce en todos los casos, cualquiera fuere su complejidad instrumental u operativa propia de la específica actividad comercial a la que se aplica, desde la simple concesión privada de un servicio de restaurante hasta la más variada y altamente compleja relación entre las empresas terminales de fábrica y sus concesionarios para la venta de automotores[75].

Es que este tipo de contratos tiene justamente la particularidad de que la organización del negocio, por motivos obvios de uniformidad de producto y servicio, queda en manos siempre del productor o concedente, lo cual implica también otorgarle un considerable arbitrio discrecional a este último para modificar las pautas de comercialización. Los distribuidores, concesionarios y agentes, por su parte, suelen aceptar esas condiciones en función de la confianza que les inspira el fabricante o concedente, quien generalmente se trata de un empresario de gran envergadura y reconocida solvencia y prestigio.

Es decir que, en estos contratos, existe un elemento fiduciario, no impuesto sino consentido, que tiene en cuenta la necesidad de delegar facultades para el logro de la 'unidad de decisión', indispensable en el negocio en cuestión[76].

Como contrapartida, el ejercicio de sus facultades discrecionales de disponer la política de ventas por parte del productor o concedente no son absolutas, sino

---

[72] CN Comercial, sala A, 09 de diciembre de 1985, «Cambiaso Zunino, Mario E. y otros c. Artigas Rodríguez Viojo», LL 1987-B-45.

[73] CSJN, 4 de agosto de 1988, «Automóviles Saavedra, S.A. c. Fiat Argentina, S. A.», LL 1989-B-4; cfr. Bustamante, Jorge, «Concesión de venta de automotores. El contrato y el principio de buena fe», LL 152- 251; «Concesión de venta de automotores 10 años después», La Ley, 1983-C-226; Cambiaso, Juan E., «Contrato de concesión para la venta de automotores», LL 138 - 1136; Martínez Segovia P., «El concesionario de automotores», JA, 1966-V sección doctrina. p. 10.

[74] Cifuentes, Santos, «Contrato de agencia a plazo renovado y ejercicio abusivo del derecho por la rescisión unilateral del productor. Indemnización de los daños. El daño moral», ED 181-261.

[75] Gastaldi, José M., «El contrato de concesión de buffet», ED 26-84.

[76] CN Comercial, sala E, 11 de junio de 1984, «Agrícola San Juan SRL v. Massey Ferguson Argentina S.A.». RLL LLIV-475.

que siempre estarán limitadas por los límites impuestos por la buena fe y la confianza depositada en él por el distribuidor, agente o concesionario[77].

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha aplicado la doctrina de los actos propios a un contrato de concesión automotriz resolviendo que «si frente a las abultadas deudas que el demandado tenía con el actor, este no accionó judicialmente ni optó por rescindir el contrato, sino que aceptó el plan de refinanciación propuesto por este, las consecuencias de dicha actitud no pueden ser trasladadas a su opositora, pues el ámbito del derecho no puede ser amparo de un accionar que contravenga los actos propios del interesado»[78].

Aplicación en los contratos de consumo

La noción de confianza suscitada tiene también aplicación en el ámbito de los derechos de consumo.

En este aspecto, el artículo 8 de la ley 24.240 de defensa del consumidor establece que «las precisiones en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor […]».

El legislador ha entendido que la publicidad se presenta como un aspecto básico de las «tratativas precontractuales» dirigidas a los «consumidores potenciales», y por lo tanto limitan el contenido negocial. Es un «anticipo negocial» del cual el oferente no debe apartarse, al menos sin una justificación suficiente[79].

De manera que el oferente queda obligado por las cualidades o características del producto anunciadas en la publicidad, aún cuando ello no integre el contrato definitivo[80].

En este orden de ideas, se resolvió que en virtud del principio de buena fe negocial —artículo 1198, Código Civil—, la empresa de telefonía móvil que para limitar los términos de una promoción pretendió condicionar una cantidad de créditos «de regalo» a la recarga que debía efectuar el cliente, debía haber dado a conocer claramente a los destinatarios de la oferta tal limitación, sin posibilidad de confusión, error o engaño de ningún tipo[81].

---

[77] Cfr. Bustamante, Jorge, «Concesión de venta de automotores. El contrato y el principio de buena fe».

[78] CN Comercial, sala C, 24 de agosto de 1998, «Tolón Automotores S.A. c. Citroën Argentina S.A.», LL 1999-A-485, (41.172S).

[79] Mosset Iturraspe y Lorenzetti (1993: 96).

[80] CN Comercial, sala C, 18 de febrero de 2003, «C.G., L.M. c/ Saint Denis Sociedad de Responsabilidad Limitada y otro s/ Sumario», eldial.com, AA15D1.

[81] Juzgado de faltas número 2, 7 de julio de 2005, «Telefónica Unifón (TCP S.A.)», DJ 2005, 567.

Aplicación de la doctrina de los actos propios a otros contratos

La casuística de la aplicación de la doctrina de los propios actos es sumamente abundante, a título de ejemplo podemos señalar que se ha aplicado:

a) A un convenio de honorarios, resolviéndose que «es contraria a la doctrina de los actos propios la pretensión de cobrar honorarios por la labor desarrollada en una causa, si el peticionante brindaba asesoramiento jurídico con carácter habitual a su ex mandante, en el marco de una relación laboral, a cambio de una retribución mensual, no habiéndose alegado ni probado la celebración de un convenio que le permitiera cobrar emolumentos por su actuación en esa causa, dado que tal pretensión importa revertir una situación jurídica en la que se colocó por propia voluntad mediante una conducta previa, vinculante, eficaz y válida»[82].

b) Al contrato de trabajo, considerándose que «si una de las codemandadas niega la calidad de viajante de comercio denunciado por el actor y aduce que era 'jefe de ventas' efectuando un control in situ de las ventas y distribución de sus productos, mientras la restante codemandada negó directamente la relación laboral, la invocación de 'concurrencia comercial' del actor, por parte de aquel la violenta el principio de congruencia y deviene aplicable la teoría de los actos propios»[83]. Y que «la prestación de servicios por parte de un trabajador para una sociedad del Estado configura contrato de trabajo y no locación de servicios en los términos del decreto 92/95, si es la propia demandada quien sitúa la relación dentro de las normas de la ley de contrato de trabajo, obligándolo a suscribir sucesivos contratos, toda vez que en virtud de la doctrina de los actos propios no es posible admitir que alguien asuma pautas que susciten ciertas expectativas y luego se contradiga ante los reclamos judiciales»[84].

c) En el contrato de locación de bienes muebles, en cuyo marco se ha decidido que «resulta aplicable la doctrina de los actos propios, que se abastece en el principio de buena fe y la seguridad jurídica en el tráfico negocial, respecto de la negativa generalizada de la demandada durante el proceso, en cuanto a la recepción de los contenedores alquilados, si la

[82] TS Córdoba, sala Contencioso Administrativa, 31 de octubre de 2000, «Saire, Paulino J. y otros c. E.P.O.S. s/recurso de casación s/reg. de honorarios: P., J. A.», LL Córdoba 2001-533.

[83] CN Trabajo, sala IX, 20 de mayo de 1998, «Kacenelson, Raúl F. c. Bimeda S. A. y otro», DT 1999- A-694.

[84] CN Trabajo, sala X, 16 de abril de 2004, «Grieco, Paula A. c. I.N.D.E.R. Instituto Nacional de Reaseguros en liquidación», DT 2004-1232.

mayoría de las facturas de las mismas se encontraban registradas por la accionada»[85].

d) A un contrato de locación de obra intelectual, respecto del cual se resolvió «rechazar la demanda incoada por los integrantes de un grupo musical a fin de que se le ordene a una empresa productora cesar en la explotación de fonogramas cedidos por el productor fonográfico original con posterioridad a la resolución del contrato celebrado con este, toda vez que los actores no plantearon la devolución de los fonogramas durante el proceso de resolución contractual y aceptaron sin reservas las regalías autorales percibidas, resultando aplicable al caso la doctrina de los actos propios»[86].

e) A un contrato de locación de obra civil: «el carácter de orden público que reviste la legislación arancelaria para profesionales de la arquitectura, no autoriza a pretender su aplicación si al momento de celebrarse el respectivo convenio de honorarios el profesional se apartó de lo prescripto por dicha normativa, beneficiándose con ello, pues el desconocimiento de lo estipulado atentaría contra la buena fe contractual —artículos 1197 y 1198, Código Civil— y la teoría de los actos propios, en cuanto prohíbe invocar un hecho o un derecho si resulta beneficioso para el reclamante y desconocerlo si le es perjudicial[87].

f) A un contrato de locación de servicios: «corresponde hacer lugar al reclamo tendente al pago de remuneraciones adeudadas que promovió el actor por las prestaciones de servicios que realizó en favor de la municipalidad demandada, pues la circunstancia de que esta, frente a la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato de locación de servicios que existía entre las partes, haya consentido su continuidad y lo haya renovado por un nuevo período le impide denunciar el incumplimiento del deber básico encomendado al actor una vez concluido el vínculo contractual, en virtud del principio que impide venir contra los actos propios[88].

g) A un contrato de concesión: «el contratista estatal carece de derecho a reclamar la indemnización por tareas impagas derivadas de un contrato

---

[85] CN Civil y Comercial Federal, sala II, 30 de noviembre de 2004, «Sea Containers Ltda. c. Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A. y otros», LL 2005-B-4.

[86] CN Comercial, sala A, 20 de agosto de 2004, «Giugno, Luciano J. y otros c. Polygram Disco S.A.», RLL XLV-2008.

[87] CN Civil, sala K, 15 de julio de 2003, «S., D. y otro c. Amaro, Fortunato y otros», LL 2003-E-231.

[88] CJ Salta, 09 de junio de 2003, «López, Ramón H. c. Municipalidad de Embarcación», DJ 2004-1, 753, LLNOA 2004-775.

declarado nulo de nulidad absoluta, si el mismo conocía el vicio grave que lo afectaba, por aplicación del principio de buena fe y la doctrina de los actos propios»[89].

h) A un contrato de tarjeta de crédito: «es improcedente la observación de la cláusula contenida en un contrato de tarjeta de crédito que omite indicar la tasa de interés compensatorio aplicable para el caso de mora, en el juicio de cobro de saldo deudor, toda vez que el usuario debió ejercer sus derechos con anterioridad al inicio del juicio, en atención a la doctrina de los actos propios y al principio de la buena fe»[90].

i) A un mutuo hipotecario: «si el acreedor no percibió en forma personal los pagos que reconoce haber recibido ni se opuso al obrar de quienes los percibieron, debe primar la apariencia, pues para el deudor los receptores de los pagos aparecían como tácitos representantes de aquel. Por ello, resulta disvalioso que el acreedor pretenda volver sobre sus propios actos, procurando debilitar los efectos de una situación que oportunamente aceptó»[91].

j) A un contrato administrativo: «dado que al contrato administrativo se le aplican los principios de derecho civil que corresponden a los contratos en general, resulta invocable la doctrina de los actos propios, exigiéndose en las partes un comportamiento coherente debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y eficaz, y en dicha situación se encuentra la municipalidad demandada que pretende ignorar la cesión de la concesión, aceptada durante varios años por la misma»[92].

6. Remedios frente al acto que infringe la legítima confianza

La sanción que el ordenamiento procesal depara a la actuación contraria al acto propio anterior que ha suscitado en otro la confianza o expectativa de comportamiento futuro, es la inadmisibilidad de la pretensión procesal o sustancial fundada en ese acto contradictorio, es decir, cuando el *venire contra factum* se pretende hacer valer judicialmente.

---

[89] C Contrato Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 06 de setiembre de 2002, «Linser S.A. c. G.C.B.A.», LL 2002-A-383.

[90] CN Comercial, sala A, 21 de febrero de 2003, «HSBC Bank Argentina S.A. c. Santamarina, Hernán G.», DJ 2003-127.

[91] CN Civil, sala F, 07 de julio de 1997, «Hara, Natalio c. Larraura Sánchez, Aída T.», LL 1998-B-696 - DJ 1998-2, 553.

[92] C Civil y Comercial Azul, sala I, 09 de marzo de 1998, «Rancaño, Jorge A. c. Municipalidad de Azul», LLBA 1999-329.

Esto significa que cualquier pretensión ajustada a derecho puede ser exigida al sujeto pasivo de la relación jurídica, e incluso el sujeto activo podrá obtener una resolución judicial que así lo acuerde. Pero si esa pretensión, aunque esté ajustada a derecho, es contradictoria de actos anteriores, resulta inadmisible, y el sujeto pasivo podrá negarse a cumplir con el reclamo y podrá obtener una resolución judicial que desestime esa pretensión[93].

Por otra parte, cabe agregar que la doctrina de los actos propios goza de amplia aplicación en el ámbito procesal, pudiéndose echar mano de ella al interponer la demanda, al reconvenir, al contestar la reconvención, al alegar, al expresar agravios, al responder a estos e incluso puede ser aplicada de oficio por el juez[94].

Por lo tanto, no es necesario que la contradicción entre las conductas surja en el marco de un pleito en sí mismo, sino que tanto la conducta vinculante como la pretensión contradictoria pueden acaecer en las propias actuaciones judiciales o antes de ellas.

La inadmisibilidad procesal de la pretensión basada en la conducta contradictoria importa conferirle plena virtualidad a la conducta vinculante, de modo que dependerá de la naturaleza de esta última cuales serán los efectos jurídicos que, en cada caso, se deriven de la aplicación de esta doctrina.

Así, su aplicación puede dar lugar a: (i) que se tenga por consentido y firme un determinado acto o situación jurídica; (ii) que se integre de determinada manera un contrato; (iii) que se precise la extensión de una obligación o derecho que parecía estar indeterminado; (iv) que se considere suprimida cierta cláusula contractual, (v) que se considere adquirido un derecho o extinguida una obligación.

También puede dar lugar a un resarcimiento de daños y perjuicios en el caso que el actuar contradictorio hubiera causado un daño que no pueda resultar totalmente satisfecho a través del hecho de conferirle virtualidad a la conducta vinculante.

Así por ejemplo, si una conducta se juzgó contraria a la regla del *venire contra factum* y sobre la base de ello se reputó arbitraria la resolución de un contrato, y dicha relación contractual ya no puede recomponerse o proseguirse, el autor de la conducta contradictoria deberá además satisfacer al perjudicado por los daños y perjuicios causados.

Ello así por cuanto el ordenamiento jurídico privilegia la satisfacción directa de la prestación debida, ya sea a través de: (i) el cumplimiento forzoso en especie o en forma específica; o bien (ii) el cumplimiento forzoso por tercero a costa del deudor (artículo 505, Código Civil).

---

[93] Borda (1990: 134).

[94] Alterini y López Cabana (1984, A: 878).

Y solo en subsidio de estos, o bien cuando ya no resultaren de interés para el acreedor, el derecho le acuerda un medio de satisfacción indirecto que es la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos[95].

Ahora bien, la medida de la reparación depende en gran medida de la situación o relación jurídica en que se hubiera producido el actuar contrario a derecho.

Así, si dicho actuar se produjo durante la ejecución del contrato, la reparación alcanza a lo que se conoce como el daño al interés positivo (o interés de cumplimiento) que se vincula con la reposición de las cosas a su estado anterior, es decir, comprende lo que es necesario para reponer al damnificado a una situación tan próxima como sea posible a aquella en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido.

En cambio, si el actuar contrario a derecho se produce antes de la celebración del contrato, es decir, durante las tratativas previas, la medida de la reparación alcanza únicamente a la reparación del daño al interés negativo[96] que solo abarca: (i) los gastos realizados con causa en el contrato frustrado; y (ii) en su caso, el daño emergente o el lucro cesante derivados del impedimento para celebrar otro negocio sustitutivo, por haber estado pendiente de esas tratativas[97].

En definitiva, el daño al interés positivo involucra aquello con lo que contaba el acreedor para el caso de que el deudor cumpliera; el daño al interés negativo, en cambio, solo abarca el daño que el acreedor no habría sufrido si la obligación se hubiese constituido.

Bibliografía

Alterini Atilio A.

1998 *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Alterini, Atilio y Roberto Lopez Cabana

1984 «La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino». *LL* 1984A.

Aparicio, Juan Manuel

1997 *Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Bianchi, Enrique Tomás y Héctor Pedro Iribarne

s/f «El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum non valet». *ED* 106.

[95] Morello (2003).

[96] V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1992.

[97] Alterini (1998: 348).

Borda, Guillermo A.
1987 *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
1990 *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo II, sexta edición. Buenos Aires: Perrot.
1991 «Un fallo con decisiones importantes y acertadas sobre la teoría de los actos propios». *LL* 1991B.

Colerio, Juan Pedro
2005 «Dos resoluciones contradictorias de la Corte Suprema dictadas en el mismo expediente». *LL* D1.

Compagnucci de Caso, Rubén Héctor
1985 «La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad». *LL* TA.

Díez Picazo y Ponce de León, Luis
1963 *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch.

Eisner, Isidoro
1987 «La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del Tribunal (venire contra factum propium non valet)». *LL* C.

Garay, Alberto F.
1991 «La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes». *JA*, II.

Garrido Cordobera, Lía María Rosa
2004 «La buena fe como pauta de interpretación de los contratos». En *Tratado de la buena fe en el derecho*.

Gómez, Claudio D.
2005 «Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios a la voluntad colectiva viciada de los ahorristas que recuperaron pesos». *LL* Córdoba, agosto.

Lopez Cabana, Roberto M.
1981 En Belluscio, Augusto (director), Zannoni, Eduardo (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias*, comentado, anotado y concordado, tomo III. Buenos Aires: Astrea.

López de Zavalia, Fernando J.
1975 *Teoría de los Contratos*, Parte General. Buenos Aires: Zavalía.

Mairal, Héctor
1994 *La doctrina de los actos propios y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma.

Morello, Augusto M.
2003 *Indemnización del Daño Contractual.* Tercera edición. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Mosset Iturraspe, Jorge y Ricardo Luis Lorenzetti
1993 *Defensa del Consumidor Ley 24.440*. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.

Mosset Iturraspe, Jorge
2004 *Código Civil Comentado, Contratos Parte General.* En Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel (directores), Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.

Nissen, Ricardo A.
1997 «El ejercicio de los derechos de socio y la aplicación de la doctrina de los propios actos». *LL*, B.

Piaggi, Ana Inés
2004 «Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios». En *Tratado de la buena fe en el derecho*, dirigido por Marcos M. Córdoba, Buenos Aires: La Ley.

Puig Brutau, José
1951 *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch.

Rodriguez Berruti, Camilo Hugo
1986 «Estoppel: Adverar el obrar internacional del Estado». *LL*, E.

EL CUERPO Y LO POST-HUMANO

*Stefano Rodota**

1. El cuerpo —es decir, el lugar por definición de lo humano— lo vemos hoy como el objeto donde se manifiesta y se cumple una transición que parece querer desposeer al hombre de su territorio, o más bien de su corporeidad, haciéndolo «apoyarse» sobre lo virtual[1] o modificando sus caracteres en formas que desde hace ya un tiempo permiten hablar de lo transhumano o de lo post-humano. ¿Una nueva —y extrema— versión del «hombre máquina»[2], de antiguas utopías, esperanzas y angustias?

Si recorremos los miles de senderos de internet, encontramos definiciones de lo transhumano: «el movimiento intelectual y cultural que afirma la posibilidad y la conveniencia de mejorar sustancialmente la condición humana a través de la razón aplicada, usando especialmente la tecnología para eliminar el envejecimiento y mejorar la más alta capacidad intelectual, física y psicológica». También encontramos entusiastas sinopsis que ofrecen comparaciones entre el cuerpo del siglo XX y el del siglo XXI. Este no solo se liberará del envejecimiento y de los límites impuestos por la actual estructura, sino también de la «corrosión inducida por la irritabilidad, la envidia y la depresión», proyectándose hacia un «optimismo turbocargado». Conviene ahora ampliar el área de las referencias y de la reflexión y recordar, al menos, que Bacon, en el año 1627, escribió en la *Nueva Atlántida* sobre «la prolongación de la vida, el retraso de la vejez, la curación de las enfermedades consideradas incurables, el alivio del dolor, la transformación del carácter, de la estatura y de las características físicas, la metamorfosis de un cuerpo

* Abogado graduado en la Universidad La Sapienza di Roma. Doctor Honoris Causa en la Universidad Michel de Montaigne, Bordeaux. Profesor Visitante en Stanford School of Law. Profesor de la Facultad de Derecho, París 1 Panthéon-Sorbonne.

1 Krocker y Weinstein (1995: XI).

2 Muestra de la renovada atención a este tema es el trabajo de A. Punzi (2003).

en otro, la fabricación de una nueva especie, la creación de nuevos alimentos»[3]. ¿Podemos decir que toda la perspectiva ya está delineada y que, con ello, todos los problemas se resuelven?[4]

Se destaca de inmediato la cuestión del alcance y del destino de ciertos derechos fundamentales —quizá no históricamente identificados como derechos «del hombre» o derechos «humanos»— que encontrarían su fundamento en la naturaleza humana. El primero de ellos es el de la «integridad física y psíquica» del cual, muy recientemente y de manera particularmente intensa, habla el artículo tercero de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. ¿La transición a una condición post-humana o trans-humana gradualmente hará que estos derechos pierdan progresivamente su notoriedad?

Abordando la cuestión de la integridad, la Carta europea identifica cuatro principios de referencia, que reflejan directrices ampliamente difundidas: permiso del interesado, prohibición de que el cuerpo sea objeto de comercio, prohibición de la eugenesia de masas, prohibición de la clonación reproductiva. Según estas indicaciones, por lo tanto, el ser humano sería incompatible con la serialidad, irreductible a la lógica del mercado y, sobre todo, exigiría plena autonomía en las decisiones de parte de cualquier interesado. Esta es una conclusión similar a la que llegan incluso estudiosos que miran con confianza a las casi ilimitadas oportunidades que ofrece la ciencia y la tecnología, destacando, sin embargo, que la aceptación social del transhumanismo, en un entorno democrático, depende de la capacidad para garantizar la seguridad de la tecnología, su accesibilidad a todos en condiciones de igualdad, el respeto al derecho de toda persona a regir libremente su propio cuerpo[5]. Más aún, esta perspectiva fue ya señalada por el académico a quien se atribuye la introducción del término «transhumanismo», Julian Huxley, quien en 1927 escribió que «tal vez el transhumanismo permitirá al hombre seguir siendo hombre, pero trascendiéndose a sí mismo y, por tanto, abriendo nuevas posibilidades para su propia naturaleza humana»[6].

Esta perspectiva es totalmente invertida por quienes ven en las transformaciones del cuerpo un crimen contra la humanidad cuando se producen en forma

---

[3] Sobre este punto véase Hottois en Herve y Rosenberg (2006: 69). La *Nueva Atlántida* constituye un relato utópico de Francis Bacon en el que trata de un viaje que —curiosamente— se inicia en el Perú, según Fernando de Trazegnies (Nota del traductor).

[4] Para ver una sintética historia del problema, Bostrom (2005). A Bostrom se le debe la primera definición citada.

[5] Hughes (2004).

[6] Huxley (1927). No se necesita recordar que Julian era hermano de Aldous, quien publicó cinco años más tarde la distopia titulada *Brave New World* (en castellano *Un mundo feliz*).

de clonación o de modificación genética transmisible[7]. Un planteamiento así de enfático puede distorsionar el análisis, desde el momento en que transfiere la cuestión al problemático terreno de los crímenes de lesa humanidad, haciendo así más difícil la discusión en torno de los indispensables límites que deben existir con las intervenciones en el cuerpo. Colocando en el mismo plano la clonación reproductiva y la modificación transmisible del genoma, se convierte en una cuestión ideológica un tema que, por el contrario, requeriría más bien especial atención y distinción desde la perspectiva del derecho fundamental a la salud.

2. La debilidad de las proclamaciones apresuradas se revela por el debate institucional en torno a los derechos relativos al patrimonio genético, lo que puede considerarse como un caso especialmente adecuado para aclarar algunos de los problemas antes mencionados. El temor de las acciones inadecuadas sobre el genoma es la razón por la que se habla de un «derecho a heredar los rasgos genéticos que no han sufrido ninguna manipulación» como un derecho fundamental de la persona desde 1982, cuando el Consejo de Europa aprobó la Recomendación 934. Y la misma preocupación está en el origen de la fórmula contenida en el artículo 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos del hombre de la UNESCO, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1997: el genoma humano, «en un sentido simbólico, es un Patrimonio de la Humanidad».

El carácter absoluto de estas declaraciones ha sido atenuado desde el principio por la recomendación del Consejo de Europa, en la que se precisa que «el reconocimiento explícito» del derecho a no manipular el patrimonio genético «no debe oponerse al perfeccionamiento de las aplicaciones terapéuticas de la ingeniería genética (terapia de los genes), colmada de promesas para el tratamiento y la eliminación de algunas enfermedades transmitidas por vía genética». Por lo tanto, se delinea así un derecho de recurrir a las técnicas que evitan la transmisión a los hijos de enfermedades hereditarias; lo cual se encuentra reconocido explícitamente en el artículo 3 de la que es ciertamente la ley más severa sobre la materia, la ley alemana *Embryonenschutzgesetz* de 1990, donde se reconoce la legalidad de la selección de los espermatozoides cuando sea posible para evitar precisamente la aparición de una enfermedad ligada al sexo del feto, limitándose a los casos de distrofia muscular u otras enfermedades genéticas reconocidas como «enfermedades graves por la autoridad competente designada por la legislación de los Estados federados». Otra confirmación posterior viene de Francia, donde se reconoció explícitamente la legitimidad del diagnóstico de preimplantación, cuya función, entre otras cosas,

[7] Annas, Andrews, Isasi (2002). En lo que se refiere a la clonación, Delmas-Marty (1999).

es precisamente facilitar la investigación para prevenir la transmisión de enfermedades genéticas. A partir de esta premisa, en otros países, como Gran Bretaña, se ha aceptado que se pueda elegir el sexo de un feto, a raíz de una lógica que también tiene la función de tranquilizar a los futuros padres, eliminando ansiedades acerca de las deformidades del feto que a menudo llevan a interrumpir el embarazo.

La cuestión en este momento, legítimamente, es la pregunta que se refiere a la posibilidad de deducir un derecho a nacer sano de la disponibilidad de técnicas para la detección precoz de los riesgos de transmisión de enfermedades genéticas a través de la atención prenatal y el diagnóstico de preimplantación. ¿La «manipulación positiva» como un derecho del niño por nacer? ¿Existe una obligación de los padres a que hagan todas las investigaciones posibles? ¿O es que este tipo de conflictos debe ser resuelto por las normas establecidas, atribuyendo una importancia decisiva al hecho del nacimiento y excluyendo, por tanto, un derecho que pudiera ser ejercitado por los niños nacidos con malformaciones contra sus padres?

Más compleja es la reflexión que se ha abierto respecto de la Declaración sobre el genoma. El recurso a una fórmula como la de «patrimonio de la humanidad», aunque moderada por la anotación sobre su contenido simbólico, no puede interpretarse como la afirmación de algún tipo de derecho atribuido a algún sujeto colectivo, distinto de las personas interesadas, a disponer del genoma. No es la primera vez que se habla del «patrimonio de la humanidad» o —con una mayor especificación, aunque no decisiva— del «patrimonio común de la humanidad». Y, con esa expresión, se quiere excluir que los bienes que forman ese patrimonio puedan ser objeto de apropiación[8]. Transportada dentro del contexto que aquí se considera, la referencia al «patrimonio» se utiliza para excluir la legitimidad de las intervenciones oficiales de cualquier género sobre el genoma humano que, de esta manera, termina asumiendo un valor fundacional de la persona, con una explícita asociación entre «genoma» y «humanidad» que, sin embargo, abre el problema adicional de determinar quién es el sujeto legitimado para hablar en nombre precisamente de la humanidad.

Este punto puede ser mejor aclarado volviendo a las indicaciones de la Recomendación 934 del Consejo de Europa, que afirmó la legalidad de las acciones para prevenir la transmisión de las enfermedades genéticas, aceptando así una lectura de la norma en su justa clave cuando se refiere al derecho a heredar características genéticas no manipuladas. Una vez más nos encontramos ante una fórmula que pretende poner el sujeto al abrigo de la eugenética de masas y de la

[8] Véase, como ejemplo, el *Trattato sullo spazio extra-atmosferico* (1967), el *Trattato sul regime della luna e degli altri corpi celesti* (1979), la *Convención sobre el Derecho del Mar* (1982), la *Convención sobre la Biodiversidad* (1992). Para un cuadro de conjunto, Kiss (1982).

total instrumentalización de la persona que esta conlleva. Dentro de esta línea, se ha colocado el artículo 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevé «la prohibición de la práctica eugenética, en particular de aquellos eventos que tienen como objetivo la selección de las personas», con una referencia muy transparente a cualquier forma de eugenesia política; esto significa, por tanto, que también están prohibidos los actos que, llevados a cabo por medios distintos de las intervenciones genéticas en el sentido estricto, se caracterizan siempre por ser formas de programación racista[9].

Respecto de este punto, se manifiesta expresamente el difícil problema de los límites dentro de los cuales puede más bien admitirse la eugenética individual. Parece que un criterio interpretativo relevante puede extraerse de la referencia al concepto de «enfermedad» contenido en la Recomendación 934. Pero también, por un lado, el concepto es exquisitamente cultural y, por tanto, no solo es variable sino también está referido a valorizaciones históricamente determinadas e incluso a percepciones subjetivas. El uso de ese concepto, por otra parte, puede dar lugar a efectos inesperados, que deben ser cuidadosamente evaluados.

El artículo 3 del *Embryonenschutzgesetz*, que ya he mencionado, individualiza taxativamente (ya sea en forma directa o *por relationem*) la enfermedad genética que hace que sea admisible la selección de sexo del *nasciturus*. Esta técnica está diseñada para limitar estrictamente las circunstancias en que puede ejercerse legítimamente el derecho de elección, imponiendo que se confíen todos los otros casos al juego del azar y a la lógica de la naturaleza, para evitar utilizaciones refrenadas socialmente o éticamente inaceptables. Esta parecía la vía maestra a seguir, al punto de que en 1988 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (doc. A 2-327/88) en la que declaraba esperar que «la elaboración de un catálogo claro y ordenado jurídicamente de las enfermedades hereditarias en las que se pueda eventualmente utilizar este tipo de terapia; un catálogo que será revisado periódicamente, de conformidad con los progresos de la ciencia médica». También aboga por «una revisión de los conceptos de enfermedad y de enfermedad hereditaria para evitar el riesgo de que simples desviaciones de la normalidad genética pudieran ser definidas a nivel médico como una enfermedades o taras hereditarias».

---

[9] En una nota explicativa al texto del artículo 3 (documento *Charte* 4473/00 *Convent* 49) y subraya precisamente que «las referencias a las prácticas eugenéticsa, particularmente aquellas que tienen como objetivo la selección de las personas, aplica la hipótesis sobre la cual se han organizado y ejecutado programas de selección que incluyen, por ejemplo, campañas de esterilización, preñez forzada, matrimonios étnicos obligatorios, etc., actos considerados todos como crímenes internacionales por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 (cfr. articulo 7, párrafo 1, letra g))».

Sin embargo, la técnica de la enumeración taxativa aparece hoy sustancialmente abandonada, de modo que, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina) se limita a afirmar que «la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación no es permitida para la elección del *nasciturus*, excepto con el fin de evitar una grave enfermedad hereditaria ligada al sexo» (artículo 14). Esta técnica, de hecho, puede producir un efecto que va en el sentido exactamente opuesto a los que habían justificado su adopción. De hecho, la inclusión de una enfermedad en una lista que identifica a aquello para los que es legítimo el uso de la ingeniería genética, produce un doble efecto: una legitimación/prohibición y el otro de estigmatización. De la lista, de hecho, se deduce bastante más que la evaluación de la licitud de las intervenciones para enfermedades específicas y, por tanto, de la ilicitud de todos los otros casos. La lista de enfermedades, preparada con la idea de evitar intervenciones puramente eugenésicas, podría ser percibida por la colectividad como la identificación de casos en los que se considera socialmente necesario (o, al menos, oportuno) intervenir, transformándose así en un incentivo para recurrir a la genética en los casos admitidos para eliminar no tanto un factor de riesgo, sino más bien un factor que puede producir el estigma social. Las listas pueden así adquirir un valor esencialmente prescriptivo, la identificación de un modelo genético de la normalidad y la inversión de su función original, que debe ser precisamente para rechazar cualquier tentación en ese sentido. Transformada en modelo cultural, la lista, en los casos en que no se recurriese a la intervención, podría fundar, consciente o inconscientemente, una discriminación o un estigma social para el portador de esas enfermedades[10].

Abandonada la técnica de la lista, no quedan resueltas las cuestiones que se quería abordar. Las oportunidades que ofrece la ingeniería genética deben abordarse dentro de un marco en el que la salud se define, de acuerdo con los criterios de la Organización Mundial de la Salud, como «estado de completo bienestar físico, mental y social». Esta definición se repite en el artículo 3.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, donde se habla de «la integridad física y mental», incluso como un derecho fundamental de la persona. ¿Cómo se debe afrontar, entonces, el tema de la eugenética individual en el contexto descrito por estas definiciones y estos principios?[11]

---

[10] Rodota (1993).

[11] Entre la amplia literatura al respecto, véase Heyd (1992), Chadwick (1992), Kevles y Hood (1992), Dyson y Harris (1994). Y, respecto de las posiciones extremas, Harris (1993), Stock (2004). Sobre el tema hay también algunas consideraciones mías en mi trabajo sobre *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2006.

Para responder a esta pregunta, se puede recordar un caso concreto que se produjo hace algún tiempo, cuando la atención a estos problemas era mucho menos aguda que hoy, y por eso permaneció en gran medida en la sombra. Una mujer negra en Italia decidió recurrir a la inseminación artificial con gametos de una donante, aunque ella no era estéril. Los óvulos donados por una mujer blanca fueron fertilizados con el semen de la pareja de la mujer negra, y luego implantados en el útero de esta última, que llevó adelante todo el embarazo. La explicación de esta elección tiene matices dramáticos. La madre decidió renunciar a su vínculo biológico con el niño para asegurar una mayor aceptación social en una sociedad de blancos.

El hecho de llamar la atención sobre los patrones culturales no es ajeno al análisis jurídico. Verdaderamente, las consideraciones de esta mujer permiten mostrar la inadecuación de la distinción entre eugenética de masa y eugenética individual cuando se plantea la cuestión del si y del cómo trazar una línea entre la intervención prohibida y la intervención lícita. La existencia de modelos culturales difusos, en su forma normativa, puede producir efectos generales en cierto modo similares a los de la eugenética en masa, cuando esos modelos son determinantes para limitar el conjunto de opciones individuales que ayudan a caracterizar en su conjunto a la organización social.

La amplificación de los modelos a través de la publicidad y la fuerte presión del mercado determinan su intensa penetración social, creando condiciones propicias para una progresiva restricción de las áreas donde continúa operando la «lotería genética», ya que se difunden y se banalizan los instrumentos que hacen posible la intervención en la genética. Además, el creciente uso de pruebas genéticas hace ineludible la pregunta sobre una posible e infranqueable frontera, más allá de la cual la opción del individuo se reduce a dejar operar al azar. El problema se presenta así como el de la individualización de la técnica necesaria para trazar con nitidez un límite.

Insuperable desde el punto de vista objetivo, ha aparecido el confín de la unidad misma de la persona, con la consiguiente prohibición de la clonación reproductiva, prevista, en una escala internacional, por el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Biomedicina y en el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales la Unión Europea. Como ya se ha analizado, desde el punto de vista de los sujetos que pueden ponerla en práctica, las prácticas eugenésicas de masa se han considerado ilegítimas. El concepto mismo de enfermedad se presenta ambiguo y no determinante para sus connotaciones culturales.

Parece delinearse un nuevo contexto institucional caracterizado por la posibilidad de disciplinar de manera plena solamente las situaciones consideradas extremas (clonación reproductiva, eugenética en masa), quedando más bien a la

merced de una apreciación casuística y culturalmente determinada, la evaluación de cualquier otra hipótesis. Esto implica una calificación de inadecuación o de ineficacia o de posible rechazo social, a la pura técnica jurídica de prohibición de determinadas conductas, sobre todo si no se colocan dentro de un adecuado contexto cultural e institucional.

Un análisis de las reacciones sociales respecto de las posibilidades que ofrece la tecnología ha dado lugar a conclusiones cautelosamente optimistas, como es el caso del conocimiento precoz del sexo del niño, que no se ha visto acompañado de un refuerzo de los estereotipos negativos contra las mujeres, como lo demuestra el hecho de que la elección del aborto no está motivada en forma significativa por el anuncio de que nacerá una mujer. Es cierto que en la India se ha establecido la prohibición general de revelar a los padres el sexo del *nasciturus* para prevenir el aborto selectivo de niñas. En este caso, sin embargo, está claro que el recurso a la ley y a la tecnología de la prohibición se considera necesario para la eliminación de un modelo cultural cuya cancelación definitiva está todavía confiada a un cambio en la condición de la mujer en la sociedad india.

Debiendo entenderse con modelos culturales no limitados al pasado, sino en constante producción, la estrategia jurídica debe tener como objetivo la creación de un entorno socio-institucional que pueda neutralizar o reducir en la mayor medida posible las recaídas negativas, o mantenerse como tal el recurso a la genética. Esto implica, en primer lugar, un rechazo radical de todo parámetro de normalidad genética, la puesta a punto de modelos jurídicos de aceptación de la diversidad y un estatuto fuerte de información genética.

La dependencia de modelos culturales impositivos de características particulares puede reducirse si, ante todo, se establecen garantías precisas para la recolección de los datos genéticos; para su circulación y, en particular, su comunicación a los diversos interesados; y para la utilización de tales datos por personas que persiguen una finalidad puramente económica. Esencialmente, lo que debe asegurarse es que tener rasgos genéticos particulares no sea motivo de discriminación o de estigmatización. Asumimos así la particular relevancia de la definición de la *privacy* que pone el acento en la «protección de las opciones de vida contra todas las formas de control público y de estigmatización social[12], en un contexto caracterizado por la libertad de opciones existenciales»[13].

Nos encontramos así frente a una precisión de la acción jurídica y del derecho de la persona, que implica al mismo tiempo la definición de su identidad y la modalidad de sus relaciones personales y sociales.

---

[12] Friedman (1990: 184).

[13] Rigaux (1990: 167).

3. La referencia a la normalidad nos lleva a otra inevitable cuestión a considerarse dentro del ámbito de la discusión sobre lo post-humano, considerada desde la perspectiva de la igualdad y de la dignidad. Como se ha mencionado, la aceptabilidad de la transición a lo post-humano está condicionada al respeto de la igualdad y la autonomía de los individuos, condiciones insoslayables evitables en sistemas basados en la democracia y en el respeto de los derechos fundamentales. La dignidad, la igualdad, la autonomía, la normalidad, se entrelazan: ninguno de estos aspectos puede ser ignorado o sacrificado.

Volviendo brevemente a algunas de las cuestiones en discusión, se puede decir que en ellas se manifiestan las preocupaciones y las angustias que en su forma extrema han acompañado las *dystopias* con relación al cuerpo y a los destinos individuales y colectivos a los que han sido asociadas, tales como *Un mundo feliz* (*Brave New World*) de Aldous Huxley[14] hasta *No me abandones* de Kazuo Ishiguro[15]. Pero se trata de preocupaciones que, depuradas de prospectivas extremas, no pueden eludirse; por lo que también aparecen en las contribuciones de los estudiosos que trabajan en la perspectiva de lo post-humano.

> Cuando te veía bailar ese día, vi otra cosa. Vi un nuevo mundo que se aproximaba a grandes pasos. Ciertamente más científico, más eficiente. Más curaciones para las antiguas enfermedades. ¡Espléndido! Y, sin embargo, un mundo duro, cruel. Vi a una chica, con los ojos cerrados, apretar en el pecho el viejo mundo amable, que en su corazón sabía que no habría durado para siempre; y ella lo tenía entre sus brazos e imploraba que no la abandonase[16].

Regresa el conflicto entre el antiguo mundo y el nuevo mundo; uno que se tiñe con los colores de la nostalgia, el otro que conlleva un progreso que parece definitivamente abandonar lo humano.

Pero, ¿es esta la única representación posible o la más correcta? Gran parte de lo que ahora colocamos en la categoría de lo post-humano tiene su origen en la necesidad de dejar los cuellos de botella de un viejo mundo donde la naturaleza es pura «madrastra», condenando la enfermedad, el sufrimiento, la herencia dañina. No solo nos enfrentamos a los intentos de adquirir nuevas habilidades o para extender desmesuradamente las que ya posee, sino a «readmitir» dentro de una suerte de normalidad *natural* a las personas que han sido o que pueden ser excluidas. La experimentación en implantes en el cuerpo para obtener o recuperar la vista o el oído, en técnicas de prótesis, en el control de las manifestaciones del Alzheimer, deben ser evaluadas desde este punto de vista, así como las oportunidades que ofrece

[14] Huxley (1933).

[15] Ishiguro (2006).

[16] Ishiguro (2006: 276).

la ingeniería genética para evitar la transmisión de determinadas enfermedades. Sabemos que el argumento de la «pendiente resbaladiza» esconde con demasiada frecuencia la incapacidad o la falta de voluntad para afrontar adecuadamente los desafíos del futuro. Y también sabemos que cerrarse en un conservadurismo sin salida puede causar reacciones que pueden llevar a justificar, junto con aquellas innovaciones ciertamente positivas, esas otras que una argumentación más racional hubiera podido oportunamente limitar o quizá excluir del todo.

El verdadero problema cultural e institucional es el de evaluar hasta qué punto estamos frente a una verdadera discontinuidad para evaluar la medida en que uno se enfrenta a verdaderas discontinuidades, que dejan una marca de otro mundo, y donde, sin embargo, es posible y necesario mantener una continuidad que marca el abandono de un mundo pasado y diferente o una situación donde es posible y necesario mantener una continuidad que acepte ese trascender de lo humano del cual hablaba Julian Huxley, impidiendo la aparición de un doble estándar en la consideración de lo humano y de lo post-humano. Y, aunque es correcta la preocupación de que se evalúe lo humano como resultado de una percepción de lo post-humano —que se presentaría como un valor más fuerte—, recojo la posibilidad de un conflicto —en realidad, de un «guerra»— entre lo humano y lo post-humano[17]. Un conflicto, por supuesto, que nace sobre el terreno de los valores referidos y que puede ser evitado solo si se tiene la capacidad de mantenerse firme —y de proyectar hacia el futuro— los principios antes recordados de dignidad, igualdad, autonomía. Aquí se puede y se debe construir una continuidad fuerte.

En un esfuerzo por ver cómo podemos traducir estas indicaciones generales en propuestas concretas, vale la pena una revisión rápida de un dictamen aprobado el 16 de marzo de 2005 por el Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, dedicado a «Aspectos éticos de los dispositivos ICT implantables en el cuerpo humano» y que procede a un reconocimiento puntual de las diferentes formas posibles de intervención[18]. Uno se pregunta, en realidad, «en qué

[17] Véase, como ejemplo, Bostrom (2005).

[18] Pueden distinguirse varias categorías: *Dispositivos ICT*: Dispositivos que envuelven tecnología de la información y de la comunicación, solidamente basados en la tecnología dei chip de silicio. *Dispositivo médico activo*: Cualquier dispositivo médico cuyo funcionamiento se basa en una fuente de energía eléctrica interna e independiente, o en general sobre una fuente de energía diferente de la generada por el cuerpo humano o la fuerza de la gravedad. *Dispositivo médico activo implantable*: Cualquier dispositivo médico activo destinado a ser implantado íntegramente o parcialmente mediante una intervención quirúrgica en el cuerpo humano, o mediante una intervención médica en un orificio natural, y destinado a permanecer en el lugar después de la intervención. *Dispositivo ICT pasivo implantable*: Dispositivo ICT implantable en el cuerpo humano que utilizan para su funcionamiento un campo electromagnético externo (Véase, como ejemplo, la Sesión 3.1.1. relativa al *Verichip*). *Dispositivo ICT implantable online*: Dispositivo ITC implantable que utiliza para su

medida estos dispositivos deben ser considerados parte de lo que podría llamarse un *proyecto corpóreo* que abarque la libre y personal proyección de sus propias capacidades físicas e intelectuales (y, eventualmente, potenciarlas)». Para responder a esta pregunta, se dibuja un cuadro analítico de los principios de referencia, que tiene en cuenta el principio de precaución, y se articula poniendo al lado de los principios fundamentales (dignidad, no discriminación, autonomía, inviolabilidad del cuerpo, privacidad) otros principios, una vez aceptada la admisibilidad en el caso concreto (necesidad, finalidad, proporcionalidad, pertinencia). Principios, estos últimos, que representan una suerte de precipitado histórico de la experiencia en materia de aceptabilidad de las innovaciones científicas y tecnológicas.

El conjunto de principios y normas jurídicas se pone, en general, como un posible freno a los cambios tecnológicos y evidencia el hecho de que no todo lo que es técnicamente posible es también éticamente admisible, socialmente aceptable y jurídicamente legítimo. De otro lado, al poder de una técnica que se manifiesta como la producción ilimitada de aplicaciones, no puede oponérsele un Derecho débil, «amputado de su causa final». Esto implica la necesidad de una constante referencia a valores fundamentales, capaces de dar consistencia a una «constitucionalización de la persona» que es el resultado de un largo proceso que emerge claramente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, desde su Preámbulo, donde se afirma puntualmente que la Unión Europea «sitúa a la persona en el centro de su acción».

«No pondremos la mano sobre ti». Esta fue la promesa de la Carta Magna: el respeto del cuerpo en su integridad *Habeas Corpus*. Esta promesa sobrevive a los cambios tecnológicos. Cada intervención en el cuerpo es una forma de tratar los elementos particulares, por lo tanto, debe considerarse como si se refiriese al cuerpo como un todo, a una persona que debe ser respetada en su integridad física y psíquica. Ha nacido un nuevo concepto de la persona, a cuya proyección en el mundo corresponde el derecho a un respeto total de un cuerpo que ahora es al mismo tiempo, «físico» y «electrónico». En este mundo nuevo, la protección de la información amplía la función de garantizar el *habeas data* como consecuencia necesaria de la evolución de las circunstancias, a fin de convertirse en un componente irrenunciable de la vida civilizada como lo fue el *habeas corpus*.

Al mismo tiempo, se trata de un cuerpo permanentemente «inconcluso». Sobre esa base, es posible intervenir para restaurar las funciones perdidas o nunca

funcionamiento una conexión (*online*) con un computador externo, o que son interrogables (*online*) desde un computador externo (Véase, como ejemplo, la Sesión 3.1.2. relativa a los biosensores). *Dispositivo ICT implantable offline*: Dispositivo ICT implantable cuyo funcionamiento no depende de dispositivos ICT externos (eventualmente, después de una operación inicial de configuración, como en el caso de la estimulación cerebral profunda).

poseídas (amputaciones, ceguera, sordera), o proyectarlo más allá de su normalidad antropológica, reforzándole ciertas funciones y agregándole otras nuevas, siempre en nombre del bienestar de la persona o de su competitividad social (incremento de las capacidades deportivas, «prótesis» para la inteligencia). Estamos frente a las *repairing and capacity enhancing technologies*, a una multiplicación de las tecnologías *body–friendly*, que amplían y modifican la noción de curación del cuerpo y que anuncian la llegada del *cyborg*, es decir, del cuerpo post-humano. «En nuestra sociedad, el cuerpo tiende a convertirse en una materia prima modelable de acuerdo al ambiente del momento». En esta forma, se extienden las posibilidades de la intervención en el hombre individual, pero también crecen las oportunidades de control político del cuerpo a través de la tecnología.

La reducción total del cuerpo a la máquina no alimenta solamente la propensión de transformarlo cada vez más en un instrumento que permite el control continuo sobre la persona. La persona resulta, en esta forma, expropiada de su cuerpo y, por tanto, de su propia autonomía. El cuerpo pasa a ser disponible por sujetos diversos. Pero, ¿cuál puede ser el destino del individuo a quien se le ha desposeído de su propio cuerpo?[19] Avanzando en esta cuestión, el dictamen del Grupo señala algunos parámetros para la evaluación de la admisibilidad de los implantes, que deberían tenerse en cuenta en cada caso:

> a) la existencia de un riesgo actualmente reconocido como alto, pero incierto en relación incluso con las formas más simples de los dispositivos ICT implantables en el cuerpo humano, exige la aplicación del principio de precaución. En particular, deben distinguirse los implantes activos y los pasivos, aquellos reversibles de aquellos irreversibles, aquellos que dejan a la persona *offline* de aquellos que la ponen *online*;
>
> b) el principio de finalidad impone cuando menos una distinción entre la finalidad sanitaria y la finalidad de otro género. entre los objetivos de salud y otros fines. Pero la utilización médica debe ser evaluada con rigor y de modo selectivo, para evitar que pueda después ser invocada para legitimar otras formas de utilización;
>
> c) el principio de necesidad lleva a excluir la legitimidad de los dispositivos ICT implantables diseñados únicamente para la identificación de los pacientes, cuando éstos pueden ser sustituidos por otros menos invasivos e igualmente seguros;
>
> d) el principio de proporcionalidad conduce a excluir la legitimidad de los implantes, como las utilizadas, por ejemplo, con el único propósito de facilitar el ingreso a los locales públicos;
>
> e) el principio de la integridad y la inviolabilidad del cuerpo excluye la posibilidad de sostener que el solo consentimiento del interesado es suficiente para permitir cualquier tipo de implante;

[19] Sobre el conjunto de este problema, se puede ver Rodota (2006).

f) el principio de dignidad se opone a la transformación del cuerpo en un objeto manipulable y controlable a distancia, como puro proveedor de información.

¿Qué sucede, sin embargo, cuando se trata de un mejoramiento orientado a la recuperación de una función perdida o a la obtención de una función nunca poseída que lleva al mejor fucionamiento de un «cuerpo normal»? Por ejemplo, está la cuestión del *doping* en el deporte, sancionada por las normas nacionales e internacionales, porque pone en riesgo la salud del atleta y distorsiona la leal competencia. Pero la historia de la ingesta de drogas por parte de escritores, músicos, pintores nunca ha provocado una reacción jurídica de tipo prohibicionista por el hecho de que esto pudiera afectar adversamente el proceso normal o natural de la creación artística. La eventuales prohibiciones, que se refieren también a los artistas, se derivan de normas de carácter general sobre el uso de sustancias estupefacientes, atemperada sin embargo por el reconocimiento de la legitimidad del uso personal y en cantidades módicas. ¿Los deportes quedan obligados a normas de cuyas restricciones los artistas pueden en cambio ser liberarse?

Cualitativamente muy diferentes son las nuevas oportunidades que ofrece la ingeniería genética a una amplia programación de los seres humanos. Aquí la ruptura con el pasado asume un carácter radical, y el mantenimiento de los principios señalados resulta la vía obligada para no sucumbir frente a un cientifismo que atropellaría la dignidad humana, presentando una imagen totalmente instrumental de la persona.

Frente a la realidad de intervenciones puntuales, siempre sometidas a las opciones individuales, hay quienes contraponen una perspectiva que combina realismo y voluntad de poder, y que se propone «rediseñar a los seres humanos»[20] y establecer «reglas para el hombre moderado»[21]. Dejaríamos así a nuestras espaldas al «último hombre»[22], pasando por «una explícita planificación de las características individuales» gracias a una «antropotécnica» que «será capaz de realizar, a nivel del íntegro de la especie, el paso del fatalismo del nacimiento a la opcionalidad del nacimiento y a la selección prenatal»[23]. Esto plantea el problema de una mejora eugenésica a escala masiva, aunque hay diversos contextos en los que se mueve, debido a que el análisis de Stock es ajeno al proyecto de criar «raza» una raza de superhombres, más adecuados para gobernar a la humanidad, como más bien lo plantea Sloterdijk.

---

[20] Stock (2004).

[21] Sloterdijk (2001).

[22] Este es el título del capítulo inicial del libro citado de G. Stock.

[23] Sloterdijk (2001).

Estas son propuestas extremas que evocan un pasado inquietante, simplificando las cosas en forma a menudo inaceptable y que, por lo tanto, deben ser ante todo sometidas a la consideración de un riguroso análisis científico. Sin embargo, plantean desde ya un problema insoslayable, como lo reconoce el mismo Stock cuando se pregunta si la demanda de mejoras farmacéuticas y genéticas encontrará realmente posibilidades de resistencia en el «turbulento mundo real»[24]. La cuestión de los límites es esencial, y no puede ser solo el Derecho el que establezca tales límites.

Al describir los riesgos de una eugenética liberal —para evitar los peligros de la perspectiva que acabo de mencionar[25]— el acento tiende a ponerse sobre la necesidad de respetar la naturalidad de los procesos que desde hace tiempo han sido objeto de reiteradas y conscientes intervenciones del hombre. Por esta razón, la contraposición entre una naturaleza ante la cual no se debe interferir y un mundo humano hecho de compartir conocimientos, no ofrece un fundamento verdaderamente sólido para una posición teórica que quiere ponerle un dique a una eugenética positiva; al punto que el mismo Habermas termina reconociendo la legitimidad de las intervenciones de terapia genética orientadas a evitar la transmisión de las enfermedades hereditarias[26], aunque se inclina peligrosamente hacia la aceptación de una imposición política de la lista de enfermedades susceptibles de este tipo de tratamiento[27].

El enfoque analítico seguido anteriormente puede ser utilizado para abordar incluso este problema, sin duda dramático, que todavía no puede resolverse ni refugiándose en un prohibicionismo declamatorio ni cediendo a la lógica de aquellos que se limitan a afirmar que la fuerza de los hechos llevará irresistiblemente a la programación genética generalizada. Ya en la actualidad es posible indicar en qué la programación genética se presenta como una herramienta que tiene consenso, y este consenso será más claro en el futuro para eliminar las enfermedades graves y las condiciones de intolerable discapacidad. Al mismo tiempo, como en el caso de la clonación, el análisis de estos problemas exige no ceder a cualquier forma de reduccionismo genético, y se refleja sobre todo en la forma en que se lleva a cabo el libre desarrollo de la personalidad, reconocido como derecho constitucional fundamental. La posibilidad de construir libremente la propia esfera privada, de hecho, deriva directamente de una situación en la que no existe un programa que, en cualquier forma, sea impuesto a la persona.

---

[24] Stock (2004).

[25] Habermas (2002).

[26] Habermas (2002: 45-70).

[27] Habermas (2002: 46). Para una aguda discusión sobre las tesis de Habermas, Viano (2004: 277-296) y Hottois (2006: 76-81).

De esta reversión del punto de partida se debe pasar a identificar las situaciones en que la regla jurídica debe establecer la ilegalidad, teniendo sobre todo en cuenta el principio de la dignidad y el carácter inaceptable de una perspectiva en la que la vida de una persona sea anteladamente «diseñada» basándose en motivaciones puramente culturales (pensar en la petición, ya expresada, para crear una persona sorda, ya que esa fue la característica de los padres). Pero, ante una perspectiva muy realista, es urgente e indispensable desarrollar normas sobre la igualdad en el acceso a las técnicas genéticas, so pena de crear una sociedad de castas.

4. El cuerpo se convierte así en el protagonista. Lo confirman los datos de la realidad cotidiana, que muestran cuáles son los itinerarios seguidos no tanto para enriquecer lo humano, sino para aprovechar las oportunidades de lo post-humano a fin de aumentar las formas de dependencia. Está surgiendo un cuerpo manipulado, preparado para ser controlable, localizable. En este aspecto, de hecho, la tecnología interviene directamente. No se limita a controlarlo desde el exterior, como es el caso de la observación en video ni se limita a utilizar las características naturales, como sucede cuando se recurre a los datos biométricos. Lo acompaña, por el contrario, con los dispositivos electrónicos, principalmente las relacionadas con la tecnología RFID. En esta forma, la tecnología integra y modifica el cuerpo con la inserción de implantes electrónicos y, prospectivamente, con la nanotecnología. Lo transforma totalmente el conjunto, no solo convirtiéndolo en post-humano o en trans-humano, sino incidiendo sobre la autonomía misma de la persona, que puede ser controlada y dirigida a distancia.

El transcurso del pasado a un presente que ya es futuro, por lo tanto, puede percibirse en el hecho de que los controles experimentales y el condicionamiento externo están ahora acompañados de una reconstrucción del propio cuerpo, de manera de hacerlo compatible con la sociedad de la supervigilancia. El cuerpo así controlado se convierte en un nuevo y diferente objeto social; se convierte en una nueva mirada sobre un objeto diferente, lo que exige una reflexión nueva sobre lo que es hoy en día el dato personal, para garantizar que la protección jurídica ya prevista pueda seguir funcionando.

Ante nosotros tenemos los cambios que afectan a la antropología misma de la persona humana. Nos enfrentamos a un deslizamiento gradual: de la persona «escrutada» a través de la vigilancia por video y la tecnología biométrica se puede pasar a una persona «modificada» por la inserción de chips y etiquetas «inteligentes» en un contexto en el que cada vez más y más claramente nos identifica como «*networked persons*», personas perennemente en la red, que poco a poco se configuran para emitir y recibir impulsos que permiten rastrear y reconstruir sus movimientos, sus hábitos, sus contactos, alterando así el sentido y el contenido de la autonomía de las personas.

Esta tendencia ha tenido una confirmación explícita de la intención declarada, el 19 de julio de 2004, por el Primer Ministro del Reino Unido, de querer «etiquetar y supervisar», a través de satélite, a los cinco mil delincuentes más peligrosos de Inglaterra. Muchos han señalado ya las dificultades técnicas de este proyecto. Pero es la fuerza simbólica del mensaje lo que debe tomarse en serio.

Estas transformaciones tecnológicas tienen como premisa un cambio profundo de la condición social y jurídica de la persona. El haber cumplido totalmente la sanción penal impuesta no será suficiente para recuperar su libertad. Si una persona está clasificada como de «alta propensión a cometer delitos», pierde la libertad de circulación y todas las formas conexas de la autonomía individual, ya que se le obligará a llevar un instrumento electrónico que permita ubicarlo en todo momento. Y este «etiquetado» de personas peligrosas podría lograrse mediante la inserción de un microchip bajo su piel. Se cambiará así la propia naturaleza del cuerpo que, tecnológicamente manipulado, se convertirá en «post-humano». Sin embargo, ¿puede considerarse que esta perspectiva es compatible con el principio de dignidad, que abre solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea? ¿Se puede puede aceptar la valiente movida semántica *blairiana* que ha rebautizado como «sociedad de respeto» a esta nueva versión de la «sociedad de la supervigilancia»?

No se diga que estas son rarezas futurológicas o alarmistas. En los mismos días de la propuesta de Blair se ha sabido que en México, a un costo de $150 por persona, ha sido «inyectado» un microchip en el brazo del Fiscal General y sus otros 160 empleados para controlar su acceso a un importante centro de documentación y, si fuera necesario, para localizarlos en caso de secuestro. El único comentario del Fiscal fue: «el implante me dolió un poco…». Con evidente intención publicitaria, en una discoteca de Barcelona, el Baja Beach Club, así como en otros locales en Holanda e Inglaterra, la implantación de un chip a los miembros que acepten esta novedad tecnológica les permite entrar en los locales sin ningún tipo de trámites y pagar automáticamente su consumo gracias a su identificación a distancia. Una empresa americana está colocando en el mercado armas que solo pueden ser utilizadas por aquellos que, teniendo un chip implantado en la mano, son reconocidos por el arma misma como su legítimo propietario. En un hospital de Roma se experimenta la colocación bajo la piel de un microchip de identificación en los casos de pacientes afectados por patologías particulares.

En marzo de 2005 hubo noticias de que, en una escuela de California, los niños estaban obligados a llevar el cuello un medallón que contiene un pequeño chip electrónico que permite seguir cada uno de sus movimientos, señalados por sensores colocados en todos los ambientes de la escuela, incluidos los baños.

La transformación tiende a transferir el control desde «afuera», desde el mundo circundante, a lo «interno» de cada uno de nosotros. No basta ya cambiar el ambiente, por ejemplo, por medio de un sistema de videovigilancia; es necesario cambiar la persona misma. El avance (¿irresistible?) de la tecnología parece exigir una nueva antropología.

Lo ha captado estupendamente bien una niña de esa escuela que, cuando regresó a casa después de haber sido «marcada», les dijo a sus padres: «Yo no soy un paquete de cereales». No se puede describir mejor lo que realmente está sucediendo: la reducción progresiva de las personas a objetos, permanentemente controlables a distancia con las más diversas tecnologías, implacablemente unidos por una invisible y tenaz atadura electrónica.

Los ejemplos concretos están ante nosotros, y cada vez son más numerosos. Son bien conocidos los casos de trabajadores que están obligados a llevar una pequeña «computadora *wearable*» que permite al empleador dirigir su trabajo vía satélite, indicándole los productos que deben ser retirados, especificando las rutas a seguir o las actividades a realizar, para controlar cada movimiento de los trabajadores y de saber en todo momento dónde se encuentra. En un informe de 2005 solicitado por el sindicato británico GMB al profesor Michael Blackmore, de la Universidad de Durham, se destaca que este sistema cubría ya diez mil personas, transformando los lugares de trabajo en «*battery farms*» y creando las condiciones de una «*prison surveillance*». Se trata de un panóptico en pequeña escala, que anticipa y anuncia la posibilidad de difundir, a escala siempre mayor, estas formas de vigilancia social. Resultados similares, pero limitados a la localización dentro del lugar del trabajo, se pueden obtener ahora gracias a un chip de lectura de la tecnología RFID en las tarjetas de identificación para los empleados.

A principios de este año, una empresa de Ohio, City Watcher, ha ido aún más lejos en la manipulación del cuerpo de sus empleados, ordenando a algunos de ellos la implantación de un microchip en el hombro para su ingreso a ciertos locales reservados de la empresa. El cuerpo resulta así cambiado en su naturaleza física misma y preparado para ser directamente controlado. Y la técnica de introducir en el cuerpo microchips de lectura a distancia se está extendiendo en las más diversas áreas, desde las discotecas hasta los hospitales, para abrir la puerta de la casa o iniciar su computadora personal; y ello va con la disminución de los costos y el aumento de las facilidades para el implante.

En algunos países, como Italia, las aplicaciones de estas tecnologías están prohibidas precisamente cuando permiten el control a distancia de trabajadores. Esto no basta, sin embargo, y se sugiere que esta prohibición se generalice y se convierta en norma común en los países de la Unión Europea. Dado que estas tecnologías son utilizadas también por personas y actividades ajenas a la

supervisión del trabajo, el tema de la legitimidad misma del recurso a instrumentos que implican una manipulación del cuerpo debe ser afrontado directamente. En 2005, el ya mencionado Grupo de Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías llegó a la conclusión de que se debían admitir únicamente formas limitadas de utilización del microchip y solo con fines de protección de la salud. Y se estableció que otros usos deberían ser considerados contrarios a la dignidad de la persona, declarada inviolable por el artículo 1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el principio de protección de la información personal.

En realidad, ¿en qué se convertiría una sociedad donde un número cada vez mayor de personas se encuentran *tagged and tracked*, etiquetados y seguidos? La vigilancia social se basa en una suerte de atadura electrónica. El cuerpo humano es tratado como un objeto cualquiera en movimiento, controlable con un mando a distancia utilizando la tecnología de los satélites o la frecuencia radial. Si el cuerpo puede llegar a convertirse en un *password* (contraseña), la tecnología de la localización está haciendo nacer una *networked person*.

El cambio tecnológico asume así rasgos particularmente inquietantes. Las finalidades de identificación, verificación, vigilancia, seguridad en las transacciones, ¿pueden justificar el uso del cuerpo humano hecho posible por la innovación tecnológica?

Estas consideraciones, por supuesto, se refieren también a los casos en que la tecnología RIFD no determina una modificación física de la persona. Para examinar estas cuestiones, es necesario distinguir las situaciones en que las etiquetas se utilizan como instrumentos directamente relacionados con un tema (por ejemplo, el contenido de un documento de identidad) de aquellas otras en las que el vínculo es a través de la relación con los objetos, a su vez etiquetados. En el primer caso, estamos sin duda ante situaciones muy similares a aquellas caracterizadas por el implante directamente en el cuerpo, incluso si la persona tiene la capacidad de separarse del soporte material que contiene la etiqueta (por ejemplo, una tarjeta), sustrayéndose de esta forma al control (eventualidad impracticable o de bastante más compleja realización para quienes tienen implantes en el cuerpo). En los otros casos, se trata de proceder a una adaptación de las normas vigentes sobre protección de datos, teniendo en cuenta el carácter estrictamente capilar del control y de la clasificación que esta forma de recolección de datos hace posible. Esto también implica, por otra parte, una reconsideración de la definición de lo que se entiende por datos personales, para contrarrestar la peligrosa tendencia a adoptar la interpretación formalista y reductora que desproteger a las personas frente a las aplicaciones de la tecnología RFID (y no solo de ella). Por otra parte, debe tomarse seriamente en cuenta el riesgo de que los procedimientos de

normalización determinen controles y manipulaciones de identidad, dado que para una multiplicidad de sujetos es posible acceder a los datos contenidos en el chip e incluso realizar una intervención activa sobre tales datos.

Aunque parecen menos preocupantes desde este punto de vista, los implantes directos en el cuerpo, las *smart tags* (etiquetas inteligentes) son susceptibles de utilizaciones bastante más difusas y, por tanto, capaces de producir efectos personales y sociales más profundos. Si bien, de hecho, parecería que no es pensable una aplicación masiva de implantes de microchip, es precisamente esta la línea adoptada por muchos de los nuevos documentos. Sabemos que en el Reino Unido las nuevas tarjetas de identidad contienen un chip de lectura, legible con la tecnología de la frecuencia radial. Si este hecho se asocia con, por ejemplo, el uso de pequeños aviones no tripulados en proceso de experimentación (UAV: *unmanned aerial vehicle*), se vuelve posible para la policía identificar a las personas que participan en una manifestación o que se encuentren en cualquier otro lugar, haciendo sobrevolar el área considerada con uno de esos aviones (lo puso en evidencia George Monbiot en The Guardian del 21 de febrero de 2006). Se incide de esta manera en libertades fundamentales establecidas por la Constitución, como aquella de circular y de manifestarse libremente en público, haciéndose así necesaria una atención más adecuada para la protección de la información personal en esta nueva dimensión.

Por otra parte, los mismos beneficios que se derivan de estas nuevas tecnologías para determinadas categorías de personas (niños, enfermos, ancianos, incapacitados) pueden mover a las compañías de seguros a subordinar la suscripción del contrato de seguro o el monto de la prima al hecho de que los presuntos asegurados estén «equipados» con estas tecnologías, a fin de reducir los riesgos para la aseguradora. Esto es lo que ya sucede con los coches y camiones, que son asegurados contra robo en términos más favorables, si están equipados con un dispositivo de reconocimiento satelital. Pero, ¿pueden las personas ser tratadas como objetos en movimiento, con su extrema mercantilización? ¿O, más bien, una forma de protección de datos personales, que impida este tipo de condiciones, puede ser la mejor manera de garantizar la libertad y la dignidad?

Sin embargo, la frontera extrema de la incidencia sobre el cuerpo de las innovaciones tecnológicas, está representada hoy por la experimentación y las hipótesis relacionadas con la nanotecnología en general y, en particular, la nanobiotecnología. Penetrado por lo infinitamente pequeño, el cuerpo puede sufrir una radical metamorfosis, convirtiéndose en una «nanomachine», un sofisticado sistema de información que produce ininterrumpidamente datos analíticos sobre su condición. La protección de esta categoría de datos requiere pronta atención. Es un problema de hoy, no de mañana, que debe comprometer

incluso a cuantos se ocupan de la protección de datos personales en un trabajo de «*vision assesment*».

Las nanobiotecnologías están diseñadas para producir innovaciones absolutamente relevantes en el campo del tratamiento de los datos personales. La miniaturización de las herramientas de diagnóstico, su presencia directa en el cuerpo del interesado, la multiplicación de los parámetros que se pueden utilizar simultáneamente, la expansión del espectro del diagnóstico y la inmensa aceleración de los diagnósticos conducirá inevitablemente a un enorme crecimiento de los datos disponibles y utilizables de inmediato. Es indispensable participar desde ahora en la individualización de los problemas relacionados con la creación de este novísimo «espacio interior «, donde se plantean con características inéditas incluso cuestiones tradicionales, como aquella sobre el derecho a saber o a no saber, el *screening* individual o de masas, las personas que pueden tener acceso a los datos obtenidos a través de la nanotecnología, la propia naturaleza de estos datos, que pueden presentar un grado de «sensibilidad» incluso mayor que el de los datos genéticos sensibles, replanteando de modo aún más tajante los temas de las posibles discriminaciones. La aceptación social y la ética de la nanotecnología dependerán en gran parte también de su capacidad para acompañar su introducción con las salvaguardias adecuadas para los derechos de las personas.

En realidad, la integridad del cuerpo no es un concepto externo. Es el modo mismo en que pensamos exitosamente para definir la relación con nuestro ser. Si se impugnan estas cuestiones, inevitablemente ello conducirá a un empobrecimiento del concepto de vida.

La representación más radical de esta tendencia, que transforma la socialización del cuerpo en apropiación o expropiación, se puede percibir cuando consideramos el «cuerpo como una máquina para la transmisión de la energía y la información». Estas son las palabras con que se describe el objeto de la patente 6.754.472, concedida en los Estados Unidos a Microsoft en el año 2004. Así, no solo el cuerpo se convierte en el instrumento para conectar directamente una amplia gama de dispositivos portátiles, desde su teléfono celular hasta la computadora que cabe en la palma de la mano y el reproductor de música, superando a las tecnologías actuales y creando, en lugar de las actuales formas de conexión, una *personal area network*, una red personal colocada bajo nuestra piel, dentro de nuestros tejidos. El cuerpo se convierte en una herramienta de la cual se ha sustraído la libre disposición, ya que esta nueva forma de su utilización está ahora sujeta a derechos de patente y, por tanto, a las exigencias económicas de Microsoft.

La imagen del cuerpo como una entidad gobernada únicamente por el interesado se empaña hasta desaparecer.

Bibliografía

Annas, George, Lori Andrews y Rosario Isasi
2002 «Protecting the Endangered Human: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations». *American Journal of Law and Medicine*, volumen 28, Nº 2/3.

Bostrom, Nick
2005a «A History of Transhumanistic Thought». *Journal of Evolution & Technology*, vol. 14, abril 2005.

Bostrom, Nick
2005b «In Defense of Posthuman Dignity». *Bioethics*, volumen 19, Nº 3, pp. 202-214.

Chadwick, Ruth (editora)
1992 *Ethics, Reproduction and Genetic Control.* Nueva York–Londres: Routledge.

Delmas-Marty, Mireille
1999 «Certitudes et incertitudes du droit». En H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R., P. Droit, *Le clonage humain*. Paris: Ploin.

Dyson, Anthony y John Harris (editores)
1994 *Ethics and Biotechnology.* Nueva York–Londres: Routledge.

Friedman, Lawrence M.
1990 *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*. Cambridge: Harvard University Press.

Habermas, Jurgen
2002 *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*. Turín: Einaudi.

Harris, John
1993 *Wonderwoman and Superman: the ehthics of Human Biotechnology*. Oxford-New York: Oxford University Press.

Heyd, David
1992 *Genethics. Moral Issues in the Creation of People.* Berkeley-Los Angeles-Oxford: University of California Press.

Hottois, Gilbert
2006 «Quel cadre temporel pour penser les générations futures?», en Christian Hervé y Jacques J. Rozenberg (editores), *Vers la fin de l'homme?* Bruselas: De Boeck Université.

Hughes, James
2004 *Citizen Cyborg: Why Democratic Societies Must Respond to the Redesigned Human of the Future.* Cambridge: Westview.

Huxley, Aldous
1933 *Il mondo nuovo*. Milán: Mondadori.

Huxley, Julian
1927 *Religion without Revelation.* Londres: Benn.

Ishiguro, Kazuo
2006 *Non lasciarmi*. Turín: Einaudi.

Kevles, Daniel J. y Leroy Hood (editores)
1992 *The Code of Codes. Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*. Cambridge–Londres: Harvard University Press.

KISS, Alexandre
1982 «La notion de patrimoine commun de l'humanité». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 175, pp. 99-256.

Krocker, Steve y M.A. Weinstein
1995 *Data Trash. Teoria della classe virtuale*. Milán: Apogeo.

Punzi, Antonio
2003 *L'ordine giuridico delle macchine*. Turín: Giappichelli.

Rigaux, François
1990 *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruselas–París: Bruylant.

Rodota, Stefano
1993 «Modelli culturali e orizzonti della bioetica». En S. Rodota (editor), *Questioni di bioetica,* Bari: Laterza, pp. 421-431.
2006 *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milán: Feltrinelli.

Sloterdijk, Peter
2001 «Regole per il parco umano. Una replica alle ultime lettere di Heidegger», *Aut aut,* Nº 301-302, pp. 132 y ss.

Stock, Gregory
2004 *Riprogettare gli esseri umani. L'impatto della ingegneria genetica sul destino biologico della nostra specie*. Milán: Orme.

Viano, Carlo Augusto
2004 «Antiche ragioni per nuove paure. Habermas e la genetica». *Rivista di filosofia*, XCV, pp. 277-296.

Quinta Parte
Responsabilidad Civil

APUNTES SOBRE LA TRAMITACIÓN DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

*Jaime David Abanto Torres**

A Fernando de Trazegnies Granda, por hacernos creer que es posible hacer de la jurisprudencia una verdadera fuente del Derecho en el Perú

Introducción

Las siguientes líneas tratan de condensar algunas reflexiones sobre el trámite de la pretensión indemnizatoria, tanto en los procesos penales, civiles y constitucionales, surgidas en el ejercicio de la abogacía y en los avatares del ejercicio de la función jurisdiccional.

Podemos advertir una deficiente regulación que se explica por la falta de comprensión de la pretensión indemnizatoria como una pretensión autónoma, que requiere de una probanza compleja al calor de un debido proceso.

Veremos cómo es que existe una dualidad de tramitación tratándose de la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas, cómo se concibió a la pretensión indemnizatoria como una pretensión accesoria en la ley de hábeas corpus y amparo, cómo por un lado el ordenamiento procesal civil reconoce la autonomía de la pretensión indemnizatoria en los casos de ejercicio irregular del derecho de acción, y a la vez, establece su tramitación acumulada a la pretensión interdictal, *inaudita paris* en los casos de llamamiento posesorio y de connivencia entre el demandado y el tercerista, en la vía incidental en los casos de desestimación de una demanda asegurada con una medida cautelar.

---

* Juez Titular del Primer Juzgado especializado en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Con la colaboración de Lucy Vidal Zamora, asistente de Juez del Primer Juzgado especializado en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1. La pretensión indemnizatoria en el Código Penal: la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas

La fijación del *quantum* indemnizatorio en los procesos penales: falta de motivación

Toda sentencia penal condenatoria[1], la que dispone la reserva del fallo[2] y la de ejecución suspendida[3] ordenan el pago de una reparación civil.

En nuestra corta experiencia como abogado litigante y en la magistratura, no hemos tenido conocimiento de una sola sentencia dictada por un juez penal en que el extremo de la reparación civil se encuentre debidamente motivado.

En otras palabras, es usual que el monto de la indemnización sea fijado arbitrariamente por el juez penal, sin que los justiciables tengan elemento alguno para impugnar dicho extremo de la decisión, o al menos saber por qué el daño ocasionado por el delito debe ser reparado con el pago de cien, mil, diez mil, cien mil o un millón de nuevos soles.

El Código Penal derogado de 1924 en su artículo 69 disponía que «La reparación civil se hará valorando la entidad del daño, por medio de peritos si fuese practicable, o por el prudente arbitrio del juez». Sin embargo el Código Penal vigente no contiene norma similar, y al igual que el ordenamiento derogado, tampoco da ninguna pauta al juez penal para fijar el monto de la reparación civil.

Pajares Bazán considera que:

> […] el Juez debe valorar en forma objetiva la magnitud del daño y del perjuicio material y moral ocasionado a la víctima, sin subordinar o mediatizar estas consideraciones a partir de otros factores como la capacidad económica del autor del delito, la concurrencia de circunstancias atenuantes, etcétera» y que «la reparación civil debe estar en relación directa con el grado de realización del injusto penal, lo cual equivale a sostener que la reparación civil tiene que ser menor en una tentativa que en un delito consumado; en un delito de lesión que en uno de peligro»[4].

---

[1] Código Penal, artículo 92. La reparación civil se determina conjuntamente con la pena. Artículo 93. La reparación comprende: 1. La restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

[2] Artículo 58. El juez al otorgar la condena condicional, impondrá las siguientes reglas de conducta: […] 4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.

[3] Artículo 63. El juez al disponer la reserva del fallo condenatorio se abstendrá de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan. […] Artículo 64. El juez, al disponer la reserva del fallo condenatorio, impondrá las reglas de conducta siguientes: […] 4. Repara los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que está imposibilitado de hacerlo.

[4] Pajares Bazán (número 1 52: 139).

Gálvez Villegas[5] señala que:

> […] en relación al resarcimiento del daño en general, y específicamente al daño proveniente del delito, es decir el resarcimiento dentro del proceso penal, nuestra jurisprudencia se muestra incoherente e ineficaz, pues, en algunos casos se ampara el resarcimiento en determinadas condiciones y magnitud y en otros casos similares se determina la magnitud del daño totalmente distinta (sic) sin dar razón o motivación alguna; asimismo, los montos establecidos como reparación civil son exiguos y no corresponden a la real magnitud del daño causado y probado en el proceso, a la vez que no se establecen cuáles son los criterios que han seguido para la determinación del hecho dañoso, del daño, de la relación, de la causalidad (sic) entre ambos, del factor de atribución de responsabilidad y del resarcimiento.

Esta situación llevó a Prado Saldarriaga a proponer una reforma al Código Penal estableciéndose en forma expresa que «Los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en las que fundamentan la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su indemnización»[6].

Es cierto que la realidad es incontrastable, pero nos preguntamos ¿es necesario que se dicte una norma en ese sentido, estando a las previsiones de la Constitución?[7] Consideramos que el tema pasa por un compromiso de los magistrados para cumplir a cabalidad con el deber de motivación. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de junio de dos mil dos, recaída en el expediente 1230-2002-HC/TC, en los seguidos por César Humberto Tineo Cabrera[8].

> [11].Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la norma fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

---

5 Citado por Pajares Bazán (s/f: 141).

6 Citado por Pajares Bazán (s/f: 142).

7 Constitución de 1993, artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

8 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>

> La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.
>
> Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado […].

La inexistencia de motivación o motivación aparente viola el derecho a una decisión debidamente motivada, cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico[9].

La reclamación de la indemnización en el proceso penal y en el proceso civil

1. Una dualidad innecesaria de procesos

Como quiera que en la práctica el extremo del fallo relativo a la reparación civil no se encuentra debidamente motivado, y siempre los agraviados considerarán irrisorio el monto de la reparación, el agraviado que se constituyó en parte civil, al tomar conocimiento de la acusación fiscal, y antes de que se dicte sentencia, normalmente se desiste de dicha constitución e interpone una demanda de indemnización por daños y perjuicios en la vía civil. Otras veces aun desistido de dicha constitución en la parte civil, cobra la reparación civil que se hubiera consignado en el proceso penal y luego procede a demandar en la vía civil.

Vale decir que en la realidad, por cada instrucción o proceso penal por faltas en que se dicte sentencia condenatoria o se disponga la reserva del fallo o la ejecución suspendida, el poder judicial tendrá que soportar un proceso civil adicional por indemnización por daños y perjuicios. Como contrapartida, por cada proceso penal que concluya con sentencia absolutoria, o por alguna otra forma favorable al procesado, tendremos que tramitar un proceso civil por indemnización por denuncia calumniosa. ¿Esta dualidad innecesaria de procesos le hace bien a la administración de justicia? Nosotros consideramos que no.

---

[9] Sentencia de fecha 11 de mayo de 2005, recaída en el expediente 1744-2005-PA/TC, en los seguidos por Jesús Absalón Delgado Arteaga. Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini. Fundamento 11 a).

En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01744-2005-AA.html>

Somos conscientes que el juez penal no se encuentra en condiciones de motivar la reparación civil. Por un lado, un problema que es común a la administración de justicia es la sobrecarga procesal; por el otro, su visión del caso particular solo le permitiría reparar el daño emergente, es decir el causado directamente con la comisión del delito o falta a lo que los penalistas llaman bien jurídico tutelado. Pero es probable que, por razones de especialidad, no analicen otros temas como el lucro cesante, el daño a la persona o el daño moral. Sin duda que el tema debería ser tratado por los jueces especializados en lo civil. El mismísimo Código Penal de 1991 reconoce en parte esta situación al remitir la regulación supletoria de la reparación civil a las normas del Código Civil[10].

Otro problema que se suscita es que a veces los agraviados ni siquiera esperan la conclusión del proceso penal para demandar la indemnización por daños y perjuicios en la vía civil. Con lo cual, en la mayor parte de los casos, los litigantes mal asesorados se exponen a obtener una sentencia desestimatoria por improbanza de la pretensión[11].

2. Las contradicciones de la jurisprudencia

Dicho apresuramiento se explica por el apremio del breve plazo prescriptorio de la pretensión de responsabilidad extracontractual que es de dos años, tiempo que excede con creces la duración de cualquier proceso penal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 100 del Código Penal señala que «la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal». No obstante su infeliz redacción, dicha norma constituye un supuesto de suspensión de los plazos prescriptorios, motivo por el cual las excepciones de prescripción deducidas en los procesos civiles sobre indemnización no prosperarán cuando los hechos que causaron el daño dieron lugar a un proceso penal, en tanto este no concluya.

La jurisprudencia sobre el particular ha sido muy variable. En un primer momento, se señalaba que la constitución en parte civil en el proceso penal impedía la interposición de demandas de indemnización en la vía civil. Así, en la casación 530-98 Tacna, la Corte Suprema manifestó que:

> […] la comisión de un delito no solo origina la imposición de una pena a su autor, sino también la obligación de reparar, concepto que se denomina reparación civil. Si el agraviado no se constituye en parte civil en el proceso penal,

[10] Código Penal, artículo 101. La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

[11] Código Procesal Civil, artículo 200. Improbanza de la pretensión. Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

> tiene derecho a recurrir a la vía civil para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados por el autor del delito[12].

Se consideraba que el pronunciamiento del juez penal sobre la reparación civil era cosa juzgada. Por ello los abogados de los agraviados se desistían de la constitución en parte civil antes de interponer su demanda de indemnización. Sin embargo, tal desistimiento no enerva la obligación del condenado de pagar la reparación civil, pues sin ello no puede rehabilitarse.

El problema surge cuando en otras ejecutorias tampoco se impide que el agraviado cobre la reparación civil. En la casación 3171-2001 Ica, la Corte Suprema señaló: «[…] que el agraviado que no se constituye en parte civil en el proceso penal tiene expedito su derecho para recurrir a la vía civil y solicitar el pago de la indemnización por daños y perjuicios que le corresponda, sin perjuicio de cobrar la reparación civil determinada en la vía penal»[13].

En base a estas ejecutorias, aun cuando el agraviado se haya desistido de la constitución en parte civil, finalmente cobraba la reparación civil. A nuestro modo de ver, esto en la práctica, generaba situaciones de abuso, pues en los hechos, a final de cuentas el agraviado cobraba una reparación en la vía penal y otra en la vía civil.

Otras ejecutorias señalan que la reparación civil impuesta por la justicia penal puede considerarse como pago a cuenta de la indemnización fijada por la justicia civil. Así el pleno jurisdiccional penal de 1999 acordó que en caso de sentencias civiles y penales que concurran a fijar obligaciones de pago en relación con un mismo hecho, prevalece la primera sentencia ejecutada, debiendo el juez a cargo de la segunda sentencia descontar como pagado el monto que haya sido cobrado en la primera[14]. En dicho pleno se reconoce que en la práctica concurren sentencias penales y civiles reparando el mismo daño.

Lo curioso es que el pleno jurisdiccional civil de 1999 (realizado el mismo año que el anteriormente citado) acordó que no es procedente que el agraviado, constituido en parte civil en el proceso penal, demande indemnización en la vía civil, por el mismo hecho. Por consenso el pleno acordó que «el que se constituye en parte civil en el proceso penal, no puede solicitar la reparación en la vía civil, puesto que en el proceso penal se tramita acumulativamente la reparación civil. La reparación civil fijada en la vía penal, surte efectos sobre el agraviado que se constituyó en parte civil».

---

[12] Citado por Palmareda (2003: 5).

[13] Citado por Palmareda (2003: 5).

[14] Citado por Palmareda (2003: 7).

El criterio del pleno jurisdiccional penal resulta más razonable, pues, es evidente que existen daños que el juez penal no podría ameritar, como podría ser el caso del daño moral, o algún otro daño emergente y lucro cesante que podría no derivarse directamente de la comisión del delito o falta.

Pero pongámonos en el caso inverso, en el que los hechos no sean los mismos. En la casación 1374 Huaura, la Corte Suprema resolvió:

> […] que el accionante constituido en parte civil en el proceso penal seguido contra el demandado por la comisión del delito de estafa, tenía expedito su derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios, en tanto estos no derivaban del hecho punible, sino de hechos por los cuales el demandado no había sido juzgado[15].

Esta ejecutoria restringe la posibilidad de la demanda civil a hechos distintos de los que fueron materia del juzgamiento en sede penal.

3. Nuestra posición particular

En los casos tramitados en el juzgado a nuestro cargo, hemos optado por la solución de fijar un monto indemnizatorio, dejando constancia de que forma parte del mismo el fijado por la justicia penal, a fin de evitar situaciones de enriquecimiento indebido por parte de la víctima o agraviado en el proceso penal, disponiéndose que el cobro de la reparación civil fijada por el juez penal se realice en dicho proceso y el cobro de la diferencia en el proceso civil.

Esta opción es criticada por autores como Espinoza Espinoza, quien considera que «los jueces civiles se olvidan de la excepción de cosa juzgada (artículo 446.6 del Código Procesal Civil) cuando quien demanda por reparación civil ya la obtuvo en el proceso penal. El extraño fundamento, que parece iluminar a estos operadores jurídicos es el reducido *quantum* que imponen sus colegas penales, integrándolo al suyo»[16]. Más adelante agrega: «a) si el dañado se constituyó como parte civil en el proceso penal, carece de derecho para solicitar nuevamente una indemnización en un proceso civil. El principio que todo operador jurídico debe tener presente en esta situación es el de la cosa juzgada»[17].

Nosotros consideramos que no puede prosperar ninguna excepción de cosa juzgada cuando exista un proceso penal con sentencia condenatoria firme que imponga el pago de una reparación civil, porque nunca podría producirse la

---

[15] Citado por Palmareda (2003: 7).

[16] Espinoza Espinoza (2006: 77).

[17] Espinoza Espinoza (2006: 83).

triple identidad exigida por el artículo 425 del Código Procesal Civil[18], que es el presupuesto de hecho para su amparo. No habrá identidad de partes pues en el proceso penal interviene el Ministerio Público, que no interviene en el proceso civil. Tampoco existirá identidad de petitorio pues en el proceso civil se pretende el pago de una indemnización mientras que en el proceso penal se pretende acreditar la existencia o inexistencia de un delito y, eventualmente, la imposición de una pena. Tampoco existirá identidad de interés para obrar pues en el proceso civil se pretende el resarcimiento de un daño y en el proceso penal la eventual sanción para un delito o falta.

Además de que no se cumple el presupuesto de la triple identidad, advertimos que el presupuesto para que se dicte una sentencia con autoridad de cosa juzgada es la existencia de una pretensión que haya sido materia de una controversia y de la actividad probatoria de las partes. Si la víctima no participa en el proceso penal, ¿podemos decir honestamente que hubo debate probatorio sobre la existencia del daño y su resarcimiento? Si la víctima participa del proceso penal, ¿no es verdad que en la práctica, su defensa coadyuva a la acusación fiscal antes que a probar la existencia del daño y su cuantía? Y en ambos casos el juez penal fija el monto de la reparación civil.

Y no perdamos de vista que en la práctica nada impide al agraviado que no se constituyó en parte civil, cobrar el importe de la reparación civil que hubiese consignado el condenado, con lo cual la utilidad del criterio de la no constitución en parte civil en el proceso penal para poder demandar la indemnización en la vía civil se desvanece.

Otro dato de la vida real es que hay gran cantidad de procesos penales que concluyen por prescripción, lo que hace inevitable que el juez civil conozca una considerable cantidad de procesos por indemnización.

Tampoco podemos dejar de hacer mención al ejercicio forense. Todas las energías de la defensa de la víctima se destinan a probar la conducta del agente, la existencia del daño, del nexo causal y del factor de atribución, dejando de lado los elementos necesarios para fijar el *quantum* indemnizatorio.

Bullard González grafica los problemas de la actividad probatoria:

> Cuando uno va a los exámenes de grado de un expediente judicial de daños y perjuicios (normalmente un accidente de tránsito) la prueba es pobrísima, es paupérrima; la única prueba relevante parece ser un atestado policial con conclusiones ambiguas. Ello porque la policía también es pobre en este país. Para poder hacer una investigación bien hecha se requiere recursos, tecnología y capacitación que no tienen al alcance. Entonces los atestados policiales son

[18] Código Procesal Civil, artículo 452: procesos idénticos. Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

> pobres adicionalmente. Las partes no tienen recursos para hacer sus propios peritajes, y saber cómo fue el accidente[19].

Pero hay que reconocer también que muy poco se argumenta y se aporta material probatorio respecto de la cuantía del daño. En responsabilidad contractual el artículo 1331 del Código Civil prescribe que «la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso», y a renglón seguido, el artículo 1332 del Código acotado, señala que «si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

El legislador del Código de 1984 se olvidó de consignar una norma similar en el libro de responsabilidad extracontractual, que rige los casos típicos, que en la vía civil tienen conexión con los procesos penales derivados de delitos y faltas. No obstante la omisión del legislador consideramos que tal regla es aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual.

Tampoco podemos dejar de reconocer que los jueces tenemos problemas para fijar el monto de la indemnización, más aún cuando las partes no han aportado medios probatorios para el efecto. Fijar una indemnización no es tan sencillo como repartir bombones, como parecen entender algunos abogados y litigantes.

La arbitrariedad es la antítesis del debido proceso. ¿Estamos los jueces motivando los montos indemnizatorios con referentes objetivos o ello se deja totalmente librado a nuestra subjetividad? Tras el mal llamado criterio —o prudente arbitrio, o sano juicio, o valoración equitativa, etcétera— surgen las sombras de la arbitrariedad y, por qué no decirlo, de la corrupción.

Teniendo en cuenta que para Weber la progresiva racionalización del derecho en la civilización occidental, que corre paralela a la racionalización de la economía (economía de mercado), debemos tener cuidado con la justicia del cadí, que es el fruto de la irracionalidad sustantiva o en palabras de Weber, del derecho irracional desde el punto de vista material, «cuando las decisiones son adoptadas sobre la base de valoraciones muy concretas del caso individual, ya sean de carácter ético, emotivo o político y no de normas generales; en tal caso la decisión es difícilmente previsible»[20]. Si se pretende la ansiada predictibilidad de los fallos judiciales, la Corte Suprema es la llamada por ley a crear la doctrina jurisprudencial[21]. En la

---

[19] Bullard. En http://www.hechosdelajusticia.org/N007/responsabilidad%20civil.htm.

[20] Trinidad Martín. En http://www-derecho.unex.es/biblioteca/tesina1.htm

[21] Código Procesal Civil. Artículo 400. Doctrina jurisprudencial: cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los

medida que lo permite nuestras recargadas labores, los jueces de las instancias inferiores estamos tratando de poner nuestro granito de arena.

Como bien anota la Corte Suprema en la casación 1139-98 Lima, «la reparación civil es un instituto de naturaleza jurídico-civil, y el hecho de que se halle legislada en el Código Penal responde básicamente a una opción de economía procesal». Convenimos con el supremo tribunal en que la reparación civil es una institución del derecho civil. Pero no vemos por ningún lado la economía procesal ante tanta dualidad de procesos.

Estamos totalmente convencidos de que el derecho no solo es bueno para teorizar, sino para resolver los problemas prácticos de la vida diaria. Entre las causas más frecuentes que conocemos los jueces especializados en la civil están las de indemnización por responsabilidad extracontractual. Muchas de ellas tienen relación con accidentes de tránsito, que fueron materia de un juicio por faltas ante un juzgado de paz, o bien de una instrucción por homicidio culposo, lesiones leves, o lesiones graves en un juzgado penal.

El SOAT[22] ha resultado insuficiente para reducir la carga procesal de los juzgados. Si los costos de las atenciones médicas y de las medicinas no fueran tan elevados, de pronto con los montos cubiertos por la aseguradora las víctimas recibirían mejor atención, y de pronto se reduciría la cantidad de procesos. No obstante, creo que es un paso hacia la difusión social del riesgo, preconizada desde hace algún tiempo por de Trazegnies[23].

Pensamos que este problema práctico no ha de ser soslayado más por los legisladores de los códigos civil y penal. Consideramos que tiene que existir una salida creativa que impida la dualidad innecesaria de procesos para discutir un mismo conflicto, difiriendo en el tiempo la solución final y vulnerando el derecho de los justiciables a que sus causas sean resueltas en un plazo razonable.

---

vocales en sala plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio. El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad. Sobre el primer pleno casatorio, puede consultarse Abanto, en http://www.justiciayderecho.org/articulos/cronica.pdf.

[22] Ley general de transporte y tránsito terrestre. Artículo 30. Decreto supremo 024-2002-MTC, Texto único ordenado del reglamento nacional de responsabilidad civil y seguros obligatorios por accidentes de tránsito.

[23] De Trazegnies (1989: 159-181).

Tampoco perdamos de vista el camino alternativo de la conciliación extrajudicial[24], ni del arbitraje[25], ni del 'principio de oportunidad'[26].

Pasando de un extremo al otro, el legislador, de buena fe, ha querido siempre evitar al justiciable el largo y sinuoso camino del proceso judicial. Un primer intento fue plantear la pretensión indemnizatoria «accesoria».

2. La pretensión indemnizatoria como pretensión accesoria en la ley 23506

La posición del legislador

El artículo 11 de la ley 23506 de hábeas corpus y amparo —norma anterior al vigente Código Procesal Constitucional— establecía:

---

[24] Ley 26872. Artículo 9. «[…] No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme». Disposición modificada por el artículo segundo de la ley 27398, publicada el 13.01.01.

[25] Ley 26572. Artículo 1. «Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas referidas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto: […] 3. Las que interesan al orden público, o las que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

[26] Código Procesal Penal (decreto legislativo 638) Artículo 2. «El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada. 2) cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. 3) cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o en su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por notario no será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del 'principio de oportunidad'. Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días. En los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 12, 185 y 190 del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal formalizará la denuncia correspondiente».

> Artículo 11. Si al concluir los procedimientos de hábeas corpus y amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente.
>
> Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la de destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasado dos años de cumplida la condena principal. Se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado.
>
> El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de los hechos de la responsabilidad y de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 183 de la Constitución se dará cuenta de inmediato a la cámara de diputados para los fines consiguientes.

Borea Odría consideraba que:

> […] el pago de la indemnización que deberá hacer la autoridad o la persona agresora es también consecuencia necesaria de aceptar la legalidad (sic) del acto inconstitucional. Por ejemplo, si se ha dañado la propiedad, es el funcionario que ordenó la realización del acto inconstitucional el que debe de pagarle los daños en que se ha incurrido. Esto es totalmente justo y no requiere mayor comentario[27].

Era evidente que el legislador consideraba a la pretensión indemnizatoria como una pretensión accesoria de la principal que era la de restitución de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional[28].

La posición del Tribunal Constitucional

No obstante el texto expreso y claro de la ley 23506, la indemnización como pretensión accesoria no tuvo aplicación en la práctica.

1. El amparo no es la vía idónea para tramitar una pretensión indemnizatoria. La vía idónea es la vía ordinaria.

El Tribunal Constitucional tuvo una posición bien definida, advirtiendo que el amparo no era la vía idónea para ello y que la pretensión indemnizatoria debía tramitarse en la vía ordinaria.

En la sentencia de fecha 17 de setiembre de 1997, recaída en el expediente 510-1996-AA/TC, el Tribunal Constitucional consideró: «Que, respecto al extremo relacionado al pago de la indemnización por daños y perjuicios, no siendo

[27] Borea (1997: 64).

[28] Ley 23506, artículo 1. El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

pertinente dilucidarse en la presente acción de garantía, procede que el actor lo ejercite en la vía correspondiente»[29].

En la sentencia de fecha 23 de octubre de 1998, recaída en el expediente 259-98-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «7. Que, la vía del amparo no es la pertinente para la reclamación del pago de sumas de dinero por […] daños y perjuicios supuestamente ocasionados por la imposición de topes a las pensiones de los demandantes»[30].

En la sentencia de fecha 21 de mayo de 2002, recaída en el expediente 1292-99-AA/TC el Tribunal Constitucional señaló que: «5. Atendiendo a la naturaleza de las acciones de garantía, esta no constituye la vía adecuada para reclamar el pago de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados»[31].

En la sentencia de fecha 21 de octubre de 2002, recaída en el expediente 565-00-AA/TC, el Tribunal Constitucional consideró que: «5. Teniendo la reclamación del pago de las remuneraciones dejadas de percibir naturaleza indemnizatoria y no, obviamente, restitutoria, no es esta la vía en la que corresponda atenderla, debiendo dejarse a salvo el derecho del recurrente para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda. Por lo mismo, la pretensión de que se fije una indemnización por los daños y perjuicios causados por la emplazada, tampoco resulta atendible mediante la presente acción de garantía»[32].

En la sentencia de fecha 21 de octubre de 2002, recaída en el expediente 1122-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «5. Finalmente, en cuanto al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados, no siendo el amparo la vía idónea para solicitarlo, corresponde dejar a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía ordinaria»[33].

En la sentencia de fecha 20 de abril de 2004, recaída en el expediente 3109-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «4. Que, aunque en el pasado se han dado casos en los que se ha planteado recursos extraordinarios contra sentencias estimatorias en el entendido de que lo resuelto en sede judicial, no representaba lo que se solicitó mediante la demanda respectiva, en el presente caso, no se trata de dicho supuesto ni de alguno semejante, pues queda claro, conforme se aprecia del recurso presentado, que el recurrente esta de acuerdo con el tema de fondo, más no así con lo que se ha resuelto en torno de determinados aspectos incidentales. Sobre este particular y considerando que tales aspectos

---

[29] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00510-1996-AA.html>

[30] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00259-1998-AA.html>

[31] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01292-1999-AA.html>

[32] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00565-2000-AA.html>

[33] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01122-2003-AA.html>

no representan la decisión de fondo y por tanto no alteran en nada el resultado estimatorio alcanzado ya por el demandante, este colegiado considera inviable la articulación propuesta mediante el presente recurso, lo que naturalmente no significa que no tenga derecho, si lo estima pertinente, de acudir a la vía judicial ordinaria, utilizando las vías procesales destinadas a la determinación de responsabilidades de tipo penal o a una indemnización por los daños y perjuicios presuntamente ocasionados en su agravio»[34].

En la sentencia de fecha 28 de abril de 2004, recaída en el expediente 683-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «7. […] teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de amparo, esta no resulta ser la vía idónea para solicitar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados, dejándose a salvo el derecho de la recurrente para hacerlo valer en la vía correspondiente»[35].

En la sentencia de fecha 20 de mayo de 2004, recaída en el expediente 1046-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «5. La pretensión de que se haga efectivo el pago de las remuneraciones dejadas de percibir tiene carácter indemnizatorio y no restitutorio, no resultando idónea, para atender tal reclamo, la acción de amparo»[36].

Sobre este punto, merece destacarse la sentencia de fecha 17 de abril de 1998, recaída en el expediente 012-95-AA/TC, en los seguidos por Rubén Toribio Muñoz Hermoza. El Tribunal Constitucional, reconociendo que la pretensión indemnizatoria requería de actividad probatoria, consideró que: «13. Que, por último, y en lo que se refiere a la indemnización por los daños y perjuicios que igualmente forma parte de la demanda y que en efecto, también fue reconocida por el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos, dicho extremo sin dejar de ser plenamente legítimo, no puede sin embargo ventilarse por la vía del amparo, sino por la vía judicial ordinaria, al requerir necesariamente para los efectos de su determinación de estación probatoria, que no puede brindar el amparo y menos aún en etapa de ejecución de sentencia. El demandante, en ese rubro, mantiene, entonces expedito su derecho para hacerlo valer en la vía correspondiente»[37].

a) Falta de idoneidad por ausencia de etapa probatoria

Ahora bien, la falta de idoneidad podía deberse a la ausencia de etapa probatoria. Así lo señaló el Tribunal Constitucional en varias ocasiones. Por solo citar dos casos:

---

[34] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03109-2003-AA%20Resolucion.html>

[35] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00683-2004-AA.html>

[36] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/1046-2004-AA.html>

[37] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0012-1995-AA.html>

En la sentencia de fecha 13 de mayo de 1999, recaída en el expediente 667-98-AA/TC el Tribunal Constitucional señaló que: «6. Que, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción de amparo, esta no resulta ser la vía idónea para solicitar el pago de […] los daños y perjuicios, más aún cuando este proceso constitucional no cuenta con etapa probatoria»[38].

En la sentencia de fecha 12 de mayo de 2004, recaída en el expediente 485-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «3. Que, en el caso de autos, existen tres pretensiones acumuladas y una alternativa; sin embargo, se aprecia que se trata de pretensiones de naturaleza civil, para lo cual las recurrentes tienen expedita la vía judicial ordinaria —pago del justiprecio e indemnización por daños y perjuicios— y, en todo caso, son hechos controvertidos materia de prueba, siendo de aplicación lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 25398»[39].

b) El objeto del amparo es la protección de derechos constitucionales

En otros casos el Tribunal Constitucional consideró que el objeto del amparo era la protección de derechos fundamentales.

En la sentencia de fecha 13 de junio de 1997, recaída en el expediente 8-1997-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «Que, por último, el extremo de la demanda en el que se pide una indemnización por los daños económicos y morales al demandante, sin dejar de ser legítimo, no es empero procedente por la vía del amparo al no ser ese su objetivo sino únicamente el de la protección de los derechos constitucionales, motivo por el que el citado petitorio deberá ventilarse en la vía correspondiente»[40].

En la sentencia de fecha 17 de marzo de 1999, recaída en el expediente 428-98-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «4. Que, a mayor abundamiento, de acuerdo al artículo 1 de la ley 23506, el objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, por lo que la acción de amparo no es la vía pertinente para requerir el pago de una indemnización»[41].

En la sentencia de fecha 17 de marzo de 1999, recaída en el expediente 428-98-AA/TC el Tribunal Constitucional señaló que: «7. Respecto al pago de una indemnización por daños y perjuicios, el Tribunal Constitucional no puede

[38] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0667-1998-AA.html>

[39] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00485-2004-AA.html>

[40] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00008-1997-AA.html>

[41] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0428-1998-AA%20Resolucion.html>

pronunciarse por no ser tal reclamación de naturaleza constitucional; y no ser, por la misma razón, esta la vía pertinente»[42].

En la sentencia de fecha 5 de marzo de 2004, recaída en el expediente 0305-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: «6. En el caso de autos, es incuestionable que el demandante recurrió a la acción de amparo para solicitar el pago de una indemnización por daños y perjuicios cuando este proceso de garantía solamente procede para la protección de derechos constitucionales que nacen directamente de la carta política y que afectan los valores fundamentales de toda persona, los que deben interpretarse dentro de dicho contexto, de los instrumentos internacionales ratificados por el Perú y los principios generales del derecho, principalmente, aquellos que inspiran al derecho peruano»[43].

Sobre el particular, mención aparte merece la sentencia de fecha 13 de julio de 2000, recaída en el expediente 1277-99-AC/TC, en los seguidos por Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros. El Tribunal Constitucional, reconociendo que la pretensión indemnizatoria no es de naturaleza constitucional sino civil y por ende competencia de la justicia ordinaria consideró: «13. Que, en cuarto y último lugar resulta necesario para este tribunal, el precisar los alcances del mandato contenido en el artículo 14 inciso 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A este respecto, y aun cuando los demandantes no han precisado los términos en los que se estaría exigiendo el cumplimiento del dispositivo internacional que invocan, es imprescindible, para efectos jurídicos y de consecuencia práctica, el que ello se realice, pues la pretensión de fondo si bien estriba en el reconocimiento de un derecho, en este caso indemnizatorio, esta debe articularse al mismo tiempo con el carácter esencialmente personalísimo que toda indemnización supone, como por lo demás lo reconoce no solo el antes citado instrumento internacional, sino la propia Constitución peruana.[…] 14. Que, en efecto, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la propia Constitución política del Estado, si bien reconocen el derecho a la indemnización en los términos aquí expuestos, al mismo tiempo habilitan su procedencia de conformidad con la ley (cuando […] el condenado haya sido indultado por haberse producido […] error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a ley […]», dice el primero, «la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales […]», dice la segunda). Tal situación, aunque por supuesto, no puede ni debe entenderse como aplicabilidad restringida ni como la cuestionable concepción de las normas programáticas carentes de efectividad,

[42] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03317-2003-AA.html>

[43] En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00305-2004-AA.html>

que obviamente este tribunal no pretende ahora hacer suya, sí debe entenderse, en cambio, como la necesaria compatibilización entre un reclamo indemnizatorio justo y los alcances y límites dentro de los cuales tal indemnización ha de proceder. 15. Que, bajo el marco descrito, resulta evidente que las responsabilidades de este tribunal para casos como el presente, se limitan al reconocimiento del atributo que se le reclama. Sobre tal supuesto, ya se dijo, la respuesta solo puede ser una: tienen los demandantes el derecho que invocan. Pero si los términos de la indemnización para cada uno de los afectados, es una tarea virtualmente librada a lo que la ley disponga, es un hecho que al efecto deben promoverse procesos por los mismos interesados con el objeto de que les pueda resarcir del daño inobjetablemente ocasionado. Si por el contrario este mismo tribunal, se permitiera por ante sí, disponer la ejecución inmediata de la indemnización a favor de los demandantes, no solo incurriría en la misma arbitrariedad de la que con justicia reclaman los demandantes, sino que inobjetablemente invadiría competencias que le están vedadas y que a fin de cuentas solo le pueden corresponder a los jueces de la jurisdicción ordinaria, tras sendos procesos indemnizatorios motivados en la comisión de explícitos errores judiciales. 16. Que, la mejor demostración de que son esos procesos indemnizatorios, y no la jurisdicción constitucional, la encargada de materializar el mandato contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estriba en el hecho elemental de que no todas las indemnizaciones de los demandantes han de responder o han de producirse en los mismos términos o dentro de los mismos alcances. Por ejemplo, no es lo mismo haber sufrido carcelería por unos meses, que haberla sufrido por varios años, tampoco es lo mismo haber perdido el trabajo, la propiedad, la familia o incluso la salud, que haber logrado la libertad en condiciones más o menos similares a las que se tuvo antes de la condena, etcétera. Dicho en otros términos, y si bien, no cabe duda, que la indemnización ha de proceder para todas las personas injustamente condenadas y luego indultadas tras la presencia de errores judiciales, los límites de la misma no han de operar de forma exactamente igual para todos los casos. Esa es justamente la razón por la que ninguno de los demandantes ha acompañado al expediente constitucional una relación detallada de todos los perjuicios que les ocasionó el ser injustamente condenados. El Tribunal Constitucional, no puede, ni tampoco podría de haberse así procedido, pronunciarse sobre dichos extremos, pues su función no tiene alcances civiles ni penales, sino exclusivamente constitucionales. 17. Que por consiguiente, y asumiendo que el derecho a la indemnización es perfectamente invocable por los demandantes de la presente causa, a estos les queda promover de inmediato y a título individual, dado el carácter personalísimo de las demandas indemnizatorias, los procesos destinados a resarcirse de

los perjuicios de los que hayan podido ser pasibles y que precisamente dieron motivo al indulto razonado o especial del que fueron objeto»[44].

En la misma línea, en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2005, recaída en el expediente 0091-2004-AA/TC, en los seguidos por Fidel Esteban Reynoso Martínez, el Tribunal Constitucional precisó que la estimación de una demanda no presupone la existencia de responsabilidad civil por parte de la emplazada, pretensión que debía discutirse en la vía arbitral conforme a lo pactado por las partes: «12. Conviene señalar que el hecho de que se expida una sentencia estimatoria no implica, en modo alguno, que este colegiado haya determinado que la demandada, al haber instalado la estación base de telecomunicaciones y la torre digital, sea la responsable de los daños ocasionados al inmueble de propiedad del actor, pues, como ha quedado dicho, dicha discusión, como todas las controversias de orden contractual, corresponde dilucidarse en la vía arbitral a la que las propias partes se han sometido. Es necesario enfatizar que la Constitución le ha encomendado a este Tribunal y a todos los jueces del amparo una tarea en extremo delicada: la de tutelar los derechos constitucionales, y, con ello, proteger a la población de amenazas contra su seguridad; razones, todas, por las que ordena el retiro de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital»[45].

Solo en un caso el Tribunal Constitucional consideró que los daños y perjuicios no se habían acreditado y que no existía disposición legal que así lo establezca[46]. En la sentencia de fecha 23 de octubre de 1996, recaída en el expediente 479-96-AA/TC, el Tribunal Constitucional consideró: «Que, el accionante pide en su escrito de demanda ser indemnizado por los daños y perjuicios, que él afirma le ocasionaron, solicitando le sea pagada una cantidad equivalente al doble de lo que se pretendió que le pagase por la vía coactiva, no habiendo justificado esos cargos ni existiendo disposición legal que así lo establezca».

En otro caso excepcional en Tribunal Constitucional fijó el pago de una indemnización. En la sentencia de fecha 24 de marzo de 2004, recaída en el expediente 0858-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional consideró que: «24. Finalmente, dadas las circunstancias especiales en las que se ha desarrollado el caso, el Tribunal Constitucional considera que debe aplicarse el artículo 11 de la ley 23506, en el extremo que dispone que, al concluir el proceso, se debe condenar a los responsables al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado»[47].

---

[44] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/01277-1999-AC.html>

[45] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00091-2004-AA.html>

[46] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00479-1996-AA.html>

[47] En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>

Salvo este caso aislado, que sería la excepción que confirma la regla, la pretensión indemnizatoria accesoria en el proceso de amparo no tuvo aplicación práctica durante la vigencia de la ley 23506.

Por ello el código procesal no la retoma en el artículo 8 relativo a la responsabilidad del agresor[48]. Curiosamente retoma el tema de la reparación indemnizatoria en el artículo 16 relativo a la extinción de la medida cautelar, como veremos más adelante.

3. La pretensión indemnizatoria en vía de acción por ejercicio irregular del derecho de acción

El Código Procesal Civil ha previsto la pretensión indemnizatoria en vía de acción en los casos de ejercicio irregular del derecho de acción. El artículo 4 del Código acotado prescribe: «Artículo 4. Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado».

Pese a los catorce años de vigencia del Código Procesal Civil, aún es frecuente que se reconvenga una indemnización por el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción contra cualquier demanda.

Aquí nos parece correcto que el Código Procesal Civil establezca la autonomía de la pretensión indemnizatoria, y que propicie que en un debido proceso se discuta la pretensión indemnizatoria del demandado vencedor del proceso terminado.

Sin embargo, el legislador del referido código no ha sido muy coherente, pues también permite el trámite de la pretensión indemnizatoria acumulada a la pretensión interdictal, sin audiencia de la contraparte en los casos de llamamiento

[48] Código Procesal Constitucional. Artículo 8. Responsabilidad del agresor. Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al fiscal penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el juez así lo considera. Tratándose de autoridad o funcionario público, el juez penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo. El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99 de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la comisión permanente para los fines consiguientes.

posesorio y de connivencia entre el demandado y el tercerista, y en vía incidental en los casos en que se desestime la demanda que contó con una medida cautelar.

4. La pretensión indemnizatoria acumulada a la pretensión interdictal

El artículo 602 del Código Procesal Civil prescribe: «Artículo 602. Acumulación de pretensiones. Se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdictal, las pretensiones de pago de frutos y la indemnización por los daños y perjuicios causados».

Nos llama la atención que pueda acumularse a una pretensión interdictal una pretensión indemnizatoria. Los interdictos se tramitan como proceso sumarísimo, y en este se restringe el contradictorio. Por lo tanto, una pretensión indemnizatoria que es autónoma no debiera tramitarse en dicha vía procedimental. El amparo de la pretensión interdictal no conllevará que se ampare la pretensión indemnizatoria, pues para ello deberá acreditarse la existencia de daños y perjuicios, lo que no será fácil en un proceso en el que el plazo para contestar es brevísimo (cinco días) las cuestiones probatorias deben formularse en la audiencia y acreditarse con medios probatorios de actuación inmediata y no procede el ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos. ¿Podría motivarse adecuadamente una sentencia que resuelva una pretensión indemnizatoria dictándola en plena audiencia, apenas terminada la actuación de los medios probatorios?

Por otro lado teniendo en cuenta que los interdictos se tramitan en la vía procedimental del proceso sumarísimo[49], solamente se pueden conocer aquellos procesos cuya estimación patrimonial no supere las cien unidades de referencia procesal, por tanto los montos reclamados como indemnización no podrían superar los treinta y cuatro mil quinientos nuevos soles[50], de lo contrario no podrían ser tramitados en la misma vía procedimental contraviniendo lo previsto por el artículo 85 del Código Procesal Civil para la acumulación de pretensiones[51]. Con lo cual en la práctica las pretensiones indemnizatorias por monto mayor deberán tramitarse en un proceso aparte.

---

[49] Artículo 546. Procedencia. Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos […] 5. Interdictos.

[50] Resolución administrativa 009-2007-CE-PJ. Publicada en el diario oficial El Peruano el 09 de marzo de 2007. Determina la Unidad de Referencia Procesal (URP) en la suma de trescientos cuarenta y cinco y 00/100 nuevos soles (S/. 345.00) para el ejercicio gravable del año 2007.

[51] Artículo 85. Requisitos de la acumulación objetiva. Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas […] 3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

5. La pretensión indemnizatoria sin audiencia de la contraparte

El Código Procesal Civil ha establecido el trámite de las pretensiones indemnizatorias sin trámite alguno en los casos de llamamiento posesorio y de connivencia entre el demandado y el tercerista.

El llamamiento posesorio

> Artículo 105. Llamamiento posesorio. Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103.
>
> Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor.
>
> Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de este y del poseedor por él designado.
>
> Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.

Este es el caso del servidor de la posesión[52] que no informa al juzgado el nombre y domicilio del poseedor. En tal supuesto, puede ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que cause al demandante. Nuevamente el legislador del Código Procesal Civil menosprecia la autonomía de la pretensión indemnizatoria, con el agravante de disponer el pago de la indemnización sin que el servidor de la posesión haya podido ejercer su derecho de defensa.

La connivencia entre tercerista y demandado

> Artículo 538. Connivencia y malicia. Si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el juez remitirá al

[52] Código Civil. Artículo 897. No es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

> Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.
>
> Las mismas sanciones se les impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar.

La norma citada el supuesto del acuerdo entre tercerista y demandado para interponer una demanda de tercería, en perjuicio del demandante, en el cual el juez puede condenar a los primeros al pago de una indemnización a favor del demandante. Nuevamente la economía y celeridad procesales sacrifican el derecho al debido proceso del tercerista y del demandado.

Basta leer el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[53].

6. La pretensión indemnizatoria en la vía incidental

El Código Procesal Civil ha establecido la indemnización en vía incidental en el caso de desestimación de una demanda que hubiese sido amparada por una medida cautelar. El Código Procesal Constitucional también la establece en este último caso.

En el Código Procesal Civil

El artículo 621 del Código Procesal Civil prescribe:

> Artículo 621. Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.
>
> La indemnización será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.
>
> La resolución que decida la fijación de costas, costos y multas es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

---

[53] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías judiciales. 1). Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Sobre los alcances del derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse Huerta Guerrero en <http://www.cajpe.org.pe/rij/index.htm>, y Loayza Tamayo en <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N009/debido%20proceso.htm>

Comentando esta última norma, Hinostroza Mínguez señala que:

> La multa y la indemnización que correspondan serán fijadas por el juez del proceso principal (y no en proceso aparte) en atención al mayor o menor sustento que pudo haber tenido el pedido cautelar (que en algo tuvo que fundarse para haber sido admitido por el juez), el daño irrogado al afectado, y a la actitud culposa o dolosa del peticionante, (según haya ignorado o conocido la carencia de su derecho). Como bien dice Moretti: «[…] Cuando se declara que no existe la pretensión hecha valer en el proceso principal, el grado de responsabilidad debe medirse por el dolo o culpa, cuando se declara que era infundado el riesgo o peligro, la responsabilidad debe ser más intensa y regularse por el concepto de la prudencia normal»[54].

En el Código Procesal Constitucional

El artículo 16 del Código Procesal Constitucional prescribe:

> Artículo 16. Extinción de la medida cautelar. La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.
>
> Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.
>
> Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. El sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.
>
> La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.
>
> En lo que respecta al pago de costas y costos se estará a lo dispuesto por el artículo 56.

En un estudio introductorio, los autores del referido código señalan que:

> Si la resolución firme, en cambio, no ampara la demanda el demandante deberá ser condenado al pago de costas y costos por el procedimiento cautelar, e inclusive a un incidente de responsabilidad que promueva el afectado; el amparo de esta

[54] Hinostroza Mínguez (2004: 1219); Moretti (1962: 678).

> reparación es independiente del pago de costas y costos, pudiendo inclusive el juez de ejecución condenarlo a una multa[55].

Mesía Ramírez comenta que:

> El sujeto afectado con la medida cautelar puede adicionalmente, como dice el código, «promover la declaración de responsabilidad» procediéndose a la liquidación y ejecución de los daños […]. No queda claro si debe promoverse ante el mismo juez constitucional a manera de incidente, o si es el juez civil quien deberá resolverlo. Los autores del código lo entienden como un incidente, al igual que las costas y costos, pero la jurisprudencia podría, haciendo una interpretación diferente reconducirlo a la vía civil[56].

Mesía resalta que los autores del código tuvieron el propósito de tramitar la pretensión indemnizatoria en vía incidental, pero sin duda retomando la experiencia de la pretensión indemnizatoria accesoria en el amparo en el diseño de la ley 23506, los jueces ordinarios podrían al igual que el Tribunal Constitucional interpretar que la pretensión debía conocerse en la vía ordinaria. Máxime, si en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional no se recoge el tenor del artículo 11 de la ley de hábeas corpus y amparo.

Sin tener en cuenta la experiencia de la pretensión indemnizatoria accesoria, el legislador de los códigos procesal civil y procesal constitucional introdujo la indemnización en vía incidental para el caso de desestimación de una demanda que hubiese sido amparada por una medida cautelar.

Un paralelo entre las regulaciones del Código Procesal Civil y el Código Procesal Constitucional

El Código Procesal Civil se refiere a una demanda infundada cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar. El Código Procesal Constitucional presupone una resolución que no reconoce el derecho reclamado por el demandante, lo que comprende también a las demandas improcedentes.

En el Código Procesal Civil se establece que el titular de la medida a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En el Código Procesal Constitucional el afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños.

En el Código Procesal Civil se establece un trámite incidental, previo traslado por tres días. En el Código Procesal Constitucional no se establece plazo alguno.

---

[55] Abad Yupanqui (2005: 51).

[56] Mesía Ramírez (2004: 164).

En ambos códigos la resolución que establece la reparación indemnizatoria es apelable con efecto suspensivo.

¿Cuáles son las razones que podrían justificar que el juez fije una indemnización en vía incidental? Evidentemente, el legislador pretende evitar al agraviado que tenga que iniciar un proceso para que se fije el monto de una indemnización. La razón sería de celeridad y de economía procesal. Pero si esta fue la lógica del legislador ¿Por qué la pretensión indemnizatoria por ejercicio irregular del derecho de acción debe hacerse valer en vía de acción, como hemos visto líneas arriba? De ser coherente, el legislador del Código Procesal Civil también hubiese establecido su tramitación incidental.

Críticas

Es evidente que la pretensión indemnizatoria es una pretensión autónoma de probanza compleja. Requiere de una intensa actividad probatoria para acreditar la existencia de los daños, la conducta del agente, de un factor de atribución, de un nexo causal entre la conducta del agente y el daño causado. Amén de la cuantía de la indemnización. Fijar el *quantum* indemnizatorio es un tema complejo. El daño moral o inmaterial entraña toda una problemática[57]. En cuanto al daño a la persona, es muy difícil actuar pericias médicas. Ni siquiera el registro de peritos judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima cuenta con peritos médicos. Debe recurrirse a los listados de médicos legistas o de especialistas que proporciona el Colegio Médico del Perú. Los primeros son muy difíciles de localizar y si llegan a emitir su dictamen, es muy difícil lograr su concurrencia a la audiencia de pruebas. Los últimos, una vez nombrados, se excusan, inventando mil y un pretextos, generando dilación en el trámite del expediente.

Si en un proceso de cognición los jueces civiles tienen problemas con la motivación de sus sentencias, imaginemos el problema que tienen los jueces penales para fijar las reparaciones civiles. Por otro lado, pretender que un juez fije una indemnización con el solo pedido del afectado con una medida cautelar y la absolución del traslado por el solicitante de la misma, o sin ella, en el plazo para dictar un auto, es una tarea que debería realizarse en el plazo existente para dictar una sentencia que resuelva una pretensión indemnizatoria, en un proceso de conocimiento o abreviado.

Dicha pretensión debe ser conocida en un proceso autónomo. Tramitarla en una vía incidental implica afectar el derecho al debido proceso. En una vía

[57] Jiménez Vargas-Machuca en http://www.bahaidream.com/lapluma/derecho/revista007/dano%20moral.htm

incidental las partes no podrán exponer todos los hechos ni ofrecer todos los medios probatorios suficientes, ni habrá un contradictorio pleno. No podrá haber cuestiones probatorias.

Ni siquiera podrían hacerlo en el trámite del proceso constitucional, en el que el debate gira en torno a la probanza de la violación o amenaza de un derecho fundamental y no sobre los daños y perjuicios que se pudiera haber ocasionado. Entonces, resulta un contrasentido pretender discutir y probar en ejecución de sentencia lo que no se pudo discutir y probar durante el trámite del proceso.

Las normas bajo comento no solo son inconvenientes para una recta administración de justicia, sino que su constitucionalidad es dudosa.

El Tribunal Constitucional ha abundado en razones para declarar la improcedencia de las pretensiones indemnizatorias en los procesos de amparo, tratándose de los daños y perjuicios causados al demandante vencedor, como hemos visto líneas arriba.

Muchas veces la desestimación de la demanda de indemnización no se debe a la falta de derecho del actor sino al defectuoso planteamiento de la misma por parte del abogado[58].

Por ello nos sorprende la insistencia del legislador del Código Procesal Constitucional, siguiendo la línea del legislador del Código Procesal Civil, en establecer la fijación del *quantum* indemnizatorio en vía incidental para los demandados vencedores que sufrieron la ejecución de una medida cautelar, sin tener en cuenta que la pretensión indemnizatoria accesoria nunca tuvo aplicación práctica en la jurisprudencia constitucional.

Estos desajustes no le hacen bien a los justiciables. En cinco años de ejercicio de la judicatura solo hemos tramitado y resuelto un pedido de indemnización en vía incidental.

Consideramos que las normas del artículo 621 del Código Procesal Civil y 16 del Código Procesal Constitucional en cuanto permiten la fijación de una indemnización en vía incidental, sin dar a las partes las garantías de un debido proceso son manifiestamente inconstitucionales.

Basta leer el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[59].

---

[58] Espinoza Espinoza en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/jul03/boletin30-07.htm#Indice_Gen>, y (2006: 84).

[59] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías judiciales. […] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; comunicación

Conclusiones

1. Es inconveniente que los jueces penales fijen el monto de la reparación civil derivada de la comisión delitos y faltas, y que en paralelo los jueces civiles hagan lo mismo al tramitar pretensiones indemnizatorias que versen sobre los mismos hechos. Tal atribución debería ser exclusiva de la justicia civil por razones de especialidad.
2. La pretensión indemnizatoria es una pretensión autónoma y de probanza compleja, que debe ser tramitada en un debido proceso. Es inconveniente la tramitación de la pretensión indemnizatoria acumulada a la pretensión interdictal, sin oír a la parte contraria, y en la vía incidental. El legislador debería suprimir dichas atribuciones jurisdiccionales y disponer el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias en vía de acción.

Terminamos estas líneas con unas palabras de de Trazegnies[60]:

> En realidad, el derecho no es lo que dice el código sino lo que se hace con el código: las normas no son sino materiales de construcción que tienen que ser ensamblados y que reciben su forma definitiva con la interpretación. Por consiguiente, en materia de responsabilidad extracontractual, el código se presenta como un desafío abierto a la imaginación jurídica, como una cantera de donde se pueden extraer diversos tipos de piedras para ser utilizadas en distintos tipos de construcciones: de todos nosotros, que tenemos que usar ese código, depende que las construcciones sean adecuadas.

Complementando lo dicho por el maestro, es necesario un compromiso serio de los académicos en la difusión del derecho de daños, de los abogados en la redacción de sus demandas, con especial énfasis en la narración de los hechos y el ofertorio de pruebas, de los legisladores con una mejor regulación y de la magistratura para resolver las causas con la debida motivación, para así crear una doctrina jurisprudencial predecible y que brinde seguridad jurídica, impidiendo el abuso de las víctimas y de los autores del daño. Es una exigencia que nos imponen estos «tiempos de cambio».

---

previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

[60] De Trazegnies Granda en http://www.asesor.com.pe/teleley/trazegnies.htm.

Bibliografía

Abad Yupanqui, Samuel y otros
2005 *Código Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Abanto Torres, Jaime David
1997 «Primer Pleno Casatorio en materia civil en el Perú». En <http://www.justiciayderecho.org/articulos/cronica.pdf>

Borea Odría, Alberto
1997 *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de Hoy*. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

Bullard González, Alfredo
s/f *Responsabilidad Civil y Subdesarrollo*. En <http://www.hechosdelajusticia.org/N007/responsabilidad%20civil.htm>

Pajares Bazán, Sara Angélica
s/f «La Reparación Civil en el Perú». En *Revista Jurídica del Perú*, número 152.

De Trazegnies Granda, Fernando
1989 «La Responsabilidad Extracontractual». En *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, volumen. IV, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
s/f «El Código Civil y la Teoría Jurídica del Accidente». En <http://www.asesor.com.pe/teleley/trazegnies.htm>

Espinoza Espinoza, Juan
2006 «¿Cómo elaborar una demanda de indemnización por daños?» En: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/jul03/boletin30-07.htm#Indice_Gen>, y «Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano», en *Diálogo con la jurisprudencia*, número 92, Lima: Gaceta Jurídica, mayo 2006.

Hinostroza Mínguez, Alberto
2004 *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Huerta Guerrero, Luis Alberto
s/f «El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)», con la colaboración de Luis Enrique Aguilar Cardoso. En <http://www.cajpe.org.pe/rij/index.htm>

Jimenez Vargas-Machuca, Roxana
s/f «Resarcimiento del daño moral». En <http://www.bahaidream.com/lapluma/derecho/revista007/dano%20moral.htm>

Loayza Tamayo, Carolina
s/f «El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana». En <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N009/debido%20proceso.htm>

Pajares Bazán, Sara Angélica
s/f «La Reparación Civil en el Perú». *Revista Jurídica del Perú*. Número 1 52.

Palmareda Romero, Doris
2003 «Abogados Legal Report». Año 1, número 5, Lima: Gaceta Jurídica. Mayo.

Mesia Ramirez, Carlos
2004 Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

Trinidad Martín, Manuel
s/f «¿Cómo elaborar una tesis doctoral en Derecho?». En http://www-derecho.unex.es/biblioteca/tesina1.htm

LA ANTESALA CONTRACTUAL: RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL*

*Jorge Avendaño V.**

A Fernando de Trazegnies, quien sabe de estos temas bastante más que yo.

1. Las tratativas y su carácter no obligatorio

El artículo 1362 del Código Civil señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. El término «negociarse» alude a la etapa de las tratativas, que pueden calificarse como los diálogos preliminares conducentes a la celebración del contrato y que por consiguiente se ubican en la etapa que precede a su perfeccionamiento.

Actualmente son pocos los contratos que se celebran con arreglo al esquema tradicional de la oferta y aceptación. En efecto, a la celebración de los contratos suele preceder una fase preparatoria (denominada «tratativas» o «pourparlers»), en la cual se produce un intercambio dinámico de propuestas que hacen difícil determinar con exactitud, en la mayoría de los casos, quién es el oferente y quién es el aceptante del negocio celebrado.

Las tratativas se producen normalmente cuando «[…] el contrato tiene notable importancia económica, o un contenido particularmente complejo. Las tratativas están dirigidas, esencialmente, a reconocer los puntos de divergencia, a buscar soluciones idóneas, a moderar las pretensiones contrapuestas, y a resolver el conflicto de los intereses contrapuestos[1].

---

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica. Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados. El autor ha contado con la colaboración de Luis Felipe del Risco Sotil, egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] Ferri (2004: 29).

Como puede apreciarse fácilmente, estos tratos previos forman una verdadera y muy corriente antesala de la contratación moderna, por lo que es clara su trascendencia en orden a la formación e interpretación del contrato.

Ahora bien, en cuanto a la obligatoriedad de las tratativas, Gete Alonso y Calera sostiene que «[…] De estos tratos preliminares no nace […] una verdadera y real relación jurídica, pues no existe aún una atribución de derechos y deberes entre las partes, sino una primera toma de contacto»[2].

Efectivamente, las tratativas no pueden ser obligatorias pues su esencia es la absoluta libertad de los llamados «tratantes» para intercambiar ideas, posiciones y proyectos, de manera que no son vinculantes para las eventuales partes. Los «tratantes» no pueden verse constreñidos a celebrar el contrato, ni aun respecto de los puntos sobre los que no existen discrepancias.

En este sentido, a medida que «[…] los intervinientes se van poniendo de acuerdo sobre los distintos puntos del contrato, pueden irlos volcando por escrito, dando nacimiento a lo que se conoce con el nombre de minuta *(punktation).* La minuta no pasa de ser la prueba de la existencia de tratativas, y no pierde ese carácter por el solo hecho de encontrarse firmada»[3].

Con similar criterio, Ferri advierte que:

> […] durante las tratativas, no son raras las veces en que los tratantes eligen fijar por escrito los puntos sobre los cuales se ha logrado concordancia, y predisponen una 'minuta' o 'fijación de puntos' eventualmente firmada: dicho documento puede cumplir funciones probatorias solo con respecto a la marcha y al tenor de la tratativa, pero no eficacia vinculante, porque la simple concordancia sobre puntos singulares no equivale a un acuerdo ni a un contrato[4].

En este orden de ideas, los documentos en que constan los acuerdos parciales adoptados durante la etapa de tratativas no tienen efecto vinculante para las partes, pues el consentimiento no se ha formado sobre el contrato en su integridad. Desde que las tratativas no son obligatorias, «[…] la negativa a contratar no importa sino el ejercicio de una prerrogativa jurídica»[5].

Ciertamente, los participantes en negociaciones o tratativas pueden decidir retirarse de ellas en ejercicio de su derecho a la libertad de contratar y a la libertad contractual, componentes elementales de la autonomía que rige la contratación privada. El primero de estos derechos significa que nadie está obligado a celebrar contratos; las personas son libres de contratar o no. Por su parte, la libertad

---

2 Gete Alonso y Calera (1996: 550).

3 López de Zavalía (1984: 101).

4 Ferri (2004: 29-30).

5 Mosset Iturraspe (1981: 361).

contractual permite fijar con autonomía el contenido de los contratos, razón por la cual, ante el fracaso de las negociaciones, es legítimo que las partes unilateralmente se retiren de ellas.

Dando cuenta de estas ideas, De los Mozos afirma con acierto que «Los que se ponen en relación para iniciar o proseguir tratos preparatorios con vistas a concluir un contrato no están obligados a nada, mientras no lleguen a un acuerdo»[6]. Por lo tanto, resulta claro que los términos alcanzados en una negociación no vinculan a las partes; y es que no todas las tratativas llevarán irremediablemente a la celebración de un contrato. Las tratativas pueden fracasar. El asunto central se encuentra en determinar si las causas que llevaron a dicha situación fueron legítimas.

Teniendo en consideración que los tratantes intentan alcanzar una regulación que los satisfaga y que permita llegar al equilibrio deseado, la prolongación en el tiempo de las negociaciones varía según la relevancia y complejidad de los intereses en juego. Sin embargo, el sujeto «[…] que de buena fe, con corrección y lealtad, se involucra en negociaciones, sabe por anticipado que de ellas no nacerá, inexorablemente, a la vida jurídica, un contrato, pues puede suceder, que en el marco de sinceras tratativas, no se alcance, finalmente, un acuerdo»[7].

Antes de continuar con el análisis de esta relevante antesala contractual, conviene destacar que las tratativas no deben ser confundidas con los contratos preliminares (título V de la sección I del libro VII del Código Civil). Los primeros son conversaciones destinadas a la celebración de un futuro contrato, mientras que los segundos son verdaderos negocios jurídicos que establecen derechos y obligaciones para las partes.

Respecto a estas dos instituciones, Trigo Represas y López Mesa manifiestan que «Debe, así, distinguirse claramente la responsabilidad derivada de la ruptura de tratativas, de la derivada del incumplimiento de un precontrato; este resulta de toda convención por la cual las partes se obligan a celebrar un contrato ulterior, una vez que venza el plazo o se cumpla la condición. Las diferencias entre ambos supuestos son claras: la responsabilidad precontractual es de esencia aquiliana, mientras que todo precontrato o antecontrato genera responsabilidad contractual»[8]. Sobre la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de las tratativas, volveré más adelante.

---

6 De los Mozos (2001: 179).

7 Stiglitz y Stiglitz (1992: 270).

8 Trigo Represas (2004: 703 y 704V).

2. La buena fe en la etapa precontractual

La buena fe no solo debe estar presente en las etapas contractual y poscontractual (ejecución del contrato); también se extiende a la fase precontractual. De este modo, las partes involucradas en las negociaciones se deben recíprocamente lealtad y corrección, pues ambas deben confiar en que la otra se desenvuelve con seriedad y diligencia.

Sobre el contenido del principio de buena fe en materia precontractual, Brebbia opina que «[…] consiste en el deber que tienen las partes de respetar la palabra empeñada y de no defraudar la confianza suscitada por una manifestación de voluntad o conducta tenida durante las tratativas»[9].

En consecuencia, el principio de buena fe en las tratativas obliga a los tratantes a desplegar un comportamiento serio, solidario y leal con su contraparte, estableciendo una relación de confianza que potencialmente pueda culminar con la celebración del contrato.

La buena fe-conducta o buena fe-lealtad es un concepto también presente por ejemplo en la legislación de Argentina, cuyo Código Civil establece en el inciso 1) del artículo 1198 que los contratos «[…] deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión». El Código Civil italiano es en cambio más enfático en el tema de la buena fe en las negociaciones. De hecho, el Código peruano está inspirado en él. La norma pertinente es el artículo 1337, según el cual las partes «[…] en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe».

Sobre la buena fe en la etapa de las tratativas, conviene recordar la distinción entre el concepto de buena fe en sentido subjetivo y en sentido objetivo. En sentido subjetivo, «[…] la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen —adquirente, poseedor, cónyuge del bígamo—, por lo cual se le llama buena fe-creencia; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto —negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria creada por él—, lo que determina que se le denomine buena fe-lealtad»[10].

Coincido plenamente con los autores que, como Messineo, sostienen que el sentido de la buena fe durante las negociaciones es la objetiva, considerando que los «tratantes» deben observar un «[…] comportamiento inspirado por el

[9] Brebbia (1987: 91).

[10] De la Puente y Lavalle (1991: 25).

sentido de la probidad»[11]. Sin embargo, debo anotar que hay quienes creen que es «[…] la buena fe-creencia lo que está en juego, directiva esta que no solo ha de referirse a la concertación del contrato, sino aun a sus etapas preliminares, se llegue o no a esa relación contractual»[12].

De otro lado, el artículo 1362 del Código Civil peruano no solamente invoca el principio de la buena fe durante la etapa de las negociaciones, sino que hace lo propio con la llamada «común intención de las partes». De la Puente entiende por esta última «[…] la unificación del querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica»[13]. No se explica sin embargo, por qué la negociación debe efectuarse según la común intención de las partes, considerando que en esta etapa puede no existir aún una voluntad común.

Ahora bien, el principio de la buena fe obliga a las partes a cumplir determinados deberes que la doctrina ha tratado de determinar. Entre dichos deberes provenientes de la buena fe durante las negociaciones, se mencionan: (i) el deber de información, pues las partes deben estar informadas de las circunstancias del negocio materia de las tratativas para tomar una decisión adecuada; (ii) el deber de reserva o secreto, de manera que no se divulgue la información que ha sido conocida con ocasión de las tratativas, cuya difusión pueda ser perjudicial para la otra parte; y, entre otros, (iii) el deber «[…] de abstenerse de la realización de actos antifuncionales, entendiendo por tales aquellos que no son idóneos para avanzar la negociación y al mismo tiempo son susceptibles de producir perjuicio al otro precontratante»[14].

El principio de la buena fe impide una ruptura irrazonable y arbitraria de las tratativas. Así, «[…] la ilegitimidad de la ruptura de las tratativas, consiste en que aquella carece de justificación válida y que estas hayan sido conducidas hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en que el contrato alcanzaría a perfeccionarse»[15]. En este sentido, «[…] los precontratantes se pueden retirar de las tratativas en cualquier tiempo, por su sola voluntad, sin incurrir en responsabilidad, siempre que no se vulnere el principio de la buena fe»[16].

No basta entonces que haya una ruptura intempestiva de las negociaciones pues ella revela precisamente la libertad de las partes de poner fin a la etapa de las tratativas, sino que habrá responsabilidad cuando el comportamiento del sujeto sea claramente reprobable conforme al principio de la buena fe.

---

[11] Messineo (1986, tomo I: 337).

[12] Spota (1984: 317).

[13] Spota (1984: 47).

[14] Brebbia (1987: 93).

[15] Stiglitz y Stiglitz (1992: 117).

[16] Brebbia (1987: 98).

Así, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, se deberá sancionar a quien emprende negociaciones de mala fe. Esta «sanción», como explicaré más adelante, consistirá en soportar las consecuencias económicas generadas por el daño que causó a la contraparte que confió en su conducta. Me refiero, como es obvio, a la obligación de indemnizar.

Una interrupción de las negociaciones puede considerarse justificada cuando todavía existen puntos relevantes sobre los cuales no se ha llegado a acuerdo o cuando sobrevienen situaciones objetivas que inducen a la parte a un razonable cambio de opinión.

En este orden de ideas, uno de los tratantes puede, mediante un acto unilateral, poner fin a las conversaciones en cualquier momento, sin que eso genere responsabilidad, aun cuando se haya producido daño al otro sujeto. En palabras de Brebbia, «Es necesario algo más que una ruptura meramente intempestiva para que nazca la obligación de resarcimiento. Será menester que ese retiro o cualquier otro acto o manifestación efectuados durante el curso de las negociaciones preliminares sea culposo, para que engendre responsabilidad»[17].

3. El papel relevante de la culpa en la etapa precontractual

La tesis de que la culpa es el fundamento general de la responsabilidad nacida en el período precontractual, es sostenida también por otros autores, como Messineo y De la Puente, para quienes la responsabilidad precontractual surge no por romper inesperadamente las tratativas sino por haber inducido dolosa o culposamente a la otra parte a tener confianza en la celebración del contrato[18].

No obstante, debo advertir que autores como Mosset Iturraspe y Spota sostienen lo contrario. El primero de estos considera que «[…] no es *conditio sine qua non*, para que se origine la responsabilidad precontractual, que se demuestre la existencia de culpa o dolo en quien produce la ruptura intempestiva o arbitraria de las tratativas»[19]. Por su parte, Spota es enfático al señalar que la responsabilidad precontractual debe concebirse con prescindencia de la idea de culpa[20].

En mi opinión, esta última posición carece de fundamento, si consideramos que la responsabilidad precontractual tiene carácter extracontractual.

---

[17] Brebbia (1987: 99).

[18] De la Puente y Lavalle (1991: 62).

[19] Mosset Iturraspe (1981: 362).

[20] Spota (1984: 310).

4. La responsabilidad precontractual en el ámbito extracontractual

Debe considerarse, como regla general, que la ruptura de una negociación no origina responsabilidad para los tratantes. Esto se debe, repito, a que las tratativas no obligan a que se concluya el contrato. Sin embargo, si estos tratos previos son finalizados arbitrariamente por culpa de una de las partes, defraudando la confianza y lealtad que debe caracterizar la etapa precontractual, habría responsabilidad.

En opinión que comparto, Orgaz considera que «[…] sin esa responsabilidad, la vida práctica de los negocios perdería la seriedad y la lealtad que el derecho debe, necesariamente, asegurar en el libre juego de las relaciones humanas»[21]. Que el derecho asigne responsabilidad al tratante desleal resulta pues fundamental para el correcto funcionamiento del mercado y de la sociedad en su conjunto.

La responsabilidad precontractual puede calificarse como contractual o extracontractual. No es una tercera categoría conceptual con autonomía propia, sino que debe analizarse dentro de los márgenes generales de la responsabilidad civil establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

En este extremo, coincido con Bianca en que la responsabilidad precontractual no constituye un tercer género de responsabilidad *(tertium genus)*, que exceda de los márgenes de aquella que proviene de la infracción de una relación contractual, y de la responsabilidad que se sustenta en los deberes genéricos que pesan sobre la generalidad de los miembros de la sociedad[22].

Cuando utilizo entonces el término «precontractual» para referirme a la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de las tratativas, lo hago únicamente con el propósito de ubicar temporalmente dicho fenómeno en la parte inicial del iter de la formación del contrato.

Hechas estas aclaraciones, en las siguientes líneas abordaré el tema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

Quienes sostienen que la responsabilidad proveniente de la ruptura injustificada de las tratativas es contractual, fundamentan su posición en una ficción que en mi opinión no tiene correlato en los hechos: que existe implícitamente un pacto para iniciar las negociaciones; es decir, que existe un acuerdo tácito para iniciar la etapa de las tratativas.

Contra esta postura, Cabanillas Sánchez sostiene enfáticamente que «[…] el solo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de

---

[21] Orgaz citado por Trigo Represas (2004: 712).

[22] Véase Bianca citado por Monateri (2004: 529).

un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, ya que una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato; sin embargo, atribuir carácter contractual a esa relación parece excesivo […] ciertamente, que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido por las partes, cuya voluntad, en realidad, no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan solo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas»[23].

Sobre este tema cabe indicar también que el hecho de tener que observar el principio de buena fe en la etapa precontractual no puede conducirnos a retrotraer a dicho período la vigencia de una obligación contractual[24].

Discrepo por tanto de esta posición y adhiero a la que sostiene que en tal supuesto la responsabilidad es extracontractual o *aquiliana,* pues se trata de una manifestación concreta del deber general de no causar daño a otro *(alterum non laedere),* independientemente de la existencia de una obligación específica con el acreedor.

Por lo demás, la responsabilidad contractual supone la existencia previa de un vínculo contractual entre las partes. Toda vez que las tratativas se desarrollan en la antesala contractual, y en la medida que no existe un campo intermedio de responsabilidad, la ruptura injustificada de estas origina responsabilidad extracontractual.

Por cierto, la posición que considera la responsabilidad precontractual en el ámbito extracontruactual es predominante en la doctrina[25]. Ciertamente, la responsabilidad precontractual «[…] suele incluirse en la categoría de la responsabilidad extracontractual, porque aquella, asimismo, encuentra su fundamento en la vulneración del deber genérico del actuar humano, al margen de la preexistencia de una particular obligación de cumplir en las relaciones inter partes»[26].

El encuadramiento de la responsabilidad precontractual en el ámbito extracontractual reviste importancia práctica en la medida que, por ejemplo, el plazo de prescripción para iniciar una acción por responsabilidad extracontractual es de dos años y no de diez.

En este orden de ideas, los elementos para que se configure un supuesto de responsabilidad precontractual son los siguientes: (i) la creación de una razonable confianza en la contraparte sobre la conclusión del contrato; (ii) el carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones, evaluado conforme al principio

---

[23] Cabanillas Sánchez citado por Trigo Represas y López Mesa (2004: 729).

[24] Stiglitz R. y Stiglitz G. (1992: 48).

[25] Véase Brebbia (1987: 62) y Gete Alonso y Calera (1996: 552).

[26] Trabucchi (1967: 177).

de la buena fe; (iii) la producción de un daño cierto y probado en el patrimonio de una de las partes; y, (iv) la relación de causalidad adecuada entre este daño y la confianza suscitada[27].

Ahora bien, habiéndose determinado que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual para cuyo cumplimiento es necesario el elemento culpa además del daño irrogado, es necesario examinar cómo se define el resarcimiento de este último.

5. El alcance del resarcimiento en la responsabilidad precontractual

Según una clasificación formulada por Ihering, bastante difundida en la doctrina, el daño resarcible por responsabilidad precontractual puede ser positivo y negativo.

La reparación del interés negativo —o también llamado interés de confianza— significa que «[…] el titular de un derecho de resarcimiento, por parte de quien ha frustrado el contrato apartándose de las tratativas, puede ejercer la pretensión de quedar indemne de aquellos tratos, o sea, de que su situación sea como si las tratativas no se hubieran llevado a cabo»[28]. Como puede apreciarse, el interés contractual negativo equivale a la disminución patrimonial que el sujeto no habría sufrido si no se hubieran desarrollado las tratativas.

Por su parte, el interés positivo —denominado también «interés de cumplimiento»— es aquel que tiene una de las partes en el cumplimiento del contrato que no se llega a celebrar. En otras palabras, el interés positivo deriva de la inejecución de las obligaciones del contrato.

La doctrina es unánime en sostener que la responsabilidad precontractual solo cubre el interés negativo, puesto que el autor del daño «No ha de resarcir como si se tratase de un incumplimiento de contrato que impide conseguir las utilidades previstas —«interés positivo»—, sino en la medida de la disminución patrimonial que sufre el dañado, y que se hubiera evitado si los tratos preliminares no se hubieran iniciado. Por eso tiene derecho a que se le reembolsen todos los gastos efectuados con motivo de aquellos tratos[29]. Quedan excluidos entonces los daños derivados del incumplimiento de una obligación «contractual», que en realidad es inexistente porque no hay contrato.

---

[27] Véase Díez-Picazo (1996: 278).

[28] Spota (1984: 320).

[29] Díez-Picazo (1999: 65).

En este sentido, Monateri expresa que «El resarcimiento del interés positivo es descartado, en efecto, porque de otra manera se eliminaría la libertad de apartarse de las tratativas, que es invariablemente reconocida por el ordenamiento a aquel que no la ejerce de un modo incorrecto»[30].

En lo que no existe unanimidad es que el interés negativo, además de comprender el daño emergente de las negociaciones —gastos de viaje, pago de asesores, por ejemplo— comprende también el lucro cesante, correspondiente a la ganancia dejada de percibir por haberse rechazado otras ofertas. Nótese que en el interés positivo el lucro cesante es distinto que en el interés negativo. En el primer caso, se trata de exigir las prestaciones del contrato cuya celebración se frustró, lo cual es a todas luces inadmisible en la responsabilidad precontractual. En cambio, el lucro cesante en el interés negativo consiste en la ganancia dejada de percibir por el rechazo de otras ofertas —al haberse confiado en el éxito de las negociaciones—.

Para algunos exponentes de la doctrina italiana, el lucro cesante no está comprendido en el interés negativo, pues «la magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas perjudiciales conexas con la actividad desarrollada durante las negociaciones […] pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las 'oportunidades favorables' eventualmente perdidas al no haberse comprometido en otros contratos»[31].

En esta misma línea, se sostiene que la existencia de una ocasión más ventajosa en términos comerciales es un motivo justo de retirada de las tratativas, por lo que si dicha oportunidad es desaprovechada, es improcedente cualquier reclamo que pretenda, por concepto de lucro cesante, el cobro de la ganancia dejada de percibir por el rechazo de otras ofertas.

Admito que este asunto puede resultar discutible. Sin embargo, aun si se aceptara que el lucro cesante está comprendido en el interés negativo, como hace Trabucchi[32] su existencia tendría que ser materia de prueba: la pérdida de otras oportunidades favorables para contratar.

Finalmente, debo advertir que es perfectamente posible establecer contractualmente un régimen jurídico para la fase de las tratativas. En efecto, modernamente existe la tendencia de celebrar contratos que regulan de forma integral la etapa de negociación, limitando con precisión los derechos y deberes de los tratantes. Como es obvio, en estos casos el fundamento de la responsabilidad precontractual adquirirá un carácter eminentemente contractual y no se limitará al interés negativo.

---

[30] Monateri (1004: 566).

[31] Bigliazzi Geri, Busnelli y Natoli (1988, tomo I, volumen 2: 760), Véase también Barbero (1967: 481-482, y Gete Alonzo y Calera (1996: 552).

[32] Trabucchi (1967: 178).

Bibliografía

Barbero, Domenico
1967 *Sistema del Derecho Privado*, tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Bigliazzi Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Busnelli y Ugo Natoli
1988 *Derecho Civil*, tomo I, volumen 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Brebbia, Roberto
1987 *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

De la Puente y Lavalle, Manuel
1991 «El Contrato en General», primera parte, tomo II, volumen XI. En *Biblioteca para leer el Código Civil*, Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De los Mozos, José Luis
2001 «Responsabilidad en los 'tratos preparatorios' del contrato». En De Angel Yagüez, Ricardo e Izquierdo Tolsada, Mariano. *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson.

Díez-Picazo, Luis
1996 *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, quinta edición. Madrid: Editorial Civitas.

Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón
1999 *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, octava edición. Madrid: Tecnos.

Ferri, Luigi
2004 *Lecciones sobre El Contrato*. Curso de Derecho Civil. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Gete Alonso y Calera, María del Carmen
1996 *Manual de Derecho Civil,* tomo II. Marcial Pons (editor), Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

López de Zavalía, Fernando
1984 *Teoría de los contratos*, tercera edición. Víctor P. de Zavala (editor), Buenos Aires.

Monateri, Pier Giuseppe
2004 «La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano». En Leysser León, *Estudios sobre el Contrato General en general*, segunda edición, Lima: Ara Editores.

Mosset Iturraspe, Jorge
1981 *Contratos.* Buenos Aires: Ediar, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

Spota, Alberto G.
1984 *Contratos,* volumen I. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Stiglitz, Rubén S. y Gabriel Stiglitz
1992 *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Trabucchi, Alberto
1967 *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Trigo Represas, Félix A. y Marcelo López Mesa
2004 *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: Teoría y práctica,* tomo II. Buenos Aires: La Ley.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL: HACIA LA UNIFICACIÓN DEL SISTEMA

*Francisco Carreón Romero**

1. Introducción

La responsabilidad civil ha sido, es y seguirá siendo uno de los temas más apasionantes del derecho civil, originando que los autores nacionales escriban libros y artículos analizando las teorías que existen sobre sus elementos y formulando propuestas para su reforma.

Sin embargo, de todos ellos, hay un libro que destaca no solo por su lucidez, sino porque trajo una innovación en la metodología del estudio del derecho, combinando aspectos teóricos-filosóficos, con aspectos históricos y complementando el desarrollo de los temas con ejemplos jurisprudenciales, convirtiéndose en una obra de consulta obligatoria para aquellos que se inician o que quieren profundizar temas de responsabilidad civil; nos estamos refiriendo a *La responsabilidad extracontractual*, tomo I y II, del ilustre jurista peruano Fernando de Trazegnies Granda a quien me sumo en este homenaje con el presente artículo.

Creo que el objetivo que se propuso el autor con su obra ha sido logrado largamente, ya que no solo se ha convertido en un trabajo que ayuda a los abogados y a los jueces para desarrollar una mayor riqueza interpretativa; y a los estudiantes a iniciarse en el conocimiento y práctica de esta materia, sino que además, se ha convertido en un «libro clásico» de la responsabilidad civil en el Perú, que perdura en el tiempo, ya que las interpretaciones y las propuestas de su

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Magíster en Derecho Civil por la Universidad Católica Santa María. Vocal de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Profesor principal de la Universidad Nacional de San Agustín.
Este artículo fue elaborado con la valiosa colaboración del abogado Luis Giancarlo Torreblanca Gonzáles.

autor, se adelantaron para su época, logrando que a casi veinte años de su obra nadie acuse a este libro de insuficiente.

Por todo ello, en el presente artículo, pretendo analizar la posibilidad de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil, utilizando los conceptos e interpretaciones que nos brinda el maestro Fernando de Trazegnies, comparando el desarrollo de nuestra legislación y sus interpretaciones con juristas peruanos de la talla de Francisco García Calderón y José León Barandiarán, entre otros.

Si bien legislativamente se ha desconocido la unificación del sistema; doctrinariamente, se viene discutiendo su viabilidad, pero aún los autores no logran consenso; sin embargo, el problema alcanza su mayor desarrollo en la jurisprudencia, ya que es allí donde los juzgadores se han topado con verdaderos casos grises en los cuales no se puede distinguir las diferencias teóricas de los regímenes de responsabilidad, optando por diversos criterios que hemos intentado recopilar y utilizar en el presente artículo.

2. Presentación del problema

El Código Civil de 1852, regulaba en el libro tercero, sección primera, título cuarto, «Los efectos de los contratos» (responsabilidad contractual), señalando que el que celebra un contrato, debe resarcir los daños que resulten de la inejecución o contravención por su culpa o dolo. Asimismo, en su sección sétima, título tercero, regulaba las obligaciones que nacen «de los delitos o cuasi delitos» (responsabilidad extracontractual), estableciendo que cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo (repararlo). Es decir, ya en este texto normativo, los legisladores hicieron la distinción entre la regulación legal de las hoy llamadas responsabilidad contractual y extracontractual, basados en los hechos que constituyen su origen, ya que la primera, proviene de un contrato, mientras que la segunda proviene de un delito o cuasi delito.

Francisco García Calderón, analizando el citado código, nos dice que la responsabilidad puede ser criminal, ya que existe la obligación de reparar los daños y perjuicios que se causen con un delito o cuasi-delito; y civil, ya que hay responsabilidad cuando se falta al cumplimiento de una obligación meramente civil[1] (contrato).

Esta distinción se mantuvo en el Código Civil de 1936, que en su libro quinto, sección primera, título IX, regulaba «Las obligaciones provenientes de los actos ilícitos» (responsabilidad extracontractual), estableciéndose que cualquiera que por sus hechos, descuidos o imprudencia, cause un daño a otro, está

[1] García Calderón (2003: 680).

obligado a indemnizarlo; mientras que en el libro quinto, sección tercera, título IX se regulaba la «inejecución de obligaciones» (responsabilidad contractual), estableciéndose que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviene a ellas. Con lo que también en este cuerpo normativo se distingue la regulación de aquella responsabilidad que proviene de los llamados actos ilícitos, con relación de aquella que proviene de un contrato, regulándose como dos regímenes de responsabilidades diferentes.

José León Barandiarán, comentando lo dispuesto en el Código Civil de 1936, afirma que el daño causado puede tener un antecedente en un acuerdo convencional, que se viole por una de las partes —causando con ello un daño a la otra—, o puede producirse sin antecedente de tal naturaleza. En el primer caso se habla de responsabilidad contractual; en el segundo, de responsabilidad extracontractual. En la hipótesis de responsabilidad contractual la obligación de reparación surge del contrato: cada parte se ha comprometido a cumplir sus obligaciones asumidas y, al no hacerlo, tiene que indemnizar el daño sufrido por la otra parte. En la responsabilidad extracontractual no hay compromiso especial entre los sujetos; pero como uno de ellos ha causado un daño a otro, el primero debe reparar el daño al segundo; surgiendo esta obligación del mandato de la ley[2].

Aunándose a esta postura, los legisladores del Código Civil de 1984 también realizan la distinción entre la regulación de la responsabilidad contractual y extracontractual, ya que en el libro VI, sección segunda, título IX, capítulo I, se regula la «inejecución de obligaciones» (responsabilidad contractual), estableciéndose que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Mientras que en el libro VII, sección sexta, se regula la «responsabilidad extracontractual», estableciéndose que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

Sin embargo, Fernando de Trazegnies, analizando el Código Civil de 1984, señala que existe unidad en todo el campo de la responsabilidad civil, la cual nos obliga a colocar juntas las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual, ya que uno de los elementos comunes entre ambos tipos de responsabilidad consiste en que las dos derivan su obligación de la ley[3]. Es decir, Fernando de Trazegnies no era partidario de que se considere a la responsabilidad civil como un todo homogéneo e indiferenciado, sino que propició el respeto por la especificidad entre ambos tipos de responsabilidad civil, pero entendiendo que ambos

[2] León Barandiarán (1961: 76).

[3] De Trazegnies (1985: 526).

provienen de una sola fuente: la ley; por lo que deben ser tratados en una misma sección, bajo reglas específicas.

En efecto, la diferencia no se hace tan evidente, ya que la revolución industrial trajo consigo la masificación en la producción y venta de bienes y servicios, generando la producción de nuevos daños, los cuales se encuentran en una zona indefinida, confundiéndose entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por cuanto los hechos pueden encuadrar tanto en una como en otra. Por ejemplo, en los accidentes de tránsito: Si dos pasajeros que viajaban en un ómnibus interprovincial sufren lesiones o incluso fallecen, ¿debemos distinguir entre la víctima que pagó su boleto de viaje de aquella que no lo pagó? En las prestaciones médicas cuando dos pacientes sufren daños a consecuencia de una inadecuada intervención quirúrgica, ¿debemos distinguir entre el paciente que ingresó por su propia voluntad de aquel que ingresó por emergencia? En los espectáculos públicos cuando dos espectadores hacen cola para ingresar a un concierto, pero por el desorden y mala organización fallecen aplastados por la multitud, ¿debemos distinguir entre el espectador que ya tenía su boleto de aquel que lo iba a comprar?

En todos los casos propuestos, estamos frente a los mismos hechos; sin embargo, según nuestros legisladores, al momento de establecer la responsabilidad civil, debemos distinguir entre una y otra víctima, aplicándoles a unas las normas de la responsabilidad civil contractual y a las otras las de la responsabilidad civil extracontractual.

¿Se puede establecer regímenes diferentes para hechos iguales?

Cuando nuestra jurisprudencia se ha tropezado con este tipo de casos, en los que no se puede definir claramente el régimen que se debe aplicar, ha optado por dos posiciones: «la compatibilidad o coexistencia de ambos regímenes», y, «la incompatibilidad de los regímenes».

En la posición de la compatibilidad o coexistencia de ambos regímenes, tenemos que en un proceso de accidente de tránsito, en el que se demandó indemnización de daños y perjuicios, invocando las normas de la responsabilidad extracontractual; el juez de primera instancia resolvió con las normas de la responsabilidad contractual, por lo que el órgano colegiado superior declaró nula la sentencia, bajo el fundamento de que el juez había resuelto en forma incongruente; sin embargo, la casación 44-2000-Lima[4] anuló la sentencia de vista, estableciendo que ambos regímenes son perfectamente compatibles, ello en virtud de los siguientes fundamentos:

[4] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (25 de agosto de 2000: 6102).

> […] concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la demanda se advierte, como se ha dicho, una zona gris o indefinida en la medida que existen hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual como en la extracontractual y es aquí donde surge el problema procesal que puede definirse con el criterio siguiente: «que es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro», eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado, queda claro por tanto, que sobre esta proposición el juez califica jurídicamente los hechos, a menos que el demandado al contestar la demanda cuestione la calificación de la acción, promoviendo un debate jurídico sobre el particular.

Sin embargo, adoptando la otra posición, en un proceso en el que un trabajador minero contrajo la enfermedad profesional de silicosis y demanda indemnización por daños y perjuicios, invocando las normas del régimen de responsabilidad extracontractual, la primera y segunda instancia ampararon la demanda; sin embargo la casación 2334-2002-Lima[5] advirtió que el régimen que corresponde aplicar es el de responsabilidad contractual, por lo que anula la sentencia de vista, y en sede de instancia declaró improcedente la demanda, ello bajo los argumentos siguientes:

> […] la referida enfermedad de silicosis fue adquirida por el demandante durante el desempeño de su prestación laboral como trabajador de la Compañía Minera Huarón Sociedad Anónima, esto es, su presencia en la mina obedecía al vínculo laboral existente entre ambas partes, consistiendo su prestación en la labor minera y la contraprestación por parte del empleador en el abono de la remuneración correspondiente; tercero: que esta situación elimina automáticamente la posibilidad de aplicación de la figura jurídica de responsabilidad objetiva prevista en el citado artículo, toda vez que ella no está regulada para los casos de existencia de un vínculo contractual, en este caso laboral; tanto más si, en autos el sujeto activo o «aquel» que realiza la actividad riesgosa, actividad minera, no es sino el mismo trabajador, por lo que el daño al sujeto pasivo u «otro» no podría ser estimado en perjuicio del mismo trabajador, porque la norma claramente habla de un tercero, distinto o ajeno a aquel que efectúa la actividad riesgosa, vale decir, la misma persona no puede ser sujeto activo y pasivo; cuarto: que de lo anteriormente expuesto se advierte que, sin perjuicio del contenido de carácter laboral que pudiera tener, lo pretendido por el actor está regulado por las reglas de responsabilidad contractual o inejecución de obligaciones; por lo que el actor debió tramitar su acción indemnizatoria en la vía adecuada y no bajo los cauces de la responsabilidad extracontractual; quinto: que las instancias de mérito, lejos de advertir la situación alegada precedentemente, resolvieron en base a las normas de la responsabilidad extracontractual, declarando fundada la demanda, precisando

[5] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (31 de marzo de 2003: 10343).

> la resolución de vista que es de aplicación el artículo mil novecientos setenta del Código Civil por considerar que los daños se han producido como consecuencia de que el actor realizaba una actividad riesgosa; norma que, como ya se precisó, resulta impertinente al caso; lo que significa que se ha configurado el primer error jurídico denunciado; el cual es suficiente para casar la sentencia de vista conforme al artículo trescientos noventa y siete inciso primero del Código Procesal Civil.

De todo lo dicho, se desprende que nuestros legisladores han establecido las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, optando por diferenciar el tratamiento legal de ambos regímenes; sin embargo, el jurista homenajeado abre la posibilidad de su semejanza y unidad; y un sector de la jurisprudencia casatoria desarrolla esa posibilidad; siendo esta la tarea que en el presente artículo quiero desarrollar.

3. Elementos que posibilitan la compatibilidad de ambos regímenes

La ley como única fuente de la responsabilidad civil

Uno de los argumentos que se alega para sostener la división de la responsabilidad civil es que mientras la responsabilidad contractual tiene su fuente en el vínculo que une previamente a la víctima y al dañador (contrato), en la responsabilidad extracontractual no existe ningún vínculo que ligue a la víctima con su dañador, por lo que su fuente es la ley.

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que la responsabilidad contractual se deriva del propio contrato, que refleja la voluntad de las partes y que, en principio, es soberana para regir la situación jurídica que se creó. Mientras que la responsabilidad extracontractual, se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por contrato alguno[6].

Asimismo, encontramos que la casación 507-99-Lambayeque[7] establece que:

> La responsabilidad contractual es aquella que se deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo, o por culpa por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual debe ser indemnizada. Tercero, que, *en la responsabilidad contractual las partes involucradas en el daño, causante y víctima, han tenido un trato previo, o sea se han vinculado voluntariamente y han buscado en común ciertos propósitos, su reunión no es causal o accidental* y, esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado.

---

[6] Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003: 810).

[7] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (1 de setiembre de 1999: 3403).

> Cuarto, que, *en cambio en la responsabilidad extracontractual, no hay un vínculo previo entre el causante del daño y la víctima*, no existe un texto o acuerdo que establezca la razón por la que se encuentran en contacto (énfasis es nuestro).

Para un sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia nacional, la diferencia entre la fuente de uno y otro régimen de responsabilidad, está dada por la existencia de un vínculo que une previamente a las partes y que es la fuente de la obligación indemnizatoria; siendo que en la responsabilidad extracontractual al no existir ningún vínculo que ligue a la víctima con el autor del daño, la fuente obligacional es la ley.

Pero, ¿realmente en la responsabilidad contractual la fuente de la obligación indemnizatoria es el contrato o es la ley?

Jurisprudencialmente tenemos el siguiente caso: un deudor celebra un contrato de reconocimiento de deuda y otorga prenda sin desplazamiento de derechos sobre un vehículo, ello para garantizar el pago de su obligación; ante el incumplimiento, el acreedor pretende ejecutar la garantía prendaria, iniciando un proceso de ejecución de garantías, en el cual se ordena la captura y el depósito del vehículo. Después de un año, en el mismo proceso judicial, se ordena la devolución de la posesión del vehículo al deudor, por lo que este último inicia un proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra de su acreedor, ya que se le ha privado de percibir ingresos por el uso del citado vehículo durante todo el tiempo que se lo mantuvo en el depósito. La demanda fue declarada infundada en primera instancia, por cuanto al existir un contrato, la responsabilidad no es extracontractual sino contractual y porque la captura y depósito del vehículo proceden de una resolución judicial firme, constituyendo un ejercicio regular de un derecho[8]; en segunda instancia se revoca la sentencia y se declara fundada la demanda, por cuanto se alega que la responsabilidad es extracontractual, ya que el acreedor sabía que solo se le otorgaba en prenda los derechos y acciones que el deudor poseía en el bien, pero no se otorgaba en prenda el bien como elemento físico, por lo que al solicitar la captura y el depósito del mismo, ha procedido con

[8] «[…] la acción planteada en la forma propuesta y con los fundamentos de hecho confusos que aparecen de la demanda de fojas veintidós y siguientes debe ser desestimada, no solo porque no se trata de una responsabilidad extracontractual sino también porque conforme lo admite el mismo actor, el vehículo en cuestión ha sido capturado con motivo de un proceso judicial de ejecución de garantías, que de por sí constituye un proceso regular […] que tal como aparece de la escritura pública de fojas tres y siguientes, aparejada a la demanda, el accionar legal de quienes son parte en este proceso y en el acompañado, deriva justamente del contrato celebrado entre los mismos, y siendo así no estamos ante la figura extracontractual prevista en el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, sino de responsabilidades derivadas de dicho contrato». (Expediente 99-135. Resolución 28, segundo juzgado civil de Huamanga, Ayacucho. 23 de mayo del 2000, fojas 118).

dolo y uso abusivo de un derecho[9] mientras que la casación 3230-00-Ayacucho sin hacer mayor análisis sobre el tipo de responsabilidad, revoca la sentencia de segunda instancia y confirma la de primera instancia que declara infundada la demanda, atribuyendo el ejercicio regular del derecho como factor de inmunidad; en el ámbito de la responsabilidad extracontractual[10].

En el caso propuesto, aquellos que defienden la posición separatista, sostendrían que por la existencia de un contrato con obligaciones específicas, simplemente se debe aplicar el régimen contractual.

Pero el caso no es tan simple, ya que existe un vínculo contractual que une a la víctima y al dañador —contrato de constitución de garantía prendaria—, sin embargo, el régimen a aplicarse aún no está definido, ya que para la primera instancia, si bien opta por el contractual por la existencia del vínculo; empero recurre a la inmunidad del régimen extracontractual referente al ejercicio regular de un derecho; mientras que para la segunda instancia la obligación de indemnizar

---

[9] «[…] el demandado Max Solórzano García solicitó la captura del vehículo a pesar de que sabía y tenía conocimiento que mediante escritura de constitución de hipoteca predial y prenda sin desplazamiento, que el demandante Félix Martínez Gutiérrez en su cláusula cuarta constituye prenda sin desplazamiento en los derechos y acciones que le corresponde en el vehículo de placa de rodaje número WO-9580, por cuanto dicho bien era de propiedad de la sociedad conyugal habida con su cónyuge doña Alicia Saavedra Quispe, es decir, había constituido prenda en cuotas ideales del vehículo más no así en todo el bien mueble, y pese a ello logró la inmovilización del vehículo tantas veces indicado por más de un año, perjudicando de esta manera al hoy demandante […] de conformidad a lo dispuesto por el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil vigente, aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo, correspondiendo el descargo por falta de daño o culpa a su autor, por lo que habiendo el demandado Max Solórzano García solicitado la captura y posterior inmovilización del vehículo dedicado a carga, en forma indebida, se encuentra en la obligación de indemnizarlo, quedando demostrado la existencia de un uso abusivo de un derecho» (expediente 99-135, resolución 24, sala especializada en lo civil, 03 de octubre del 2000, fojas 147).

[10] «Que, en el caso submateria se le imputa al demandado haber logrado la captura e inmovilización del vehículo de propiedad del demandante, ocasionándole un daño económico al no poder contar con una herramienta de trabajo; al respecto, debe tenerse en cuenta que la orden de captura y el depósito del vehículo emanaron de resoluciones judiciales expedidas en un proceso de ejecución de garantías, iniciado por el demandado Max Solórzano García en ejercicio regular de un derecho, con la finalidad de asegurar y satisfacer la obligación garantizada con una prenda sobre el vehículo que el propio demandante había constituido; incluso en el citado proceso de ejecución de garantías ambas instancias ampararon la demanda, lo cual también evidencia que no hubo una actitud maliciosa en la interposición de la demanda y en la solicitud de inmovilización del vehículo, máxime cuando el propio demandante no apeló oportunamente las resoluciones que ordenaban la captura y el depósito del vehículo. Quinto: Que, en consecuencia, los hechos que se le imputa al demandado se derivan del ejercicio regular de un derecho, razón porque la sala de revisión al haber revocado la apelada y declarado fundada la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual, ha inaplicado lo dispuesto en el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil que establece que no hay responsabilidad cuando se actúa en el ejercicio regular de un derecho» (casación 3230-00-Ayacucho. Publicada en CD explorador jurisprudencial 2005-2006. Data 20000, Gaceta Jurídica S.A.).

resulta del ejercicio abusivo de un derecho; y finalmente para la corte suprema, confirmando la de primera instancia, también recurre al criterio de inmunidad del ejercicio regular de un derecho; optando por el régimen extracontractual, a diferencia de la primera instancia.

Estamos pues ante un tema complejo y difícil, que en la misma jurisprudencia se refleja.

Al respecto, Fernando de Trazegnies dice que la obligación de reparar tiene siempre una fuente común, no es que en unos casos la obligación sea adjudicada a una determinada persona por un contrato, y en otras por la ley. En todos los casos, ya se trate de daño producido por incumplimiento de una promesa previamente constituida o por un daño socialmente intolerable o por un accidente, la obligación de reparar es creada por la ley. Ni aun el contrato crea la responsabilidad llamada contractual[11].

En este mismo sentido, Eduardo Seminario Stulpa sostiene que la voluntad y la ley siempre concurren en mayor o menor grado según las circunstancias, como fuente de las obligaciones. Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que si bien la voluntad es el elemento primordial en materia contractual, no es menos cierto que la ley participa respaldando esa voluntad. Dicho de otro modo, la voluntad requiere de la cooperación de la norma jurídica. La voluntad respaldada por la norma jurídica es, en consecuencia, la fuente de la relación obligatoria derivada del contrato no de la obligación de indemnizar, ya que esta proviene de la ley, teniendo a la voluntad como antecedente[12].

La reparación del daño como finalidad común

El Código Civil de 1852 estableció, para ambos tipos de responsabilidad, la obligación de reparar los daños causados (artículos 1265[13] y 2191[14]) comentando Francisco García Calderón, que la regla general para la responsabilidad civil, es que «el que causa un menoscabo (daño) a otro, está obligado a la reparación»[15].

---

[11] De Trazegnies (1985: 504).

[12] Seminario Stulpa (1995: 331).

[13] Artículo 1265: «El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada».

[14] Artículo 2191: «Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo. El padre, y a su falta la madre, están igualmente obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad. El guardador, lo está por los perjuicios que causen sus menores o los incapaces que tiene a su cargo. El maestro por los que causen sus aprendices. Y en general, el que tenga a otro bajo su cuidado, por los daños que este cause».

[15] García Calderón (2003: 680).

Asimismo, el Código Civil de 1936, sin distinción del régimen, estableció que existe la obligación de indemnizar los daños causados (artículos 1136[16] y 1323[17]). Por ello, José León Barandiarán dice que el objeto de la responsabilidad civil es que el lesionado obtenga del lesionante el resarcimiento del daño causado, el cual comprende tanto la pérdida sufrida como lo dejado de ganar, así como el daño moral[18].

Del mismo modo, nuestro Código Civil actual establece que aquel que cause un daño está obligado a indemnizarlo (artículos 1321[19] y 1969[20]). Al respecto, Fernando de Trazegnies dice que prácticamente todos los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objetivo de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño: la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa[21]; asimismo, la responsabilidad vinculada a la existencia de una promesa previa —responsabilidad contractual y responsabilidad derivada de la promesa unilateral— tiene como finalidad principal el resarcimiento de quién confió en la palabra dada[22].

Es decir, tanto la responsabilidad civil contractual como la responsabilidad civil extracontractual, tienen la finalidad legal de buscar la reparación de los daños causados; sin importar el hecho que los originó.

Jurisprudencialmente tenemos que la casación 1312-96-Lambayeque[23] establece que: «los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa

---

[16] Artículo 1136: «Cualquiera que por sus hechos, descuidos o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo».

[17] Artículo 1323: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».

[18] León Barandiarán [1961: 79].

[19] Artículo 1321: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».

[20] Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

[21] De Trazegnies (1985: 16).

[22] De Trazegnies (1985: 508).

[23] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (3 de enero de 1998: 351).

contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de la responsabilidad civil cuyo núcleo gire en torno a la prevención del daño y en la reparación de la víctima».

Asimismo, la casación 344-2000-Lima[24] establece que: «[…] es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro, eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado».

Por lo dicho, podemos concluir, junto con Juan Espinoza que, legal y jurisprudencialmente, la responsabilidad civil es una técnica de tutela de los derechos —u otras situaciones jurídicas— que tiene por finalidad imponer al responsable —no necesariamente autor— la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado[25]. De ello se deriva la consecuencia de que no es admisible hablar de diversos géneros de responsabilidad civil, ya que la responsabilidad, en su conjunto, busca la reparación del daño causado a la víctima.

El daño como elemento común

Fernando de Trazegnies dice que la responsabilidad civil se establece sobre la base de un elemento central, que debe ser jurídicamente tratado: la existencia de un daño. Siempre que hay un daño que debe ser reparado por alguien, estamos frente a un caso de responsabilidad civil. No importa si ese daño surge dentro de un contexto de relaciones contractuales o como consecuencia de un delito o de un acto prohibido por la ley o de un abuso de un derecho o por una negligencia del causante o simplemente por el azar, ni si el daño era estadísticamente evitable o no. Lo que cuenta es que, cualquiera que sea la forma como se produjo y cualquiera que sea la solución jurídica que se otorgue al problema de atribución y redistribución del peso económico, estamos en presencia de un daño que la sociedad considera que debe ser resarcido[26].

Asimismo, Eduardo Seminario Stulpa señala que el tratamiento unitario de la responsabilidad civil no solo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual. Tal afirmación encuentra su fundamento en el hecho de que tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual tienen el mismo presupuesto: el daño[27].

---

[24] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (25 de agosto de 2000: 6102).

[25] Espinoza Espinoza (2002: 29).

[26] De Trazegnies (1985: 501).

[27] Seminario Stulpa (1995: 333).

Y, finalmente, Juan Espinoza opina que en la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones se vulnera también un derecho (el de crédito). Por consiguiente, tanto en este tipo de responsabilidad como en la responsabilidad extracontractual o aquiliana se lesionan derechos o legítimos intereses y ello refuerza la posición que sostiene que la responsabilidad civil es una sola y no se justifica una disparidad de tratamiento frente a la reacción por un daño ocasionado[28].

Recogiendo las posiciones doctrinarias antes anotadas, la jurisprudencia también ha propuesto que el sistema de responsabilidad civil necesita de la presencia de un daño, ya que la casación 12-2000-Cono Norte[29] establece que:

> En nuestro sistema de responsabilidad civil —sin distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual—, rige la regla según la cual el daño, definido este como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y lucro cesante, y daños extrapatrimoniales al daño moral y al daño a la persona.

De lo dicho, se desprende que habrá responsabilidad civil, si previamente existe un daño, sin importar si este daño proviene o no de la inejecución de una obligación. Es decir, el daño se constituye como el elemento común de ambos regímenes, ya que no se puede hablar de responsabilidad contractual o extracontractual, sin su existencia. Sin embargo, si el daño sufrido por el pasajero que pagó su boleto y el que no lo pagó; o el daño del paciente que acudió voluntariamente a un hospital y el que fue llevado de emergencia, es el mismo o tiene las mismas consecuencias: -¿por qué debemos indemnizar o atribuir la responsabilidad civil de manera diferente?

Creo que no existe ninguna razón que justifique la atribución de efectos diferentes al daño ocasionado a un mismo bien jurídico (vida, integridad, salud) y que lesiona un mismo interés (bienestar, realización personal, tranquilidad), por lo que se les debería atribuir efectos iguales.

4. Las diferencias legislativas son aparentes

La extensión del daño

Se sostiene que existen cuatro diferencias: en la contractual su extensión es más restringida, porque se indemniza el daño «directo e inmediato» y tratándose de culpa leve solo el «daño previsible» (artículo 1321 del Código Civil[30]); en cambio,

---

[28] Espinoza Espinoza (2002: 33).

[29] CD Explorador Jurisprudencial. Data 20000. Gaceta Jurídica S.A.

[30] Artículo 1321: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la

en la responsabilidad extracontractual no se hace esa distinción. Asimismo, en la responsabilidad contractual no se repara el daño a la persona, mientras que en la responsabilidad extracontractual se lo tiene en cuenta para efectos de la indemnización. Al respecto se debe tener en cuenta lo siguiente:

a) En lo que se refiere al daño directo, la doctrina no le ha dado un tratamiento como tal, identificándolo, por oposición, con los daños indirectos; sin embargo, aun la noción de daños indirectos puede contener diversos significados, en ese sentido, Fernando de Trazegnies dice que unas veces, el daño indirecto resulta un equivalente al daño extrapatrimonial; otras veces, se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y complementario al daño corporal (lucro cesante). También se ha empleado esta expresión para distinguir los perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) sino por otras personas a través de una cascada causal de daños[31].

Considero que no se puede pretender identificar el daño indirecto con el daño extrapatrimonial o con el lucro cesante, ya que estos últimos daños tienen una definición propia, por lo que se debe rechazar estas acepciones; asimismo, la última acepción confunde el daño con la relación de causalidad, ya que en la relación causal se establece todos los hechos que son causa del daño, y que por tanto hacen al dañador causante de ellos, surgiendo las teorías de la causa próxima y causa adecuada; mientras que en el tipo de daño, solo se identifica la naturaleza y extensión de la afectación sufrida por la víctima; razón por la que también rechazamos esta acepción; e identificamos el concepto de daño directo con el de la «afectación personal de la víctima»; por lo que estando a lo expuesto por Jorge Beltrán, si el daño se concibe como un menoscabo a un interés —diferenciado con el bien jurídico que es concretamente afectado—, la víctima no necesariamente va a ser el sujeto que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado[32].

Es decir, cuando se pretende hacer la distinción de los regímenes de responsabilidad civil, se dice que en el régimen contractual solo se repara el daño directo, pero teniendo en cuenta que el daño directo es la afectación personal que sufre la víctima, podemos concluir que nadie puede ser indemnizado por el daño de otro, por lo que este requisito se cumple en ambos regímenes de responsabilidad civil; ya que resultaría ilógico pensar que mientras en la responsabilidad contractual se requiere que la afectación sea personal (daño directo), en la responsabilidad

obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».

[31] De Trazegnies (1985: 18).

[32] Beltrán Pacheco (2001: 4).

extracontractual, se puede demandar por un daño ajeno, sin tener la representación de la víctima (daño indirecto), ya que ello contravendría lo dispuesto por el artículo VI del título preliminar del Código Civil[33].

b) El daño inmediato, también ha sido relacionado con la causalidad inmediata o próxima y con el daño futuro; ya que se sostiene que cuando nuestro Código Civil hace mención a las «consecuencias inmediatas» se está refiriendo a que la causalidad es próxima o que el daño a indemnizarse es el daño presente y no el daño futuro; sin embargo, en este punto nos limitaremos a lo relacionado con el daño futuro, ya que el tema de la causalidad será tratado más adelante.

Según Fernando de Trazegnies, cuando hablamos de daño futuro, nos referimos al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar, pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde, como consecuencia retardada del mismo hecho dañino. Por consiguiente, el daño futuro no es propiamente tal, sino que está ya implícito en el acto dañino: es el daño presente que se prolonga en el futuro, pero que nace en el mismo pasado del acto dañino[34].

Quienes sostienen la separación de los dos regímenes de responsabilidad, afirman que en la responsabilidad contractual solo se indemnizan los daños presentes o inmediatos, mientras que en la responsabilidad extracontractual se indemnizan los daños presentes o inmediatos y los daños futuros o mediatos; sin embargo, estando a la definición citada, los daños futuros deben de tener una manifestación presente para que puedan ser indemnizados, es decir, el requisito de certeza de los daños futuros nos lleva a pensar de que dichos daños tienen una parte presente y una parte «aparentemente» futura, como prolongación del daño presente; con lo cual, aun en la responsabilidad contractual se tendría que indemnizar los daños mal llamados futuros, ya que estos son una prolongación de los daños presentes.

c) El tercer concepto de «previsibilidad», toda la doctrina y jurisprudencia lo refiere al factor de atribución como el deber de previsión como conformante del deber de diligencia o al factor de exoneración como un requisito del caso fortuito y fuerza mayor, que ocurren en ambos supuestos de responsabilidad.

d) El daño a la persona: otra diferencia aparente la encontramos en que mientras en el artículo 1322 del Código Civil[35] (inejecución de obligaciones), se habla de que la responsabilidad contractual comprende el daño moral, en el

---

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

[34] De Trazegnies (1985: 19).

[35] Artículo 1322: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».

artículo 1985 del mismo cuerpo legal[36] se dice de que en la responsabilidad extracontractual se indemniza el daño moral y el daño a la persona.

En la exposición de motivos del artículo 1322, cuyo ponente es el doctor Felipe Osterling, se establece que:

> El artículo 1322 contiene una regla novedosa y de importancia relevante en la legislación peruana. Ella se refiere al daño moral por inejecución de las obligaciones. Daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material[37].

Fernández Sessarego dice que el daño subjetivo o daño a la persona es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte. Dada la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o varias de sus múltiples manifestaciones. Como el ser humano es una unidad sicosomática sustentada en la libertad, los daños que contra ella se cometan pueden lesionar alguno o varios de los aspectos somáticos o síquicos del sujeto o incidir en su propia libertad[38].

Como se observa, no existe una diferencia sustancial entre lo que la exposición de motivos del artículo 1322 establece como daño moral y lo que Fernández Sessarego afirma que es el daño a la persona, por lo cual, se debe entender de que aun en la responsabilidad contractual se indemniza el daño a la persona. Más aún si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos del artículo 1985 se comenta que: «No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de 'el daño a la persona'».

Es decir, cuando se redactó el Código Civil de 1984, no existía una diferencia clara entre el daño moral y el daño a la persona, por lo que se pensaba que ambos eran un mismo daño; por lo que la inclusión del «daño a la persona» en la responsabilidad extracontractual y, no en la contractual, no puede tomarse como si los legisladores hubieran querido restringir la extensión de la indemnización del daño contractual, siendo viable su reparación en cualesquiera de los

---

[36] Artículo 1985: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

[37] Revoredo (1985: 449).

[38] Fernández Sessarego (2000: 15).

regímenes de la responsabilidad. Tan es así, que en el actual proyecto de reforma del Código Civil se ha incluido el daño a la persona como un daño indemnizable por inejecución de obligaciones[39].

La injusticia del daño

En ambos regímenes el daño debe ser antijurídico o ilícito, en otras palabras, para que exista obligación de reparar, la conducta del dañador debe ser contraria al ordenamiento jurídico; salvo que exista una causa de justificación —ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad—[40] o convenio —de irresponsabilidad o asunción del riesgo—.

Lizardo Taboada afirma que la antijuricidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, sea esta contractual o extracontractual. Es decir, es necesario que la conducta sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual[41].

Como vemos, en la concepción tradicional ya existía consenso en que el daño debe ser antijurídico o ilícito, ya sea este contractual o extracontractual. No obstante, creo necesario hacer la salvedad de que si bien los autores citados, utilizan los términos tradicionales de antijuricidad o ilicitud del daño, nosotros preferimos el término de «injusticia del daño», ya que, junto con Eduardo Seminario Stulpa, no es la antijuricidad o ilicitud del obrar del agente el elemento determinante para calificar un supuesto de hecho como uno de responsabilidad civil, sino que lo fundamental es la injusticia del daño padecido por la víctima. Por lo que el solo padecimiento del daño por la víctima lo hace injusto; y, por

---

[39] Artículo 1322. Daño al sujeto de derecho. Daño moral. El daño a la persona, así como el daño moral, cuando se hubieran irrogado, también son susceptibles de reparación. Exposición de motivos: La propuesta tiene por propósito armonizar el contenido de este artículo con el del artículo 1985 que distingue claramente, en relación con la responsabilidad extracontractual, el daño a la persona y el daño moral. Ambos pueden irrogarse también en el ámbito obligacional. Si bien, 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—, dado que el artículo 1985 los diferencia, se justifica precisar los conceptos para evitar dudas en cuanto a sus reales alcances. (en <www.minjus.gob.pe> 29 de agosto del 2006).

[40] Artículo 1971: «No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1. En el ejercicio regular de un derecho. 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno. 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro».

[41] Taboada (2001: 29-30).

lo tanto, generador de responsabilidad contractual o extracontractual, salvo la existencia de una causa de inmunidad que pueda alegar el agente, la cual tendría como efecto el calificar de no injusto el daño[42].

Existen supuestos en los cuales la conducta no es antijurídica ni ilícita, porque el daño está permitido por la ley; pero de igual forma se debe indemnizar a la víctima, por ser injusto que la víctima asuma el daño. Por ejemplo, el caso del vecino que para salvar su predio está autorizado para realizar obras o destruir parte del de su vecino (daño), pero debe pagar una indemnización[43] o, en el caso del copropietario, que puede usar de forma exclusiva el bien común (daño), pero tiene que indemnizar a los otros copropietarios que no lo usan[44].

En ambos casos, los comportamientos están permitidos por la ley, por lo que no pueden ser considerados como ilícitos o antijurídicos; sin embargo, los autores deben de indemnizar a las víctimas, es por esta razón que creemos que el requisito del daño indemnizable no es que sea antijurídico (contrario a derecho) o ilícito (contrario a las normas), sino más bien que sea «injusto».

Un solo nexo causal

Como ya se dijo anteriormente, quienes sostienen la división de los regímenes de la responsabilidad civil, afirman que en la responsabilidad contractual se utiliza el criterio de la causa próxima; mientras que en la responsabilidad extracontractual se utiliza el criterio de la causa adecuada; al respecto, Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre opinan que la teoría de la causa próxima parecería haber sido asumida en el Perú por el sistema de responsabilidad civil contractual (inejecución de obligaciones) en el artículo 1321 del Código Civil de 1984, cuando utiliza la expresión «consecuencia inmediata y directa», sin que tal adopción haya sido excluyente[45], mientras que cabe precisar que la teoría de la causa adecuada parecería haber sido asumida por el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el artículo 1985 del Código citado, postulando un criterio de «razonabilidad» y «probabilidad» para la realización del análisis de las condiciones, al referirse a la necesidad de que exista «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido»[46].

---

[42] Seminario Stulpa (1995: 334).

[43] Artículo 959: «El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados».

[44] Artículo 975: «El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 731».

[45] Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003: 506).

[46] Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003: 511).

En este mismo sentido, Rómulo Morales Hervias afirma que el Código Civil peruano regula la teoría de la causa adecuada en materia de responsabilidad extracontractual y en el incumplimiento de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima[47].

Nuestro Código Civil no ha determinado de manera expresa y excluyente que para la inejecución de las obligaciones se debe adoptar la teoría de la causa próxima, siendo esta afirmación una interpretación que, algunos autores, le dan al segundo párrafo del artículo 1321[48]. Sin embargo, existe otra posición que afirma que lo dispuesto por la norma antes citada no se refiere a la relación de causalidad (causa del hecho) sino, más bien, a la determinación de las consecuencias dañosas y, más puntualmente, a aquellas que el responsable deberá resarcir; por lo que se puede hacer una interpretación analógica de la regla contemplada en el artículo 1985 del Código Civil, que se refiere a la teoría de la causalidad adecuada, con el fin de aplicar esta teoría al sistema de la inejecución de obligaciones[49].

En efecto, la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, no contiene un precepto claro y definido sobre la teoría de la causalidad aplicada en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, situación diversa a la que se presenta en la responsabilidad civil extracontractual, en la cual el artículo 1985 del Código antes citado, establece de manera clara y contundente que la teoría a aplicarse es la de la causa adecuada; por lo que no se puede afirmar que el legislador haya querido distinguir el nexo causal entre los regímenes de responsabilidad civil, ya que el segundo párrafo del artículo 1321 admite varias interpretaciones.

De Trazegnies al referirse a las consecuencias inmediatas y directas en los códigos civiles italianos y franceses sostiene, citando a los Mazeud, que la expresión «daño directo» debe ser entendida como daño necesario o consecuencia necesaria, porque no se trata de reparar solo el primer perjuicio sino también el segundo y todos los demás, siempre que exista relación de causalidad[50].

Más aún si se tiene en cuenta que, tal como lo dice el mismo de Trazegnies, la teoría de la causa próxima presenta problemas porque tiende a echar una cortina de humo que hace invisible la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño. Este tipo de planteamientos haría excesivamente

---

47 Morales Hervias (2005: 336).

48 Artículo 1321: «[…] El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución […]».

49 Pazos Hayashida (2004: 920).

50 De Trazegnies (1985: 337).

estrecho —y muchas veces injusto— el campo de la causalidad[51]; por esta razón, el Código Civil peruano prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la «adecuada» (aunque el autor prefiere llamarla «causa normal»)[52].

Es decir, la causa próxima resulta restrictiva e injusta, ya que libera de responsabilidad a aquellos dañadores que no han participado corporalmente en el hecho dañoso, pero que si han contribuido a que este se realice; por lo que si se pretende aplicar la causa próxima en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, se estaría restringiendo, de manera injustificada, el número de agentes causantes del daño.

En ese sentido, Juan Espinoza sostiene que la teoría de la causa próxima fue utilizada por los operadores jurídicos como el producto de una política tendiente a proteger los intereses económicos de los dueños de las fábricas o de las empresas ferroviarias, haciendo que sean responsables (únicamente) sus dependientes en tanto causante directos o próximos del daño ocurrido, teniendo como consecuencias que la víctima terminaba con asumir los costos de sus daños[53].

En la exposición de motivos del artículo 1321 se sostiene que «[…] el segundo párrafo del artículo 1321 comentado, consigna otro precepto importante: la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, trátese de daños y perjuicios previstos o no previstos […]»[54].

Nótese que no se hace referencia a los agentes causantes del daño, sino más bien se refiere a las consecuencias que genera el daño —punto que desarrollamos cuando tratamos el daño directo y el daño inmediato—; por lo que me adhiero a la posición que Juan Espinoza propone, en el sentido de que la interpretación del segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, va más allá de su literalidad, entendiéndose que no regula el aspecto de la relación de causalidad, sino el límite del *quantum* resarcitorio[55].

Conjuntamente con los argumentos antes expuestos, el criterio de la causa próxima, es contradictorio a la función principal de la responsabilidad civil en general, ya que si se pretende reparar o satisfacer los intereses lesionados con el daño, no se puede restringir el número de agentes dañadores, liberando de manera injustificada a aquellos que si bien no han participado de manera corporal

---

[51] De Trazegnies (1985: 287).

[52] De Trazegnies (1985: 293).

[53] Espinoza Espinoza (2002: 118).

[54] Revoredo (1985: 448).

[55] Espinoza Espinoza (2002: 120).

en el hecho dañoso, sí han contribuido en la producción del daño; ya que ello conllevaría a la disminución de las expectativas de reparación que tiene la víctima, obligándola a internalizar un daño injustamente causado, contraviniendo, en última instancia, la función reparadora o satisfactiva de la responsabilidad civil.

La diligencia posible como factor de atribución común

Quienes sostienen la incompatibilidad de los regímenes de responsabilidad civil, afirman que en la responsabilidad contractual se admite únicamente el factor de atribución subjetivo (artículo 1314)[56] mientras que en la responsabilidad extracontractual se admite el factor de atribución subjetivo (artículo 1969)[57] y objetivo (artículo 1970)[58] por lo que no se puede alegar «el riesgo» en el régimen de responsabilidad contractual[59].

Asimismo, se afirma que en la responsabilidad contractual existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329)[60], el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1333)[61]. Mientras

---

[56] Artículo 1314: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

[57] Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

[58] Artículo 1970: «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».

[59] «Dado que lo pretendido por el demandante está regulado por las reglas de la responsabilidad contractual o de inejecución de obligaciones, el actor debió tramitar su pretensión indemnizatoria mediante la acción pertinente, y no bajo los causes de la responsabilidad extracontractual […] las instancias de mérito, lejos de advertir la situación alegada precedentemente, resolvieron en base a las normas de la responsabilidad extracontractual, declarando fundada la demanda, precisando la resolución de vista que es de aplicación el artículo 1970 del Código Civil, por considerar que los daños se han producido como consecuencia de que el actor ha realizado una actividad riesgosa […]. Por lo que declararon *fundado* el recurso de casación, en consecuencia *nula* la resolución de vista, y actuando en sede de instancia *revocaron* la apelada; y, *reformándola* declararon improcedente la demanda» (casación 3166-2000-Lima, publicada en la separata especial de sentencias en casación, del diario oficial El Peruano (2 de julio de 2001: 7348).

[60] Artículo 1329: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

[61] Artículo 1333: «Incurre 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».

que en la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969[62] y[63].

A continuación, analizaremos cada uno de los argumentos señalados.

1. El factor objetivo en la responsabilidad por inejecución de obligaciones

Antes de analizar si es viable o no la aplicación de un criterio objetivo en la responsabilidad contractual, debemos establecer el nivel de diligencia que el deudor debe mantener en el cumplimiento de la obligación.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1267 que «la culpa es lata, leve o levísima. Lata es aquella que consiste en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que está al alcance de los hombres menos cautos o avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes».

Francisco García Calderón comentaba que, para que se pueda hacer efectiva la responsabilidad, se requiere que se pruebe que hubo culpa; pues las leyes parten del principio de que los hombres son buenos, y que no tienen ánimo de dañarse recíprocamente. Esta responsabilidad es más o menos extensa, por lo que para apreciar debidamente estas diferencias, se divide la culpa en lata, leve y levísima, según sea más o menos grave el hecho u omisión[64].

Es decir, se consideraba a la culpa como una conducta contraria a la que los hombres naturalmente tienen —«los hombres son buenos»—, por lo que hay que sancionarlos de acuerdo a la gravedad de su comportamiento, estableciéndose una graduación de culpas y de diligencias. Este texto legal admite varios grados de diligencia.

En el Código Civil de 1936, se abandonó la idea de la graduación de las culpas, ya que en su artículo 1322 se establecía que «la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Al respecto, José León Barandiarán opinaba que se abandona el sistema descendente del derecho romano, basado en la artificiosa graduación de la culpa en lata, leve y levísima, y la remisión al tipo abstracto del bonus pater familias para establecer tal graduación. No es necesario, pues graduar la culpa en grave, leve y levísima, ya que en cada caso se presenta una cuestión propia de hecho,

---

[62] Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

[63] Leysser (2005: 298).

[64] García Calderón (1987: 661).

relativa a si el obligado usó la diligencia que era de exigírsele para determinar si le incumbe o no culpa[65].

De lo dicho, se desprende que el código de 1936 dejaba en manos de los jueces la determinación de la diligencia exigible para el deudor, de acuerdo a la naturaleza de la obligación, a las circunstancias de personas, tiempo y lugar; y conforme a esa diligencia se establecía si era responsable o no. Este código adoptaba un solo grado de diligencia, la «exigible».

El Código Civil de 1984, desechó la concepción del «buen padre de familia» y retornó a la concepción gradualista de la culpa. En su artículo 1314 prescribe que: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Felipe Osterling Parodi, ponente del libro de obligaciones, al referirse a la diligencia señala que, la noción de buen padre de familia devino en cierto desgaste por su obsolescencia. Esta noción no conduce a una apreciación justa de las obligaciones de un deudor, puesto que la actitud de cuidado que se espera de un deudor no es la misma que la que se espera de un buen padre de familia. Es mejor buscar un modelo más cercano a la realidad de las relaciones obligatorias. Dentro de este orden de ideas, es más lógico referirse al hombre medio normal, quien idealmente toma las precauciones y previsiones necesarias, y se comporta —en general— con la diligencia esperada (diligencia ordinaria)[66].

Es decir, nuestro código actual ha adoptado el criterio de «diligencia ordinaria», la cual se ha concebido como la prueba de «la no culpa» (criterio subjetivo); sin embargo, se debe tener en cuenta que el concepto tradicional de obligación se ha transformado de una visión de relación entre dos sujetos, en virtud de la cual uno denominado «deudor» se compromete a un deber de prestación en favor de otro denominado «acreedor» que tiene el derecho a esa prestación; a la visión de una «vinculación intersubjetiva concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social (satisfacción de una necesidad), dirigida a la tutela de intereses que han merecido juricidad por el orden jurídico positivo»[67], por lo que el interés del acreedor es indispensable para el surgimiento de la relación obligatoria; pero, además debe subsistir durante la vigencia de aquella, de tal manera que si desaparece el interés en la cooperación ajena deja de tener sentido mantener vigente la relación obligatoria[68].

---

[65] León Barandiarán (1992: 624-625).

[66] Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003: 582).

[67] Fernández Cruz (*Themis*, números 27-28: 48).

[68] Varchi Velaochaga (1997: 87).

Creo que la diligencia ordinaria, es incompatible con la nueva concepción de obligación, ya que no incentiva a los deudores a que busquen la satisfacción del interés del acreedor. Es más, mediatiza la actitud del deudor para desplegar su actividad con el mejor esfuerzo, mediante la adopción de todas las medidas y el uso de todos los medios que sean posibles para alcanzar la finalidad de la obligación: «a satisfacción del interés creditorio».

Por ello, adopto la posición de Gastón Fernández quien afirma que la coordinación de los artículos 1314[69], 1315[70] y 1316[71] del Código Civil, dentro de las normas de inejecución de obligaciones, debe significar que «la diligencia termina donde empieza la imposibilidad»[72]; y que el juicio de imposibilidad debe ser siempre objetivo, pues afirmar una imposibilidad subjetiva implicaría reconocer a la diligencia —y no a la imposibilidad misma— como límite de la responsabilidad del deudor[73].

Ello nos lleva a pensar, que si bien en la responsabilidad por inejecución de obligaciones se debe analizar la conducta del deudor (factor subjetivo); esta conducta debe haber sido diligente, hasta el límite de la posibilidad (factor objetivo), ya que si el deudor no ha hecho todo lo posible para cumplir con la obligación será responsable por los daños y perjuicios que cause su incumplimiento; pero si ha actuado con la diligencia posible, es decir, ha hecho todo lo posible para cumplir con su obligación, y a pesar de ello ha incumplido, no es responsable, ya que su incumplimiento se debe al caso fortuito o fuerza mayor (supuestos de imposibilidad).

---

[69] Artículo 1314: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

[70] Artículo 1315: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

[71] Artículo 1316: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que solo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

[72] Fernández Cruz (2004: 862).

[73] Fernández Cruz (2004: 863).

2. El factor objetivo en la responsabilidad extracontractual

Nuestro código actual establece en su artículo 1970 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». Esta norma introduce de manera expresa el criterio objetivo del riesgo para la responsabilidad extracontractual.

En su exposición de motivos se dice que ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa en el agente. Se puede decir que existe una especie de culpa virtual en dicho agente, por el hecho de la utilización de la cosa riesgosa o de la actividad peligrosa. Los cambios en la vida social, el vivir peligrosamente como decía Nietzsche, ha llevado a la sociedad a crear este tipo de responsabilidad diferente a la subjetiva por lo antes indicado, en la que no se requiere dolo o culpa, y diferente de la responsabilidad objetiva, pues no se trata de todos los casos en los que se produce daño, sino solo de algunos en que se emplea un instrumento o un quehacer que en sí es riesgoso o peligroso; pudiendo darse el caso de que dentro de la evolución humana aparezcan nuevos supuestos riesgosos o peligrosos, por ejemplo, el uso de la energía nuclear[74].

Sin embargo, ¿este supuesto descarta toda evaluación de la diligencia?

La casación 1708-03-Huaura[75] (que es representativa de muchas otras), establece que:

> La sala de mérito al aplicar el artículo 1970 del Código Civil ha tenido en cuenta que está acreditado, conforme aparece del proceso penal acompañado, que el citado accidente que causó la muerte del hijo del demandante se debió a la colisión entre los dos vehículos motorizados antes descritos, debiéndose tener en cuenta que la actividad de conducir es una actividad riesgosa que requiere de un especial cuidado y máxima atención por parte de quien la realiza, lo que sugiere, en el caso de que los daños sean producidos por vehículos motorizados debe aplicarse el principio objetivo de responsabilidad que sirve de fundamento a la responsabilidad por riesgo».

La casación 1312-96-Lambayeque[76] establece que:

> Para responsabilizar la actividad de un médico y en general toda actividad de prestaciones de salud, aun sea en casos de responsabilidad objetiva, el demandante tiene que acreditar la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción de daño, circunstancia que en autos no se ha acreditado plenamente conforme lo ha establecido la sentencia recurrida […]. Que, no se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa».

---

[74] Revoredo (1985: 800).

[75] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (30 de abril de 2004: 11836).

[76] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (3 de enero de 1998: 351).

Es decir, aun en la responsabilidad objetiva extracontractual, no se desecha el análisis de la conducta del causante del daño, a efecto de establecer si la diligencia utilizada ha sido la requerida y posible; para descartar el caso fortuito o fuerza mayor, como factor exoneratorio de responsabilidad.

3. La presunción de culpa en ambos regímenes

Como se dijo anteriormente, quienes sostienen la división de la responsabilidad civil, afirman que en la responsabilidad contractual existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329)[77]; el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1333)[78]. Mientras que en la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969)[79 y 80].

Sin embargo, conforme ya lo hemos desarrollado en el punto anterior, la graduación de culpas tenía su razón de ser, cuando existían diversos tipos de diligencia, pero si nuestro Código Civil requiere que el dañador actúe con la diligencia posible, para que se exima de responsabilidad civil por ruptura del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor), la presunción de culpa también carece de fundamento, más aún si el artículo 1329 del Código Civil[81] contiene el principio de «presunción de culpa leve» para la responsabilidad por inejecución de obligaciones, por lo que no tiene razón de ser la probanza de la culpa inexcusable, ya que basta que se incumpla la obligación para que se presuma la culpa leve del deudor y que ello genere responsabilidad[82].

---

[77] Artículo 1329: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

[78] Artículo 1333: «Incurre 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».

[79] Artículo 1969: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

[80] Leysser (2005: 298).

[81] Artículo 1329: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

[82] Se debe tener presente que aun cuando el deudor incurra en culpa inexcusable o dolo, el monto indemnizatorio no aumenta, y que cuando el deudor incurre en culpa leve, el monto indemnizatorio tampoco disminuye, por cuanto la finalidad de la responsabilidad civil, en su conjunto, es reparar la afectación al interés lesionado.

Lo antes expuesto se manifiesta en la casación 2482-2001-Lima[83] en la que se establece lo siguiente:

> «[…] en cuanto al artículo mil trescientos veintiuno, la recurrente fundamenta su denuncia en que no existe responsabilidad en tanto no exista factor de atribución de responsabilidad (dolo o culpa); sin embargo, cabe señalar que si bien es cierto que a tenor de dicha norma quien no ejecuta sus obligaciones por dolo y culpa inexcusable queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, también lo es que la misma norma regula el supuesto de indemnización por inejecución de obligaciones por culpa leve del deudor, lo que significa que la sola existencia de culpa leve basta para que proceda la acción propuesta, siendo adeudado acotar que la culpa leve se presume conforme dispone el artículo mil trescientos veintinueve del Código Civil; y en el presente caso, al no advertirse de autos que dicha presunción ha sido desvirtuada por la demandada, esta queda obligada igualmente a la indemnización solicitada.

Es decir, aunque nuestro código establezca que la culpa inexcusable debe ser probada, en la práctica, dicha norma no tiene mayor incidencia en la atribución de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, ya que al existir la presunción de la culpa leve, bastará el incumplimiento para que se atribuya la responsabilidad.

5. La solidaridad

Mientras que en la responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) la solidaridad no se presume, en la responsabilidad extracontractual se presume, lo que ha llevado a que se afirme que ambos regímenes son incompatibles.

El artículo 1325 del Código Civil establece que «el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario».

Por ello, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre dicen que, ante el incumplimiento de una obligación que se ejecuta por un tercero contratado por el deudor, el acreedor puede accionar en contra del deudor y de quien causó el daño directamente; sin embargo, cuando el acreedor acciona en contra del deudor estamos ante una responsabilidad contractual, pudiendo el deudor pedir, en vía acción de regreso, que el tercero le reembolse la indemnización pagada; pero si el acreedor demanda directamente al tercero, al no existir un vínculo jurídico preexistente, corresponde a la responsabilidad civil extracontractual[84].

---

[83] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (1 de abril de 2002: 8517).

[84] Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003: 799-800).

Pero, ¿realmente en la responsabilidad por inejecución de obligaciones no hay responsabilidad solidaria entre el deudor y el tercero que ejecutó la prestación?

El último párrafo del artículo 32 del decreto legislativo 716[85] ley de protección al consumidor, establece que para todas las relaciones de consumo los proveedores son responsables solidarios[86]; asimismo, el artículo 29 de la ley del transporte 27181[87] señala que existe responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo, el conductor, y de ser el caso, el prestador del servicio.

En efecto, en los daños ocasionados en la producción de bienes o servicios masivos, existe responsabilidad solidaria y en todo caso, fuera de estos casos, si en el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones se quisiera demandar a un tercero ajeno al contrato y al deudor, se pueden acumular en forma subjetiva las pretensiones, siempre y cuando el hecho dañoso sea el mismo.

6. Los intereses

El artículo 1334 del Código Civil establece que: «En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985».

Comentando este artículo, Felipe Osterling y Mario Castillo dicen que el numeral 1334 tiene como propósito aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, ilíquido, cuya cuantía requiera ser determinada por el juez, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda. Exceptuándose la regla contenida en el artículo 1985, ya que este último precepto

---

[85] Artículo: «[…] La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto».

[86] Según lo dispuesto por el artículo 3 inciso b) del decreto legislativo 716, son considerados proveedores: «Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: b.1. Distribuidores o comerciantes. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. b.2. Productores o fabricantes. Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. b.3. Importadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. b.4. Prestadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores».

[87] Artículo 29: «La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los danos y perjuicios causados».

señala que el monto de la indemnización por daños y perjuicios extracontractuales devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. La excepción se justifica, puesto que cuando la deuda se deriva de acto ilícito, el deudor incurre en mora automática desde que comete el acto dañoso[88].

Ello ha llevado a que autores, como Leysser León[89], sostengan que una de las diferencias que hacen a ambos regímenes incompatibles es que en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor; mientras que en la responsabilidad extracontractual, los intereses se devengan desde la fecha en que se produjo el daño.

Sin embargo, existe un requisito que es necesario para cualquier daño indemnizable, «la certeza», en este sentido, Fernando de Trazegnies dice que existen diferentes daños reparables, pero ante todo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño[90].

Recordando lo expuesto en los puntos anteriores, el deudor cumple con su obligación cuando satisface el interés de su acreedor, contrario sensu, el deudor incumple su obligación cuando el interés del acreedor está insatisfecho.

Pero, ¿cuándo podemos tener certeza que el interés del acreedor está insatisfecho?

Siendo un aspecto totalmente subjetivo, solo se puede tener certeza del mismo, cuando este se materializa en actos externos, por ejemplo, al momento de contratar, el acreedor manifiesta el interés que necesita que el deudor satisfaga; por lo que al momento de incumplirse la obligación, el acreedor manifiesta su insatisfacción con la constitución en mora.

Por ello, la exposición de motivos del Código Civil nos dice que «vencida la obligación, si el acreedor no la exige (a través de la mora) demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo»[91].

Es decir, mientras el acreedor no constituya en mora a su deudor, no existe la certeza de que se le está ocasionando un daño, porque puede darse el caso que, por factores externos, su interés haya sido satisfecho de alguna otra manera, existiendo solo un peligro potencial de daño. Mientras que en la responsabilidad

---

88 Osterling Parodi y Castillo Freyre (2004: 1049).

89 Leysser (2005: 298).

90 De Trazegnies (1985: 17).

91 Código Civil. Exposición de motivos y comentarios (tomo V: 459).

extracontractual, el daño es cierto desde que se produce, por ello, Felipe Osterling y Mario Castillo dicen que en la responsabilidad extracontractual existe una mora automática.

Por estas razones consideramos que en ambos regímenes de responsabilidad los intereses se generan desde el momento en que el daño es cierto, siendo en la responsabilidad por inejecución de obligaciones, desde que el acreedor manifiesta su insatisfacción a través de la constitución en mora; y, en la responsabilidad extracontractual, desde la fecha en que se produjo el hecho dañoso, que genera una mora automática.

7. El principio del *iura novit curia* permite la compatibilización

¿Si en la demanda se fundamenta la responsabilidad en normas correspondientes a un régimen, el juez podrá aplicar las normas del otro?

Antes de intentar dar una respuesta a esta interrogante, analicemos la casación 344-00-Lima, la cual establece que:

> […] en el contrato verbal sobre prestación de servicios como el de autos, existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además, «la violación del deber genérico de no causar daño a otro», lo que según la doctrina ingresa en la esfera de la relación extracontractual. Tercero. Que, conviene clarificar los alcances del considerando anterior del modo siguiente: a) que la «causa petendi» como elemento identificador de la acción, está formado por dos elementos, el fáctico y el jurídico, durante mucho tiempo se ha considerado que la causa de pedir se integraba tanto con los hechos como con la calificación jurídica de estos, sin embargo, la doctrina francesa a partir de la teoría de Motulski (citada por los profesores Santiago Cabanillas Mujica e Isabel Tapia Fernández en su obra *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual,* editorial Centro de Estudios Ramón Araces Sociedad Anónima, Madrid), «no veía en la causa de pedir más que el elemento de hecho o de los hechos invocados por el actor, independientemente de su calificación jurídica» […] que este segundo elemento otorga la libertad que el juez necesita para definir el conflicto de intereses según la máxima *iura novit curia*; b) que el elemento puramente normativo para su aplicación requiere inevitablemente de la interpretación jurídica de los hechos, criterio recogido por nuestro ordenamiento jurídico en tratamiento sustantivo y procesal que fluye tanto del artículo VII del título preliminar del Código Civil como del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil, conforme a los cuales «el juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente»; c) que en consecuencia, en una correcta delimitación de la acción, la causa de pedir está determinada como se ha dicho con los hechos alegados y no con el membrete que puede consignarse como sumilla en el escrito de demanda.

El principio del *iura novit curia*, también fue aplicado en la casación 2051-98-Lima[92] y en la casación 2535-2001-Ucayali[93] agregándose en esta última lo siguiente:

> Igualmente, existen supuestos en que ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual se confunden, elaborando los doctrinarios diversas teorías que no terminan por salvar el marco de una u otra responsabilidad, *correspondiendo al juzgador, de acuerdo al caso, aplicar las normas que puedan corresponder a aquellas, buscando siempre la solución del conflicto de intereses para lograr la paz social en justicia, por ser fin del proceso de acuerdo a lo previsto en el artículo II del título preliminar del Código Procesal Civil* (el énfasis es nuestro).

Por todo ello, creemos que si se demanda responsabilidad civil bajo los fundamentos jurídicos correspondientes a uno de sus regímenes, el juzgador de considerarlo conveniente, puede resolver basado en las normas correspondientes al otro régimen, en aplicación del principio del *iura novit curia.*

No obstante, se debe tener en consideración los límites para la aplicación del citado principio, como son:

a) Congruencia: El juez al resolver no puede ir más allá del petitorio —solo resolver lo que se le pidió—. En el presente caso, lo pedido es la indemnización y el juez debe pronunciarse sobre el derecho a conceder una indemnización. Sin embargo, si en el rubro de petitorio se agrega «por responsabilidad contractual o extracontractual»; este agregado, no es parte del petitorio, sino de la fundamentación o calificación jurídica, que es objeto del principio que analizamos. En consecuencia, el juez puede calificar jurídicamente de manera distinta los hechos expuestos en la demanda.

b) *Causa petendi*: Como se desprende de lo anterior, el juez solo puede calificar los hechos, pero no puede cambiarlos o alegar hechos que no se han discutido durante el proceso.

c) El derecho de contradicción: es decir, la posibilidad de contradecir la causa petendi sostenida por la otra parte, esto es, la posibilidad de contradecir la veracidad de los hechos alegados por la otra parte. En consecuencia, si el demandante alega determinados hechos, que los califica jurídicamente como contractuales o extracontractuales, el emplazado tiene la posibilidad de contradecir esos hechos, incluso también la calificación jurídica, que en última instancia será el juez quien la determine.

Lo dicho no puede considerarse como una autorización para que el demandante pueda elegir el régimen a aplicarse, ya que este solo propone que los hechos

---

[92] Publicada en la separata especial de sentencias en casación, del diario oficial El Peruano (12 de junio de 1999: 2986).

[93] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (3 de diciembre de 2002: 9684).

sean calificados conforme a determinadas normas, pero no vincula al juzgador para que los califique de esa manera, ya que como lo dice la norma, el juez conoce el derecho debiendo aplicar las normas que corresponda, aunque no se hayan alegado o se hayan alegado erróneamente.

8. La prescripción como única diferencia

Tal como lo establece Marcial Rubio Correa, las acciones relativas al cumplimiento de la obligación o a la resolución del contrato, están destinadas a fijar los términos del desenlace de una relación obligacional y, por ello, son acciones personales sujetas al plazo de prescripción de diez años considerado en el inciso 1 del artículo 2001. El plazo tiene como término inicial el del momento en que se falta al cumplimiento de la prestación por la otra parte[94]. Mientras que en la responsabilidad extracontractual se rige por el plazo de dos años establecido en el inciso 4 del artículo 2001. El término inicial es la producción del daño[95].

Esta diferencia exige que la parte demandada, en la etapa postulatoria del proceso, haga uso de la excepción de prescripción; incluso contradiciendo el régimen invocado por la parte demandante; lo que hará que el juzgador al momento de sanear el proceso determine el régimen que debe aplicarse. En el caso que, la parte demandada no deduzca la excepción, el juzgador ya no podrá pronunciarse sobre este extremo, por cuanto la prescripción debe ser invocada y no puede ser declarada de oficio.

Sin embargo, ¿cómo distinguimos a los regímenes?

Tradicionalmente se distinguían a ambos regímenes sosteniendo que corresponde al régimen contractual cuando preexiste un contrato, y corresponde el extracontractual cuando no hay un contrato previo. Pero hoy asistimos con mucha fuerza al fenómeno de la prestación de bienes y servicios masivos en los que existe una relación de consumo, de hecho y anónima, regida generalmente no por un contrato escrito, sino por la ley.

Por ello creo que es un error denominar a la responsabilidad proveniente de la inejecución de obligaciones como responsabilidad contractual, ya que el contrato no es la única fuente de las obligaciones, sino también puede ser la promesa unilateral, la gestión de negocios, la buena fe y los usos, siendo mejor denominarla responsabilidad obligacional, y a la responsabilidad extracontractual, responsabilidad no obligacional.

---

[94] Rubio Correa (1989: 176).

[95] Rubio Correa (1989: 193).

En este sentido la casación 499-04-Lima[96] establece que:

> […] la responsabilidad civil puede configurarse cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada —responsabilidad civil obligacional o mal llamada contractual, pues la única fuente de las obligaciones no son los contratos— o por el incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daños a los demás; encontrándonos en este último ámbito en la responsabilidad extracontractual.

Entonces, siguiendo la función de previsión de la responsabilidad civil, creo que se debe adoptar la prescripción larga de diez años para los casos de las zonas grises, ya que con ello incentivamos a los proveedores de bienes y servicios a que adopten los máximos esfuerzos para evitar el daño a los consumidores.

No obstante, el hecho de que se diferencien los regímenes de responsabilidad civil en lo referente a la prescripción, de ninguna manera enerva los argumentos antes expuestos sobre la unificación, ya que se debe tener en cuenta que los plazos prescriptorios obedecen a políticas legislativas, es decir, no es que los regímenes sean diferentes, sino que el legislador ha querido darles plazos diferentes; sin embargo, el motivo de dicha distinción en los plazos, no se encuentra expuesto en ningún libro consultado para la realización del presente artículo ni mucho menos en la exposición de motivos del Código Civil.

Por todo lo dicho, consideramos que la unificación de la responsabilidad civil, debe ser tratada en la comisión de reforma del Código Civil, ya que no se justifica el pretender atribuir efectos diferentes a regímenes iguales.

9. Conclusiones

a) Es posible compatibilizar los regímenes de la responsabilidad civil, porque sus elementos son comunes y las diferencias legislativas son aparentes.

b) El principio del *iura novit curia* posibilita la compatibilización judicial, a fin de evitar sentencias inhibitorias y nuevas demandas, y a efecto de resolver definitivamente el conflicto de intereses.

c) Para efectos de la prescripción, la responsabilidad obligacional comprende el incumplimiento no solo de aquellas obligaciones que se generan de un contrato, sino de aquellas que nacen de la ley; principalmente las que rigen las relaciones entre proveedores de los bienes y servicios con los consumidores y usuarios; aplicándoles la prescripción larga como una manera de incentivar la garantía de seguridad y la idoneidad del servicio que presta su actividad empresarial.

---

[96] Publicada en la separata especial de sentencias en casación del diario oficial El Peruano (4 de enero de 2006: 15280).

d) Existen razones suficientes para que la comisión reformadora del Código Civil analice la unificación del sistema de responsabilidad civil.

Bibliografía

Beltran Pacheco, Jorge

2001 «Teoría del daño en la responsabilidad civil, tutela jurisdiccional y Prueba». Material de Lectura. Programa de actualización y perfeccionamiento. Arequipa: Academia de la Magistratura, diciembre 2001.

De Trazegnies, Fernando

1985 *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil, volumen IV, tomos I y II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Espinoza Espinoza, Juan

2002 *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, junio.

Fernandez Cruz, Gastón

2004 «Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

s/f «La Obligación: Apuntes para una dogmática del concepto». *Revista Themis*, números 27-28, Lima: Editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Sessarego, Carlos

2000 «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona». *Actualidad Jurídica*, tomo 79-B. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

García Calderon, Francisco

2003 *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomo I. Edición en facsímil de la segunda edición de 1879. Lima: Editorial Grijley.

León Barandiaran, José

[1961] *Manual del Acto Jurídico*. Cuarta Edición. Lima: Editorial Morsom S.A.

1992 «Tratado de Derecho Civil», volumen II, tomo III. *Las Obligaciones*. Lima: WG Editor, febrero 1992.

Leysser L., León

2005 «Weak legal culture & legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa». En *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Editorial Palestra.

Morales Hervias, Rómulo

2005 «La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)». En *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Editorial Palestra.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre

2003 *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen XVI, cuarta parte, tomo XI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2004 «Constitución en mora por requerimiento judicial». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI, Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Pazos Hayashida, Javier

2004 «Factor atributivo de responsabilidad. *Quantum* indemnizatorio». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas,* tomo VI. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Revoredo de Debakey, Delia (compiladora)

1985 *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Tomo V. Lima.

Rubio Correa, Marcial

1989 *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Seminario Stulpa, Eduardo

1995 «Responsabilidad Civil: Breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda». En *Diez Años. Código Civil Peruano, Balance y perspectivas*, Congreso Internacional, tomo II. Lima: Editorial WG y Universidad de Lima.

Taboada Córdoba, Lizardo

2001 «La antijuricidad como aspecto fundamental de la responsabilidad civil». Material de estudio. V curso especial de preparación de aspirantes para el primer nivel. Lima: Academia de la Magistratura. Módulo 5.

Varchi Velaochaga, Luciano

1997 «Resolución por incumplimiento del comprador». *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, número 5. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CHILENA

*Hernán Corral Talciani**

1. La responsabilidad civil medioambiental y el problema de la causalidad

Es un hecho que uno de los sectores en los que se ha avanzado más hacia la objetivación de la responsabilidad civil es el relativo al resarcimiento de los daños causados al medio ambiente.

La responsabilidad civil se presenta, en consecuencia, como uno de los medios técnico-jurídicos por los cuales se intenta proteger el medio ambiente, bien jurídico reconocido y considerado susceptible de ser tutelado en forma autónoma respecto a otros valores como la vida, la salud, la integridad patrimonial, etcétera. Por cierto, la tutela del medio ambiente no se agota en la posibilidad de aplicar los expedientes técnicos de la responsabilidad civil, ni debe considerarse que esta pueda por sí sola solucionar todos los problemas derivados de la actividad contaminante, so pena de distorsionar su naturaleza y finalidad como instrumento propio del derecho privado. Junto con la responsabilidad civil, deben colocarse instrumentos de tutela propios del derecho público, como las evaluaciones medioambientales, las sanciones administrativas y los posibles delitos ecológicos. Incluso un sistema de restauración de los daños no calificables de perjuicios materiales o morales a personas individuales (costos de saneamiento de parajes dañados, lesiones a la biodiversidad) puede ser remediado por sistemas de recuperación de los costos que no son propiamente de responsabilidad civil y que se avienen más con el derecho público. Es lo que sucede con el *Superfund*, establecido en Estados Unidos por la *Comprehensive Environmental Response*,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

Compensation and Liability Act (Cercla). La propuesta de directiva de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental ha decidido centrarse en estos daños y no incluir un sistema de reparación de daños individuales por considerarlos materia de responsabilidad civil de derecho privado[1].

Hecha esta prevención sobre la necesidad de ser más cautos a la hora de esperar de la responsabilidad civil resultados que no puede estar en condiciones de ofrecer, salvo que deje de ser reconocida como tal, es necesario convenir en que, por otro lado, es menester conseguir una modulación o adaptación de los caracteres y exigencias de la responsabilidad común para posibilitar su aplicación al sector de los daños al medio ambiente.

Este es el desafío que se encara en esta sede: de qué manera puede conseguirse una adaptación que no llegue a una desnaturalización. Por ejemplo, si hablamos del elemento «daño» parece apropiado estimar que la lesión al medio ambiente tendrá caracteres y singularidades especiales, pero que sigue respondiendo al concepto general de daño como lesión a un bien jurídico radicado en uno o más sujetos particulares. Si estimamos que hay daño al medio ambiente por la simple afectación de bienes colectivos no reconducibles a la persona o patrimonio de un sujeto individual, estaremos desmarcándonos del terreno de lo privado para incursionar en instrumentos de gestión ambiental que son de índole pública. La misma objetivación de la responsabilidad civil medioambiental, si bien prescinde de la culpa subjetiva, no por eso afirma el deber de resarcir basado en la simple causalidad material. Más bien se intenta encontrar factores de imputación del daño alternativos a los culpabilísticos; es decir, la adaptación de la responsabilidad al medio ambiente no conlleva renunciar a todo factor de imputación, sino, en ciertos casos, a cambiar su contenido.

Entre los elementos estructurales del sistema de la responsabilidad civil, tanto en la tradición latina-continental como en la del *Common Law*, tenemos el actuar injusto e imputable del demandado, el daño sufrido por el demandante y el vínculo causal entre el primero y el segundo, conocido como relación de causalidad o *causation* respectivamente.

Para la configuración de la responsabilidad civil medioambiental se presenta, pues, la cuestión de cómo adaptar el requisito de la causalidad sin que se termine por negarlo como exigencia de responsabilidad. Se trata de una cuestión por demás compleja y discutida, tanto en doctrina como jurisprudencia.

---

[1] La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental, COM 2002, 17 final, Diario Oficial C 151 del 25 de junio de 2002, se aplica únicamente a los daños a la biodiversidad, daños a las aguas y daños al suelo causados por algunas actividades ocupacionales enlistadas en un anexo.

Nuestro trabajo intentará esclarecer relativamente esta cuestión afirmando primero la necesidad de perseverar en la exigencia de la relación causal a pesar de las dificultades que se presentan para su establecimiento en materia medioambiental (acápite 2), para luego pasar revista a las fórmulas que en derecho comparado se contemplan para atenuar la exigencia o su prueba (acápite 3). Un apartado especial dedicaremos a las presunciones de la relación causal acogidas por ciertas legislaciones (acápite 4). Los problemas especiales de la relación causal: fuerza mayor, culpa de la víctima y pluralidad de los responsables forman parte del contenido de los apartados finales (acápites 5, 6, y 7), con lo cual estaremos en condiciones de proporcionar algunas conclusiones (acápite 8).

2. Necesidad de la exigencia de relación causal y dificultades para su establecimiento

La naturaleza objetiva o semiobjetiva que suele reconocerse a la responsabilidad por daño al medio ambiente determina que la discusión sobre si existe o no un deber de reparar se centre en la verificación de si la conducta del demandando ha de ser calificada como causa del daño de la víctima. Los esfuerzos de los demandados se focalizarán la mayor parte de las veces en negar o desvirtuar la existencia de un vínculo causal entre su comportamiento y el daño alegado por el demandante, ya que puede ser quizás la única forma de escapar de una sentencia condenatoria. Por el contrario, el empeño del demandante irá en la dirección contraria ya que, probado el daño y el nexo causal con la conducta del demandado, podrá ver realizadas sus pretensiones indemnizatorias.

La centralidad del rol de la causalidad en materia medioambiental es propia de todos los sectores de responsabilidad objetiva; pero en esta sede tropieza con dificultades muy serias para lograr un proceso sencillo de calificación por el juez.

Los motivos por los cuales se complejiza al máximo el establecimiento de la relación causal en la responsabilidad por daño ambiental, son variados:

a) *La naturaleza dinámica del medio ambiente*: el medio ambiente no es una realidad fija e inmóvil, sino un conjunto de elementos en continua interacción. De allí que sea casi imposible aislar completamente la conducta del demandado a la que se atribuye el daño, de otros factores —meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos, etcétera— también presentes.

b) *La contaminación crónica o progresiva*: muchas veces el daño ambiental no se produce por una sola conducta dañosa, sino por la lenta y casi imperceptible acumulación de materias tóxicas en un dilatado espacio de tiempo, de manera que la última intervención imputada al demandado, considerada en sí misma, no es la que ha provocado la lesión medioambiental.

c) *La contaminación por acumulación*: a veces el daño ambiental proviene de la acumulación de inmisiones que consideradas singularmente quedan dentro de los márgenes permitidos, pero que unidas a las de otros emisores pueden llegar a causar un grave daño al ambiente.

d) *La desconexión temporal o espacial entre acción contaminante y daño*: en ocasiones, la actividad dañosa es de antigua data y los efectos contaminantes se manifiestan mucho tiempo después, o el resultado dañoso se produce en una región geográfica distante de aquella en la que se produjo la acción contaminante (lluvia ácida, nubes tóxicas, derrames en ríos o mares).

e) *La apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos*: el conocimiento y la experiencia común no son suficientes para determinar la causa de un daño ambiental, por lo que normalmente será necesario recurrir a los informes periciales y testimonio de científicos o técnicos, costosos y difíciles de conseguir por la parte demandante, a menudo la que menos recursos económicos posee[2].

Todas estas dificultades podrían conducir a pensar que la relación de causalidad no debiera exigirse en los supuestos de responsabilidad por daño al medio ambiente. De manera que si hay un comportamiento sospechoso de producir daño ambiental y este daño se ha producido, debiera afirmarse sin más el deber de resarcir.

No es esta, sin embargo, una opción razonable, puesto que la relación de causalidad es un constitutivo esencial del concepto de responsabilidad. Los daños no se reparan frente a meras sospechas de causación. Eximir del requisito de la causalidad a la responsabilidad medioambiental significaría distorsionar el sentido de la responsabilidad civil como instrumento indemnizatorio de derecho privado. Las dificultades que se observan para lograr su establecimiento en el proceso judicial en el que se ventila el deber de reparar no son suficientes para repudiar su exigencia[3].

La legislación que se ha dictado en torno a la responsabilidad medioambiental mantiene el requisito. Entre ellas debe colocarse la nuestra, que expresamente

---

[2] Estas dificultades suelen exponerse en la mayor parte de los trabajos que tratan la materia. Por todos, puede verse Cabanillas (1996: 83-84).

[3] Señala a este respecto De Miguel (1994: 152): «Una cosa es que un juez, ante la dificultad que supone admitir la prueba de una relación de causalidad compleja, utilice otros mecanismos que, aunque no adecuados técnicamente, le ayudan a llegar a una solución justa. Otra cosa muy distinta, y en modo alguno aceptable, es afirmar que la relación de causalidad no es un ingrediente indispensable para que pueda hablarse de indemnización del resultado dañoso, ya que de ello simplemente se deriva la posibilidad de hacer a una persona responsable de la reparación de un daño respecto de cuya producción no ha intervenido en modo alguno, directa ni indirectamente, lo que, al menos desde nuestro punto de vista, no puede aceptarse». Compartimos plenamente este criterio».

señala que si bien la culpa puede presumirse, la relación causal debe ser probada. El artículo 52, inciso 2, de la Ley de Bases de Medio Ambiente chilena, ley 19.300, del 9 de marzo de 1994, después de establecer la presunción de culpa por infracción normativa, agrega que «Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido»[4].

Parece claro, entonces, que en nuestra legislación la exigencia de la relación de causalidad es un elemento imprescindible para que se configure la responsabilidad civil por daño al medioambiente. Y esta decisión del legislador nacional nos parece correcta.

Pero ¿de qué manera puede facilitarse el establecimiento del nexo causal para aliviar la posición de la víctima en esta materia? Existen varias fórmulas que se han propuesto para ello.

3. Fórmulas propuestas para facilitar el establecimiento del nexo causal

En la doctrina y jurisprudencia comparada se han propuesto variadas fórmulas que tienen por objeto adaptar el requisito de la causalidad a la responsabilidad ambiental, a manera de facilitar la carga del demandante de tener que establecerla.

3.1 La causalidad como probabilidad estadística

En la jurisprudencia norteamericana se ha hecho la distinción entre posibilidad, probabilidad y certeza de la relación causal en materia ambiental.

La distinción surge contra la tendencia científica de afirmar la causalidad únicamente cuando hay certeza plena de su presencia, y a excluirla en casos dudosos. Se afirma entonces que en el proceso de responsabilidad no se persigue el establecimiento de una causalidad de naturaleza científica o indiscutible, sino una causalidad que, en el conjunto de circunstancias, pueda ser calificada no solo de posible, sino de probable. El estándar se satisface si se prueba que la probabilidad de que una determinada emisión contaminante haya causado el daño es superior al 50%[5].

---

[4] Si la ley estimó necesario aclarar que tratándose de presunción de culpa la relación de causalidad debe ser acreditada, con mayor razón ello debe ser mantenido en los casos de responsabilidad ambiental en los que la culpa no se presume.

[5] Cf. De Miguel (1994: 157). Advierte, sin embargo, que esto no lleva a descartar la intervención de pericias científicas en el proceso de responsabilidad, que por cierto son no solo útiles, sino muchas veces imprescindibles.

3.2 La causa proporcional

De acuerdo con la fórmula anterior, si la probabilidad estadística da un resultado inferior al 50%, la responsabilidad debería descartarse. Frente a ello, también en Estados Unidos, se ha planteado que incluso en esos casos sería posible afirmar la responsabilidad, aunque limitada en proporción a esa probabilidad. Así, si existe un 20% de probabilidad de que el demandado haya causado con su acción el daño, deberá indemnizar al demandante en el 20% del total del daño provocado.

La fórmula puede parecer arbitraria, ya que depende de fijaciones de probabilidad numérica que pueden ser cuestionables. Además, cuando la probabilidad es de márgenes inferiores al 50% no puede afirmarse, en rigor, que el acontecimiento sea realmente la causa de la lesión al medio ambiente. Como dice De Miguel, «El que haya una cierta probabilidad científica de que una persona haya causado un daño no significa que de hecho haya así ocurrido, lo que impide hacer una correcta imputación jurídica del daño»[6].

3.3 El favor de la persona «más probablemente víctima»

Esta fórmula se propone para los casos en los que hay una pluralidad de personas que aducen haber sido afectadas por la acción contaminante del demandante. Por ejemplo, poblaciones afectadas por los vertidos de una industria en un cauce de agua o los depósitos de deshechos tóxicos. Se sostiene, entonces, que la causalidad ha de afirmarse respecto a aquellas personas que aparezcan como más probables víctimas (*most likely victim*), es decir, de los demandantes que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el hecho del demandado y el daño efectivo que han sufrido.

Al estar basada en cálculos de probabilidad científica, se expone a las mismas críticas que la anterior[7].

3.4 La causalidad alternativa

La teoría de la causalidad alternativa es de antigua data y se ideó principalmente para los casos de daños resultantes de actividades ilícitas masivas, en las que se desconoce el autor directo del daño. El caso típico es el de las riñas y peleas en bares[8].

---

6 De Miguel (1994: 166).

7 De Miguel (1994: 167).

8 Cf. Von Tuhr (1934, tomo I: 67-68).

La jurisprudencia holandesa la aplicó a casos de responsabilidad por productos defectuosos[9].

La fórmula puede recibir aplicación en materia ambiental cuando existen varias fuentes emisoras, entre las cuales existe alguna que causó el daño pero no es posible establecer cuál. En tal caso, todas ellas responden por el total del daño.

No obstante, puede oponerse a que en el caso de confluencia de posibles fuentes contaminantes no existe un proceso único como en el caso de la riña, sino que se trata de acciones independientes unas de otras. Y la simple posibilidad de que un agente haya causado el daño no es suficiente para afirmar la causalidad[10].

3.5 La causalidad por participación en el mercado

La teoría del *market share liability* surgió para paliar el problema de la causalidad en los casos de responsabilidad por productos defectuosos, pero a partir de allí ha sido considerada en otros ámbitos, como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

El evento que le sirve de presupuesto es nuevamente una serie de posibles demandados entre los cuales se encuentra el causante del daño cuya identificación no es posible. En vez de afirmar la responsabilidad solidaria de todos ellos, como lo haría la doctrina de la causalidad alternativa, se condena a todos los posibles causantes a indemnizar al afectado en proporción a la participación que ellos tienen con sus productos en el mercado considerado relevante.

La aplicación de la teoría al campo de la responsabilidad ambiental presenta dificultades a la hora de determinar cuál es el mercado relevante y cómo debe fijarse la cuota que corresponde a los posibles agentes emisores en dicho mercado.

Como vemos, ninguna de estas fórmulas de atenuación de la exigencia de la causalidad está exenta de críticas y de dudas sobre la consistencia de su aplicación al sector medioambiental. La única que ha ganado más preeminencia hasta lograr consagración normativa en algunos países es la que consiste en una inversión de la carga de la prueba, por la vía de presunciones de causalidad. Por su importancia, le dedicamos el acápite siguiente.

---

[9] Cf. De Miguel (1994: 169). Se refiere a los juicios por los daños producidos en las hijas de madres que consumieron la droga DES: Asunto DES-dochters, Tribunal Supremo de Holanda, 9 de octubre de 1992.

[10] Von Tuhr (1934: 67) afirma que cuando hay dos posibles ejecutores del daño pero con acciones independientes, como si se produce un hurto en una habitación en la que solo han entrado dos personas, no puede afirmarse la responsabilidad de ninguna por falta de prueba de la causalidad: «No basta la posibilidad de que una de ellas haya causado el daño, para hacerla responsable de él».

4. Presunciones de causalidad

En la responsabilidad civil, el nexo causal debe probarlo la víctima que demanda la reparación. No obstante, hay un fuerte movimiento que propicia una inversión de la carga de la prueba para ciertos sectores especiales como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

Se aducen tres razones por las cuales imponer el peso de la prueba de la falta de causalidad en el demandado resulta justificado tratándose de daños ecológicos: a) si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace del modo menos dañino, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo; b) existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos; y c) los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad.

Aunque la inversión de la carga de la prueba se aduce en doctrina y jurisprudencia en muchos ámbitos, son pocas las legislaciones que la han consagrado formalmente. La más importante de ellas es la que se contempla en la Ley Alemana de Responsabilidad del Medio Ambiente: *UmweltHG*, del 10 de diciembre de 1990.

El parágrafo 6 de la ley alemana contiene la presunción de causalidad que radica en que la instalación sea considerada «apropiada» para causar el daño que se reclama en el proceso[11]. El demandante debe probar la adecuación, hecho lo cual corresponderá al demandado destruir la presunción demostrando que, a pesar de ello, su instalación no fue la causa del daño.

No obstante, el demandado puede descartar la aplicación de la presunción si prueba que ha cumplido con los llamados *deberes de utilización*. En efecto, el número 2 del parágrafo 6 dispone que la presunción no se aplica si la instalación ha venido siendo utilizada adecuadamente y que se entiende que lo ha sido si se ha dado cumplimiento a los deberes especiales de utilización y no ha habido ninguna anomalía en su funcionamiento. En el número siguiente se precisa que son deberes especiales de utilización aquellos impuestos por autorizaciones administrativas, órdenes, ordenanzas y reglamentos imperativos, cuando sea su propósito prevenir el tipo de impactos ambientales que pueden considerarse como causa del daño. Más todavía, si esos deberes imponen un control de las actividades, se presume que el deber fue correctamente cumplido si dichos controles tuvieron lugar durante el período en que podría haberse emitido el impacto ambiental desde la instalación y de ellos resultó que no había violación de los deberes de

[11] El juicio de adecuación debe considerar el modo de producción de la instalación, la clase y concentración de las materias primas y de las emanaciones, las circunstancias meteorológicas, así como cualesquiera otras circunstancias que hablen pro o contra la causalidad.

utilización. Lo mismo sucede si la demanda de reparación es posterior en diez años al impacto ambiental.

Por si fuera poco, el parágrafo 7 ordena que la presunción no se aplique si se demuestra que existe otra circunstancia que también puede ser calificada de «apropiada» para producir el daño[12].

En consecuencia, la presunción de causalidad queda reservada para los casos en los que la instalación aparece como la única circunstancia «intrínsecamente adecuada» para producir el daño, y en los que no se ha dado cumplimiento a los deberes de correcta utilización por parte del empresario.

Otra legislación que parece haber consagrado una presunción de causalidad es la de Suecia, (sección 3 del capítulo 32 del Nuevo Código del Ambiente), porque afirma el nexo causal cuando hay pruebas *prima facie* de una probable causa. Pero la norma también puede ser entendida sencillamente como el acogimiento del criterio de la probabilidad para establecer la causalidad[13].

El ejemplo de la ley alemana ha influido para los trabajos que tienden a una posible directiva de la Unión Europea en materia de responsabilidad medioambiental. En el documento llamado *Libro blanco* presentado por la Comisión se propicia la inversión de la carga de la prueba de la causalidad, aunque sin definir sus características[14].

En Chile se ha sugerido que quizá sea posible aplicar una presunción de causalidad similar a la contemplada en la ley alemana por la vía de aplicar la disposición del artículo 2329 del Código Civil, en la interpretación que le da Alessandri como presunción de culpa por la realización de actividades que si causan daño es porque ha intervenido culpa en alguno de los agentes que intervienen en ellas (choque

---

[12] Cf. Cañizares y Rodríguez (1994: 209-228).

[13] Cf. Clarcke (s/a). Se trata de un estudio sobre la evolución reciente de la legislación en materia de responsabilidad ambiental en los Estados miembros de la Unión Europea y algunos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

[14] Comisión Europea (2000: 66 final, 9 de febrero de 2000): «En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad. El régimen comunitario también podría prever alguna de estas formas de reducción de la carga de la prueba tradicional, cuya definición específica se haría en una fase posterior».

No obstante, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental, COM 2002, 17 final-Diario Oficial C 151 del 25 de junio de 2002, ha preferido seguir el modelo de la Cercla de Estados Unidos y no regular la reparación de los daños tradicionales, individuales o personales, los que se estiman propios de la responsabilidad civil del derecho privado.

de trenes)[15]. Enrique Barros señala en este sentido que si se acepta la presunción de culpa por el hecho propio, asumiendo el criterio del *Common Law* del *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), debería extenderse dicha presunción al terreno de la causa. Se trataría de una presunción simplemente legal, por lo que la empresa o persona imputada podría liberarse del deber de reparar si prueba la causa efectiva del daño ambiental[16].

La aplicabilidad del artículo 2329, inciso 1, del Código Civil para construir una presunción de causalidad en materia de responsabilidad ambiental es, sin embargo, discutible. Primero, porque la doctrina se encuentra dividida sobre si existe o no esa presunción general de culpa por el hecho propio. Si ya se discute la presunción de culpa, más difícil es que se acepte que contiene también una presunción de causalidad. Personalmente pensamos que la norma explicita la exigencia de relación causal al señalar que debe indemnizarse todo daño «que pueda imputarse» al hecho doloso o culposo, es decir, que tenga una relación de causa a efecto con aquel[17], pero no se refiere a la prueba de la causalidad sino a su necesidad como requisito de fondo.

Hay un segundo motivo para negar que el artículo 2329 del Código Civil permita presumir la causalidad en materia ambiental: la legislación aplicable en esta materia, la ley 19.300, construyó su propia presunción de culpa, y respecto de ella advirtió que dicha presunción no eximía al actor de la prueba del nexo causal. No parece coherente, en consecuencia, sostener que la presunción de causalidad pueda ser reinstalada en ese régimen por obra de una disposición del régimen común.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la interpretación del artículo 2329 del Código Civil que quiere ver en ella una presunción de culpa y de causalidad es demasiado sinuosa al considerar los elementos que permitirían dar lugar a la presunción, de manera que prácticamente no habría accidente que no pudiera caber dentro de su órbita; siempre es posible decir que no deberían ocurrir accidentes y que si ocurrieron es porque alguien tuvo la culpa. No parece que los estrictos requisitos fijados por la legislación alemana sean reproducibles para aplicar la norma del artículo 2329 del Código Civil de una manera tan abierta como lo propone Alessandri.

Pensamos, por tanto, que no existe en el derecho chileno vigente una presunción de causalidad en materia ambiental, y que su establecimiento puede ser interesante de estudiar como cuestión de *lege ferendae*, pero no de *lege lata*.

---

[15] Cf. Alessandri (1943: 307).

[16] Barros (2006: 807-808).

[17] Corral (2003: 228-229).

Para el caso de que desee construir legalmente una presunción del nexo causal, creemos conveniente analizar muy cuidadosamente los elementos o requisitos que se tomarán en cuenta para dar lugar a la presunción. Se deberían evitar las fórmulas vagas o circulares, como la de que se presume la causalidad cuando la actividad es adecuada para causar el daño o susceptible de causarlo, etcétera. Siguiendo el ejemplo alemán, convendría circunscribir la presunción al elenco de ciertas instalaciones o empresas de riesgo ambiental y a la generación de ciertos daños típicos o especialmente graves (muerte o lesiones corporales). También podría estudiarse la posibilidad de que la causalidad se presuma siempre que un organismo técnico haya certificado la existencia *prima facie* de una relación entre el hecho y el daño[18].

5. Defensa del requisito de la causalidad como elemento esencial de la responsabilidad

Cabe notar que una cierta ansia por no dejar insatisfechas a las víctimas puede estar produciendo la tentación de no buscar una mera atenuación de la prueba de la causalidad, sino francamente su eliminación como requisito para configurar el deber de resarcimiento.

Se aduce como ejemplo que la legislación norteamericana del *Superfund* ha considerado suficiente elemento para que alguien deba responder por el daño ambiental el que se le califique como «parte potencialmente responsable», concepto amplio en el que se incluye a productores, propietarios, transportistas de sustancias peligrosas, explotadores de plantas de eliminación de residuos. Con razón se tacha esta noción como «una verdadera aberración», toda vez que exige que se hagan cargo de un daño ecológico personas cuya actividad no es seguro que lo hayan causado[19]. Esta contribución al fondo tiene más visos de ser una tasa o impuesto que una indemnización a título de responsabilidad civil[20]. La Propuesta de Directiva de la Unión Europea limita los responsables a los operadores de las actividades ocupacionales causantes del daño.

---

[18] Así lo sugiere Moreno (1991: 251-252), siguiendo el sistema establecido por una ley japonesa de 1974 sobre accidentes que repercuten en la salud en relación con la polución.

[19] Larroumet (1998: 114).

[20] El ex presidente George Bush promulgó una modificación a la Cercla (*Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act*) que intenta limitar la responsabilidad de los «*innocent landowners*» (propietarios que desconocían los vertimientos), «*bona fide prospective purcharsers*» (adquirentes de buena fe) y «*contiguous property owners*» (afectados por emisiones de predios vecinos). También exonera de responsabilidad a los microemisores siempre que sus vertimientos no superen los 100 galones si se trata de líquidos y las 200 libras si se trata de material sólido, salvo que la EPA determine que, aunque pequeña, la contribución tuvo un efecto tóxico significativo.

Otros intentos de presunción de la causalidad, como la del Proyecto del Convenio del Consejo de Europa sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados en el Ejercicio de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, induce al juez a afirmar la causalidad cuando la actividad peligrosa incremente el riesgo del daño (artículo 10).

Si bien es posible establecer una presunción de causalidad, entendemos que esta debe ser materia del legislador y no del intérprete. En todo caso, el requisito debe permanecer porque es sustancial a la estructura de la responsabilidad civil[21]. Otra cosa, por cierto, es que la causalidad legalmente exigida no pueda ser acreditada por presunciones judiciales, cumpliendo los requisitos que se establecen para que estas puedan constituir plena prueba.

La mantención del requisito de la causalidad como elemento de la responsabilidad civil medioambiental no implica, sin embargo, que deba ser acreditada con la certeza unívoca y total de una prueba científica. La afirmación o negación del nexo causal deberá ser apreciada de acuerdo con criterios prudenciales y teniendo en cuenta los antecedentes del caso[22].

6. La interrupción del nexo causal por fuerza mayor o caso fortuito

El caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos ambos como un hecho externo a la esfera de control del demandado, imprevisible y inevitable, producen un rompimiento del nexo causal y exoneran de responsabilidad al demandado, incluso aunque pueda acreditarse culpa o negligencia.

Hasta las legislaciones que establecen una responsabilidad sin culpa u objetiva por daño ambiental consideran la aplicación del caso fortuito como circunstancia eximente. Por ejemplo, la ley alemana señala que no procede la obligación de indemnizar cuando el daño se origina en fuerza mayor (artículo 4). El *Libro blanco* de la Comisión Europea señala que en una futura regulación europea de la materia debieran incluirse las eximentes generalmente aceptadas, como la fuerza mayor[23].

---

[21] Cf. Larroumet (1998: 114).

[22] Cabanillas (1996: 88-89), apoyando la posición realista del Tribunal Supremo español que propone valorar la causalidad en cada caso conforme al buen sentido y a las circunstancias concretas.

[23] Comisión Europea (2000: 19). La Propuesta de Directiva de 2002 señala como causales de exoneración: actos bélicos, un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible y las emisiones que no hayan sido consideradas perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad (artículo 9).

No obstante, la doctrina parece propiciar una restricción del concepto de caso fortuito o fuerza mayor en los daños ambientales. Se señala así que la acción contaminante supone la previsibilidad del daño en la medida en que opera dentro de la esfera de control del responsable, de manera que solo si se demuestra que este ha sido inevitable o insuperable podría considerarse configurado el caso[24]. Esto será así en la medida en que la naturaleza contaminante de la acción sea de hecho previsible, según el estado de los conocimientos técnicos y científicos disponibles a la época en que se realizó la actividad contaminante.

El caso fortuito tampoco operará cuando la exposición a su ocurrencia sea imputable a culpa del demandado. Así, si se dejó una bodega de materiales altamente inflamables sin las precauciones necesarias para evitar el fuego, se responderá por la explosión producida aunque se origine por un relámpago que impactó extraordinariamente en la bodega. Se aplicará en este caso la norma que hace responsable al deudor por el caso fortuito que ha sobrevenido por su culpa (artículo 1547, inciso 3, del Código Civil chileno).

Tratándose de actividades sensiblemente riesgosas, el legislador puede poner de cargo del sujeto agente incluso los accidentes que se produzcan por fuerza mayor o caso fortuito, o al menos especificar qué tipos de casos pueden exonerar de responsabilidad. Es lo que sucede, por ejemplo, con la Ley de Seguridad Nuclear chilena, que dispone que el explotador de una instalación nuclear responde siempre por el caso fortuito y la fuerza mayor, y solo admite la excusa respecto de algunos tipos de ellos: hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil (artículo 56, ley 18.302, 1984).

Al caso fortuito debe asimilarse la falta de conocimientos científicos que hubieran permitido advertir que una determinada actividad producía un daño al medio ambiente. En este sentido, la reciente legislación italiana sobre medio ambiente (decreto legislativo 152, del 3 de abril de 2006) establece que el operador no será responsable de los gastos de prevención o restauración cuando demuestre que no hubo comportamiento doloso o culposo de su parte y que la intervención preventiva fue causada por «una emisión o una actividad o cualquiera otro modo de utilización de un producto en el curso de una actividad que el operador demuestre no haber sido considerado probable causa de daño ambiental según el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la emisión o de la ejecución de la actividad» (artículo 308).

[24] Es esta la opinión de De Miguel (1994: 174 y ss.). Señala que se puede argumentar que el daño producido por los sujetos que desarrollan actividades contaminantes es «siempre» previsible, desde el momento en que el daño se produce dentro del ámbito de actividad del sujeto agente (p. 177).

7. La culpa de la víctima

Una de las defensas a la que los demandados recurren para tratar de desvirtuar el nexo causal es la del hecho o culpa de la víctima. La intervención de la víctima puede desplazar como causa la acción del demandado, y en tal caso se descartará toda responsabilidad por fallar el requisito de la relación de causalidad. En la mayor parte de las veces, el hecho del demandante sería apreciado como causa concurrente, que puede atenuar aunque no suprimir la conexión causal con el hecho del demandado.

No parece haber discusión acerca de que, incluso si se concibe la responsabilidad ambiental como responsabilidad objetiva, la culpa de la víctima puede ser de tal intensidad que llegue a convertirse en la única causa del daño, eximiendo al sujeto agente de toda responsabilidad por los daños ambientales producidos.

Más dudas existen acerca de si es posible concebir una moderación de la indemnización debida por el demandado cuando se pruebe que hubo culpa de la víctima concurrente con la causación del daño por el primero. Se plantea que tratándose de responsabilidad objetiva no cabe la compensación de culpas, por lo que en tal caso la indemnización deberá ser completa. Según esta posición, la culpa de la víctima debe ser apreciada con una política del «todo o nada»: si es la única causa, no se indemniza; si es causa concurrente, se debe toda la indemnización.

Con razón, se hace ver que esta consideración parece demasiado drástica y no da cuenta de que lo que debe resarcirse es el daño, y que no tiene la misma naturaleza el daño producido sin culpa ni intervención de la víctima que aquel que se ha debido en parte al actuar de esta. Se propicia, en consecuencia, que aun en los supuestos de responsabilidad objetiva, como puede ser la ambiental, debe atenuarse la responsabilidad cuando haya intervención negligente de la víctima, aunque no tenga la entidad suficiente como para quebrar la relación de causalidad con la conducta del demandado. Señala a este respecto Carlos de Miguel: «[…] parece claro que el daño co-producido por la propia víctima es menos resarcible que aquel en que la víctima no ha participado en modo alguno. El hecho de que en el caso concreto el sujeto agente sea susceptible de ser responsable objetivamente no debe tenerse en cuenta para valorar, a efectos de la concurrencia de causas, la conducta del perjudicado […] Si la víctima contribuye a la causación de su daño, en la misma medida de la intensidad y carácter de su aportación a la producción del daño deberá reducirse la responsabilidad del sujeto agente»[25].

[25] Cita la sentencia del Tribunal Supremo Español del 7 de octubre de 1988. De Miguel (1994: 179-180).

Además se advierte que, con mayor razón, si cabe, deberá producirse esta atenuación cuando la víctima se ha expuesto al daño mediante el desarrollo de una actividad riesgosa[26].

En la Ley de Bases chilena no hay norma expresa sobre la culpa de la víctima, por lo que cabe aplicar el derecho común en materia de responsabilidad. Por ello, no vemos inconveniente en admitir que si la víctima con su acción es la que se erige como causa exclusiva del daño fallará el nexo causal exigido por los artículos 2314 y 2329 del Código Civil y por tanto no habrá responsabilidad medioambiental. Si la culpa es contribuyente servirá para que el juez disminuya el monto de la indemnización por aplicación del artículo 2330 del Código Civil. Este precepto al hablar simplemente de reducción de «la apreciación del daño» por exposición imprudente del perjudicado no presenta dificultades para que sea aplicado a regímenes objetivos o de culpa presunta como lo es la responsabilidad ambiental.

8. Pluralidad de responsables y hecho de un tercero

Los problemas de causalidad se multiplican cuando es necesario dilucidar si el hecho de un tercero diverso del demandado y de la víctima demandante ha tenido una intervención decisiva en la producción del daño. Se reconoce, sin problemas, que si el hecho del tercero llega a tener entidad suficiente para explicar por sí mismo la causalidad del resultado, se excusará de responsabilidad al demandado. Se considerará que el hecho de un tercero es un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, y por lo tanto deberá cumplir los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad que se exigen a aquel.

En todo caso, el solo hecho de que el daño haya podido ser causado por la acción de un tercero no es razón suficiente para excluir el nexo de causalidad del demandado[27]. Si en cambio el hecho del tercero es meramente una causa concurrente, se planteará el problema de una pluralidad de responsables[28].

---

[26] De Miguel (1994: 180).

[27] Cabanillas (1996: 85) critica el fallo del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 1980 que negó la causalidad de los daños a una mejillonera instalada en la bahía de La Coruña, atribuidos a los derrames de petróleo de un armador, por el hecho de que los supuestos perjuicios no provinieron exclusivamente de los vertidos del buque demandado sino además de otros muchos.

[28] En la legislación norteamericana (Cercla) se contempla la posibilidad de que el propietario demandado de responsabilidad se defienda señalando que la contaminación de su predio se debió a vertimientos que tuvieron origen en un predio vecino. Se excusa al demandado siempre que acredite que al momento de adquirir la propiedad hizo las investigaciones apropiadas, si no tenía razones para saber que la propiedad estaba contaminada y si acredita que adoptó todas las medidas necesarias para evitar cualquier contaminación nueva o continua.

Si la pluralidad de responsables se configura como una concertación y producción de un solo proceso dañoso ambientalmente, podrá constituir un supuesto de responsabilidad solidaria que afecte a cada uno de los partícipes por la totalidad de la indemnización debida. Se aplicará entre nosotros la norma del artículo 2317 del Código Civil chileno, ante la ausencia de una norma especial en la Ley de Bases[29]. Sólo podrán excluirse de la responsabilidad solidaria aquellos que acrediten que su participación en el resultado dañoso ha sido insignificante o irrelevante[30].

Más complejas son otras situaciones que se configuran cuando se sabe que el daño ha provenido de alguno de los posibles emisores, pero no es posible probar cuál de ellos provocó el perjuicio. En tales casos, en el derecho comparado se han forjado las teorías de la causalidad alternativa, por la que cualquiera debe responder por el total, quedando a salvo su derecho a repetir en contra del verdadero responsable; o la de la responsabilidad por cuota del mercado, por la que se obliga a todos los componentes del grupo a indemnizar en proporción a su participación en el mercado relevante en el que se insertaban, salvo que aporten ellos la prueba de la causalidad real. Ninguna de estas teorías, nos parece, pueden ser aceptadas para nuestra legislación, al menos de *lege lata*. En todo caso, esta atenuación de la exigencia de causalidad, unida a la objetivación de la imputación, puede ocasionar un crecimiento quizás exagerado de la litigación.

Otro supuesto que suele considerarse en materia ambiental es la atomización de los emisores. Se trata de aquel daño ambiental que se produce por la acumulación de acciones de muchos y no concertados agentes y que individualmente consideradas no constituyen perjuicio para el medio ambiente. Es el caso típico de la contaminación atmosférica por la emisión de gases de combustión de vehículos motorizados. En este caso, la aplicación del artículo 2317 del Código Civil chileno para establecer una posible solidaridad entre todos los sujetos responsables se presenta como inviable debido a la cantidad eventual de demandados, pero además porque no habría unidad del hecho ilícito ni la concertación, a lo menos tácita, que implica la coautoría[31]. Es menester señalar que en estos casos la aplicación de los remedios propios de la responsabilidad civil no será viable[32].

---

[29] En una primera aproximación a la Ley de Bases, sosteníamos que el artículo 2317 debía poder aplicarse «a aquellas actividades de sujetos diversos que, en su conjunto, configuran un mismo daño al medio ambiente, imposible de individualizar o de dimensionar por separado» (Corral 1996: 176).

[30] Cabanillas (1996: 87).

[31] Cf. Corral (1996: 176); Vergara (1992: 204).

[32] Salvo que se arguya responsabilidad de las autoridades públicas que han autorizado las emisiones sabiendo que su acumulación causará perjuicio a las personas.

9. Algunas conclusiones

Como conclusiones de este estudio podemos mencionar que la exigencia de que se acredite una relación entre la conducta del demandado y el daño causado al medio ambiente es inevitable y necesaria si se quiere ocupar el instrumento de la responsabilidad de derecho privado como una de las formas que pueden contribuir a la finalidad de preservar el medio ambiente natural. La prescindencia de la relación causal desfiguraría la responsabilidad como expediente de justicia privada.

La relación de causalidad aparece exigida en la Ley de Bases del Medio Ambiente chilena, ya que si se expresa que debe concurrir en los casos en los que se presume la culpa, con mayor razón deberá predicarse tal conclusión en aquellos supuestos en los que la negligencia debe ser probada.

No nos parece que pueda conformarse una presunción de causalidad bajo el amparo de la norma del artículo 2329 del Código Civil chileno, en la lectura de presunción de responsabilidad por el hecho propio que le da una parte de la doctrina. El establecimiento de un relajamiento del requisito en materia medioambiental debe ser materia de una decisión político-legislativa. En todo caso, la presunción que se articule debiera elaborarse muy cuidadosamente para que los elementos que la constituyan sean suficientemente precisos y concretos. La presunción debiera edificarse, así, sobre la base de ciertas actividades peligrosas para el medio ambiente, elencadas a la manera de la legislación alemana, y ciertas formas de lesiones medioambientales. La presunción será simplemente legal, y constituirá una inversión del peso de la prueba.

Las interrupciones al nexo causal presentan singularidades en materia medioambiental. La tendencia es a restringir la aplicación del caso fortuito o fuerza mayor a algunos eventos tipificados y que son externos al control del demandado. El hecho del tercero puede llevar a desplazar la causalidad si constituye un caso fortuito. La pluralidad de concausas puede conducir a la responsabilidad solidaria, siempre que se acredite que hay una unidad en el hecho contaminante. La culpa de la víctima puede funcionar, sea como causa exclusiva del daño, supuesto que exonerará de responsabilidad al demandado, o como causa concurrente, caso en el que dará lugar a una disminución de la indemnización. Entre nosotros, no hay razones para no aplicar el artículo 2330 del Código Civil chileno al régimen de responsabilidad ambiental previsto en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo

1943 *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.

Barros Bourie, Enrique

2006 *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.

Cabanillas Sánchez, Antonio

1996 *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi.

Cañizares Laso, Ana y José Miguel Rodríguez Tapia

1994 «La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente». *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, volumen 47, número 1, pp. 209-228.

Clarcke, Chris

s/a *Update Comparative Study*, disponible en <http://europa.eu.int/comm/environment/liability/legalstudy.htm>. Consulta: 5 de marzo de 2004.

Comisión Europea

2000 *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental, COM 66*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

Corral Talciani, Hernán

1996 «Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, volumen 23, número 1, pp. 143-177.

2003 *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.

De Miguel Perales, Carlos

1994 *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas.

Larroumet, Christian

1998 *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*. Santiago: Jurídica de Chile.

Moreno Trujillo, Eulalia

1991 *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: Bosch.

Von Tuhr, Andreas

1934 *Tratado de las obligaciones*. Traducción de W. Roces. Dos volúmenes. Madrid: Reus.

DERECHO DE LA SALUD. NUEVOS PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY FRANCESA DE 2002 Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

*Aída Kemelmajer de Carlucci**

La mayoría de las personas distingue fácilmente entre la izquierda y la derecha. Sin embargo, para algunos cirujanos esto parece ser un problema. Entre 1996 y 2001, especialistas de hospitales de los Estados Unidos operaron ciento cincuenta veces el brazo, la pierna, el ojo, el riñón u otra parte del cuerpo equivocado, o en el paciente equivocado.

La Nación, 19 de diciembre de 2001,
reproduciendo una nota del *New York Times*

En Estados Unidos, un tercio de las intervenciones quirúrgicas da lugar a peticiones judiciales de daños y perjuicios.

Alain Minc, *La borrachera democrática*

1. Una aclaración previa. El porqué de la elección del tema. Derecho de la salud y derecho a la salud

La expresión «derecho *de* la salud», contrariamente a lo que ocurre con la locución «derecho *a* la salud», no es usada con frecuencia en la Argentina; tampoco ha sido objeto frecuente de estudio sistemático ni en libros ni en jornadas. Quizás una manera de distinguir ambos términos sea hacer un paralelismo con la diferencia formulada por Miguel Marienhoff entre «derecho *al* empleo» y «derecho *del*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Mendoza. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro honorario de la Real Academia de Derecho y Legislación de Madrid, España. Ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

empleo». Derecho *al* empleo, decía el recordado maestro, es la pretensión del habitante, del administrado, a ser designado o nombrado por la administración pública para desempeñar una función en un empleo público. Derecho *del* empleo es el conjunto de prerrogativas integrantes del estatus de los funcionarios o de los empleados públicos, es decir, el estatus de las personas que han ingresado al ejercicio de un cargo público[1]. Pues bien, el derecho *a* la salud indica el reclamo de los habitantes a tener acceso a los servicios vinculados con la salud, mientras que el derecho *de* la salud se integra con el conjunto de atribuciones de los consumidores del servicio, y los deberes y responsabilidades de los prestadores del servicio de salud[2]. Reconozco que las posibilidades terminológicas son muy numerosas; no obstante, para evitar cuestiones interpretativas, advierto que usaré la expresión *derecho de la salud* con el sentido indicado.

Las reformas legislativas producidas en Francia en el año 2002 constituyen una buena ocasión para mostrar cómo se ha modificado el derecho *de* la salud, en algunos aspectos relativos a la responsabilidad médica y hospitalaria, en un país al que estamos unidos por una tradición jurídica común[3]. La oportunidad me parece propicia para comparar si las nuevas tendencias volcadas en la ley francesa coinciden o no con las que resultan verificables en la jurisprudencia argentina. La importancia del tema se muestra claramente con la gran cantidad de trabajos doctrinales, y la vastedad y variabilidad de las decisiones judiciales existentes en ambos países[4].

---

[1] Marienhoff (1994, tomo III-B: 878).

[2] En Europa el tema comienza a ser objeto de tratamiento sistemático. Véase, por ejemplo, Lazzini (2005). En Argentina, véase Mackinson (2001). Para la importancia de la regulación legal y el derecho de la salud de la madre embarazada y del niño nacido véase, entre muchos, Famá y Herrera (2004, LXIV-E: 6577).

[3] Obviamente, señalo en el texto los aspectos más sobresalientes. Esta comunicación de ningún modo pretende ser un análisis detallado de todo el texto legal.

[4] La bibliografía sobre responsabilidad médica es extensísima tanto en Francia como en la Argentina. Su cita llevaría varias páginas; simplemente, recuerdo que el 24 de abril de 1997, con la dirección de Geneviève Viney, se realizó en París el coloquio organizado por el Centro de Derecho de las Obligaciones de la Universidad de París I, en la gran Sala de la Corte de Casación francesa, bajo el título «La indemnización de los accidentes médicos». Las intervenciones fueron publicadas con el título *L'indemnisation des accidents médicaux* (Viney: 1997).

La jurisprudencia también es numerosa. Por lo insólito, recuerdo un solo caso juzgado por los tribunales argentinos: un joven que empezó a consumir drogas a los quince años e inició un tratamiento a los diecinueve. Durante ese tratamiento tuvo relaciones sexuales con la psicóloga que lo asistía; esas relaciones eran interrumpidas junto con el tratamiento, y reiniciadas siempre ante el llamado de la mencionada profesional. En definitiva, toda esta situación sumió al joven en un estado depresivo, le creó desconfianza hacia los tratamientos, etcétera. A lo expuesto se sumó una segunda victimización, pues la psicóloga denunció a su paciente por robo. El voto condenatorio al pago de los daños y perjuicios se refiere a las prohibiciones contenidas en el Código de Ética

2. Breves observaciones preliminares

2.1 La paradoja de la nueva medicina: seguridad y riesgo

El avance tecnológico a disposición de la medicina producido en los últimos treinta años merece ser calificado de «extraordinario». La aparatología más sofisticada permite al médico diagnosticar y dar tratamiento seguro a enfermedades que hasta hace pocos años se trataban sin saber si el camino que se estaba recorriendo era el correcto[5]. Lo paradojal es que, al mismo tiempo, esa tecnología ha creado nuevos riesgos; piénsese, por ejemplo, en los peligros de la terapia génica cuando se utilizan células madres, o en la posibilidad de la clonación reproductiva humana, etcétera[6]. Como decía Ortega y Gasset,

> […] el proceso de transformación de la naturaleza genera riesgos que no son los peligros de la naturaleza que la técnica conjura, sino los que la misma técnica origina; o sea, riesgos tecnológicos. Se trata, por lo tanto, de riesgos que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que son debidos, precisamente, a una acción del hombre que va precedida de una decisión, de la que se puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre sus posibles efectos, pero decisión humana al fin[7].

En suma, hoy más que nunca, el ser humano tiene el poder de influir sobre los acontecimientos de la naturaleza; dada esta situación, el derecho no puede eximirse de regular el ejercicio y los límites de tal actividad[8].

(tener relaciones de pareja entre paciente y psicólogo durante el tratamiento; acosar sexualmente al paciente, entre otras). La condena (8 mil pesos de daño material por el costo de nuevas sesiones y 20 mil pesos de daño moral) tuvo especialmente en cuenta la culpa de la psicóloga a la luz de los artículos 512 y 902; la importancia de los valores en juego en la relación paciente-psiquiatra; y el fenómeno de transferencia que este implica (Cám. Nac. Civ., Sala A, 19 de diciembre de 2003, Doc. Jud. 2004-2-258, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, número 3, abril de 2004, p. 13, con nota de Jaime Fernández Madero «Un fallo ejemplar en responsabilidad de los psicólogos»; y en *Jurisprudencia Argentina* 2004-III-631, con nota de Alfredo Kraut, «Sexo con los pacientes. Polémico fallo reciente trae a la escena legal, dramáticamente, el eminente principio freudiano de la abstinencia». Véase también el comentario a este fallo de Alejandro Taraborrelli «Psicoanálisis y responsabilidad civil», Doc. Jud. 2004-2-1089.

[5] Con frecuencia, la prensa, aun la no especializada, da cuenta de los avances producidos normalmente en los países altamente tecnificados. Así por ejemplo, hemos podido saber que médicos británicos lograron éxito con la genoterapia para curar a un bebé que nació sin sistema inmunitario (o «niño burbuja»).

[6] Me he referido a esta cuestión en mi artículo «Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas» (Kemelmajer 1994).

[7] Ortega y Gasset (1996: 28); cf. Esteve (1999: 29).

[8] Pinna (2005: 21).

2.2 Base esencialmente jurisprudencial del derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños

Llama la atención que una materia tan rica y vasta como es la responsabilidad civil, hoy llamada genéricamente *derecho de daños*, haya evolucionado tan poderosamente, tanto en Francia como en la Argentina, sobre la base de unos pocos artículos contenidos en el Código Civil. Pues bien, puede afirmarse, sin temor a equivocación, que ese desarrollo ha sido obra de jueces activistas, atentos a las nuevas realidades siempre cambiantes.

2.3 La actitud del legislador

Frente a esa actitud jurisprudencial, en algunos países el legislador ha decidido regular ámbitos específicos del derecho de daños[9]. Este proceso de descodificación se ha producido en la República Argentina, por ejemplo, con los daños causados al medio ambiente (ley 25.675), a los consumidores (ley 24.240, modif. 24.999), etcétera.

Generalmente, y aunque las características no van siempre juntas, en la mayoría de los países la regulación de un campo especial de daños supone: a) regímenes de responsabilidad objetiva, b) con topes indemnizatorios (más o menos flexibles) y c) seguros obligatorios; tal como lo sucedido en Francia con la llamada Ley *Badinter*, que sistematiza los accidentes de tránsito, o con la ley española que rige igual sector de daños.

Como se verá, la normativización de la responsabilidad médica en la ley francesa del año 2002 no siguió todos los parámetros mencionados, sino solo algunos[10].

3. La situación en Francia

3.1 Individualización del texto legal

El 4 de marzo de 2002 se sancionó la ley 2002-303, que lleva por título «Ley relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud»; se la conoce con el nombre de Ley *Kouchner*, por ser este el apellido del ministro de

[9] Mazeaud (2004, tomo II: 363) afirma que un análisis atento de la responsabilidad en Francia permite distinguir dos grandes bloques normativos: el derecho común de la responsabilidad, contenido en pocas normas del Código Civil y de gran base jurisprudencial, y el derecho especial de los accidentes, protector, entre otras, de las víctimas de accidentes de circulación, del uso de productos defectuosos, de los actos de terrorismo, del síndrome de inmuno deficiencia humana, etcétera.

[10] Para la cuestión de la regulación legal en Estados Unidos, véase Mariona (2005).

Salud que la impulsó. El anteproyecto originario fue presentado por su autor el 5 de setiembre de 2002 al Consejo de Ministros, y allí se le dio la redacción con la que fue enviado al Parlamento después de una serie de negociaciones entre los diversos ministerios implicados y la participación de una veintena de asociaciones[11]. En opinión de un autor, la voluntad del legislador fue democratizar el funcionamiento del sistema de salud, mejorar su calidad, y completar y sistematizar las normas existentes[12]. Se trata de una ley de más de un centenar de artículos que, antes de cumplir un año de vigencia, debió ser reformada, mediante ley 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002, debido a la presión ejercida por las aseguradoras.

3.2 Metodología

La ley tiene cinco títulos que responden a las siguientes denominaciones:

a) Solidaridad hacia las personas discapacitadas
b) Democracia sanitaria
c) Calidad del sistema de salud
d) Reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios
e) Disposiciones de ultramar.

Las expresiones usadas por estos títulos («solidaridad hacia las personas discapacitadas», «democracia sanitaria», etcétera) son poco frecuentes en los textos legales argentinos. Intento explicar parte de su contenido a lo largo de este trabajo. Excluyo totalmente el título quinto, porque está referido a la aplicación de la ley en las antiguas colonias francesas, tema de escasa significación para el análisis comparativo intentado.

Adelanto que el título *Solidaridad hacia las personas discapacitadas*, puerta de entrada de la ley, tiene solo dos artículos, el primero de los cuales, referido a las personas nacidas con discapacidad después de un diagnóstico equivocado, se introdujo a último momento y tiene origen en un gran debate al que la ley quiso pero no pudo poner término.

El extenso título *Democracia sanitaria* se integra con diversos capítulos referidos a los derechos de la persona; la información de los usuarios del sistema de salud y la expresión de su voluntad; la participación de los usuarios en el funcionamiento del sistema de salud, a través de asociaciones regularmente constituidas que pueden suscribir convenios con la autoridad administrativa a nivel regional y nacional; la responsabilidad de los profesionales de la salud (por ejemplo, prevé el

[11] Mistretta (2001: 1973).

[12] Mistretta (2002: 1075).

deber de denunciar de todo profesional o establecimiento de salud que constate o sospeche la existencia de un accidente médico, una afección iatrogénica, una infección hospitalaria, o un evento considerado indeseado vinculado a un producto o servicio de salud). Antes del año 2002, los derechos de los enfermos estaban enunciados en textos dispersos y fragmentarios; como dije, la ley pretendió su sistematización[13] y, en este camino, declara el derecho de todo enfermo al respeto de su dignidad, al secreto profesional de los profesionales que lo asisten, al acceso a los cuidados más apropiados, a no ser discriminado, etcétera[14].

El título referido a la *Calidad del sistema de salud* contiene disposiciones relativas a la competencia profesional, a la deontología, a la organización de ciertas profesiones paramédicas (enfermeros, kinesiólogos, podólogos, etcétera). Tiene muchas normas de carácter administrativo; así por ejemplo, el capítulo relativo a la cirugía estética indica todos los requisitos a cumplir por parte de las clínicas para obtener la autorización correspondiente, el modo como el Estado debe realizar las inspecciones, las sanciones penales para quien realice cirugía estética sin esa autorización (hasta 150 mil euros), etcétera. Otros capítulos establecen las reglas generales de la política de prevención de enfermedades, redes para el estudio de la salud de la mujer, sistemas de ambulancias, etcétera.

El título IV, algunos de cuyos artículos serán objeto de estas reflexiones, comienza con un capítulo dedicado al acceso al seguro contra los riesgos de invalidez y muerte, y al seguro de personas.

3.3 Impacto en el resto de la legislación

Se ha dicho que esta ley «tiene por ambición y por efecto modificar en profundidad el derecho positivo; es mucho más que un maquillaje; es una refundación del derecho de la salud»[15]; de allí que «el año 2002 constituye, sin duda alguna, una etapa importante en la elaboración de esa rama del derecho»[16].

Haya o no exageración en este juicio, lo cierto es que la ley impacta gran parte del derecho francés. En efecto, a través del método denominado por los italianos *novelazione*, es decir, incorporación de nuevos artículos o cambios en los artículos ya existentes, modifica el llamado código de la salud, el Código Civil, el Código Penal, el Código del Trabajo, el Código del Seguro y el Código

---

[13] Para las disposiciones contenidas en este título y su inserción en el sistema general, véase Mistretta (2002: 1077-1080).

[14] Para este título véanse, entre otros, Lambert-Faivre (2002a: 1291), Dubouis (2004: 127) y Duprat (2004).

[15] Mistretta (2002: 1076).

[16] Mistretta (2003a: 57).

de la Seguridad Social. Por ejemplo, al artículo 16 del Código Civil se agrega el artículo 16-13: «Nadie puede ser objeto de discriminaciones en razón de sus características genéticas». De este modo, se incorpora el principio establecido en el «Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina; Convenio sobre derechos humanos y biomedicina», emanado del Consejo de Europa el 4 de febrero de 1997, que entró en vigencia el 1 de diciembre de 1999, cuyo artículo 11 dice «Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona en razón de su patrimonio genético»[17].

3.4 Caracteres generales de la ley

El sistema de la ley presenta las siguientes características:

a) Provisto de una doble lógica: responsabilidad civil y seguridad social[18]

La ley recoge un sistema combinado, bifrontal, de doble camino o doble lógica. Por un lado, la lógica de la responsabilidad civil, perspectiva desde la cual, como se verá más adelante, se instrumenta un sistema de responsabilidad subjetiva, con seguros obligatorios; y por otro lado, la lógica de la solidaridad social, que pone ciertos daños a cargo del sistema nacional de seguridad social. Así por ejemplo, las infecciones intrahospitalarias que producen incapacidades superiores al 25% y las discapacidades graves de niños nacidos con males congénitos, salen del campo de la responsabilidad civil y se cargan al sistema de seguridad social. Con el peligro propio de las generalizaciones, podría decirse que el legislador intentó trasladar a este campo el llamado «riesgo hospitalario», o «accidente médico», es decir, los «daños causados sin culpa médica en el curso del tratamiento, pero que a su vez no están ligados al estado patológico inicial del paciente ni a su evolución previsible»[19].

Normalmente, cuando los daños se ponen a cargo del sistema general de la seguridad social, las víctimas reciben amparo respecto de ciertos efectos perjudiciales que antes debían soportar; de allí que este traspaso se considere un progreso

---

[17] Me he referido a este importante documento en mi artículo «Genoma humano y derechos fundamentales» (Kemelmajer 2004).

[18] Las recíprocas influencias entre seguridad social y responsabilidad civil han sido objeto de estudio por parte del European Centre of Tort and Insurance Law de Viena, que ha publicado *The Impact of Social Security on Tort Law*, de 314 páginas, con un detallado informe sobre la cuestión en los principales países europeos. Véase en Ribot (2004: 1584-1598) un completo comentario a esta obra.

[19] Amodio (2003: 751). Para la jurisprudencia vacilante de la casación francesa, véase Viney y Jourdain (1997: 4016).

en la protección de las víctimas. Piénsese, por ejemplo, en el sistema neocelandés de reparación de los daños y perjuicios causados en accidentes de tránsito en el cual, prácticamente, todas las víctimas resultan reparadas, haya o no culpa en los protagonistas. En el caso de la ley francesa, en cambio, respecto de ciertos daños, el traspaso podría implicar un retroceso si el presunto responsable es solvente y la asistencia social pública no se organiza de modo tal de cubrir todas las necesidades, desde que antes de la ley había derecho a la reparación integral y después de ella solo un derecho a ser asistido.

b) Inspirado en la jurisprudencia

Se ha dicho que «la responsabilidad médica constituye un verdadero subsistema de la responsabilidad civil por la especificidad de las reglas elaboradas por la jurisprudencia»[20]. Pues bien, muchas soluciones de la ley encuentran su fuente en la jurisprudencia francesa. En algunos casos, se trata simplemente de llevar al nivel de la legalidad lo resuelto con anterioridad en decisiones particulares que alcanzaron valor de jurisprudencia constante; y por eso, en la interpretación de las nuevas normas los jueces seguirán valiéndose de los criterios anteriores. En otros, el legislador dio una solución distinta, reaccionando sin tapujos contra la solución pretoriana a la que quiso poner término. De cualquier modo, en uno y en otro caso, se patentiza que el hacedor de la ley no ignora el rol ejercido por los jueces en tan vasta e importante materia.

c) Unificado en los daños causados en el sector público y privado de la salud

La ley se aplica a los daños causados en todo el sistema de salud, público y privado. Esta unificación, esta «caída» de una de las fronteras entre el derecho público y privado, es especialmente significativa en Francia, donde los hechos dañosos de la Administración tienen su propio ámbito de juzgamiento, campo que culmina, como es sabido, ante el Consejo de Estado francés. Aunque la Argentina no tiene un sistema dual de competencia, desde que tanto la responsabilidad pública como la privada se juzgan ante la jurisdicción judicial, el tratamiento unificado de la responsabilidad médica y hospitalaria presta apoyo a quienes sostenemos un solo derecho de daños, con presupuestos comunes, sin perjuicio de las especiales particularidades que presenta la responsabilidad del Estado.

---

[20] Quadri (2004: 320). El autor sostiene que «[…] quizás, es preferible preservar a la responsabilidad médica como una especie de frontera avanzada de la responsabilidad civil, banco de prueba para nuevas soluciones, que emerge del propio carácter peculiar y primario del valor que tutela, es decir, la salud».

d) Unificado en el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad, a costa de la incorporación de la cláusula 'claim made'

No puede afirmarse que la ley haya borrado la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, pero sí una de sus principales consecuencias: el plazo de prescripción[21].

En efecto, cualquiera sea quien demande, el paciente (con fundamento en el contrato de servicios) o el damnificado indirecto que invoca un daño propio (por ejemplo, el hijo por la muerte del padre derivada de la mala praxis), todas las acciones de responsabilidad prescriben en el plazo de *diez años* computados desde la *consolidación del daño*.

Se trata de un plazo muy extenso[22] y, como era previsible, produjo poco tiempo después la reacción de las compañías aseguradoras y la reforma de la ley a través de la incorporación de la cláusula *claim made*; es decir, la disposición convencional que exige que la reclamación, y no solo el hecho generador del siniestro, debe acaecer durante el período de vigencia del contrato. Sin embargo, como con anterioridad a esta ley la Casación francesa había declarado abusivas cláusulas de este tipo[23], se la incorporó con variantes que atenúan (aunque no

---

[21] En la República Argentina la separación de los dos campos sigue torturando a la doctrina y a la jurisprudencia. Así, es frecuente aceptar que la responsabilidad médica es contractual frente al paciente, pero extracontractual frente a los damnificados indirectos (herederos) que invocan un derecho propio (Cám. Nac. Civ., Sala F, 16 de diciembre de 2002, Maciel, Marcos c/Barry, *Jurisprudencia Argentina* 2004-I-460). En Francia, a partir del caso «Mercier», del 20 de mayo de 1936, la Corte de Casación sostiene que la relación entre el médico y su paciente configura un verdadero contrato.

[22] De cualquier modo, piénsese que en Francia el plazo de prescripción de la acción para reclamar por la responsabilidad extracontractual es de treinta años, mucho más extenso que el de la responsabilidad contractual (diez años).

[23] Véase Mistretta (2003a: 57). En la República Argentina, la cláusula ha sido autorizada por la Superintendencia de Seguros tanto para el seguro contra la responsabilidad médica (resoluciones 23160 del 24 de marzo de 1994 y 78392 del 28 de abril de 1994). Para aprobar estas cláusulas, la Superintendencia normalmente requiere: a) un aviso destacado, tanto en la póliza como en la propuesta de seguro respecto de las características de la cobertura y sus alcances; y b) un período extendido de por lo menos dos años. Además, las aseguradoras argentinas ofrecen a sus asegurados ciertos beneficios adicionales, como ser, que cuando al vencimiento de la póliza el asegurado va renovando sus pólizas con el mismo asegurador, las nuevas pólizas cubren también los reclamos que se formulen durante la vigencia de la última y que sean consecuencias de actos y omisiones cometidas por el asegurado durante la vigencia de las anteriores (véase López 2005: 21). Precisamente, esta cláusula es la que tiene «enganchado» al asegurado a una misma aseguradora; es decir, para estar cubierto todo el tiempo, el profesional se ve compelido a renovar el contrato con la misma aseguradora aunque otra le ofrezca mejores condiciones. Por esta y otras razones, un sector de la doctrina liderado por Stiglitz se pronuncia por la ilicitud de la cláusula (véanse Compiani s/a: 55; Jiménez 2001: 23). En esta línea, el I Congreso Multidisciplinario «La responsabilidad civil y sus

eliminan) sus efectos perniciosos. En definitiva, el artículo 251-2 del Código de Seguros dice, después de la reforma de diciembre del año 2002:

> Todo contrato de seguros concluido por aplicación del artículo 1142-2 garantiza al asegurado contra las consecuencias pecuniarias de los siniestros por los cuales la primera reclamación se formula durante el tiempo de validez del contrato, cualquiera sea la fecha de los otros elementos constitutivos del siniestro, siempre que el hecho generador haya sobrevenido en el marco de las actividades del asegurado garantizadas al momento del primer reclamo. El contrato de seguros garantiza también los siniestros cuya primera reclamación se haya formulado durante el plazo fijado en el contrato, a partir de la fecha de expiración o de disolución de todo o parte de las garantías, si los siniestros son imputables a las actividades garantizadas a esa fecha y si ellas resultan de un hecho generador sobrevenido durante el período de validez del contrato. Ese plazo no puede ser inferior a cinco años[24].

Véase el siguiente ejemplo: el contrato de seguros tiene un plazo de validez de dos años; el hecho dañoso debe haber acaecido, obviamente, dentro de ese plazo; pero la víctima tiene diez años para reclamar; en consecuencia, habrían ocho años en los que el médico no estaría cubierto, aunque el hecho dañoso acaeció durante la

---

posibilidades asegurativas», reunido en Buenos Aires en la Universidad Notarial Argentina el año 2001, aprobó las siguientes conclusiones:

1. La cláusula c*laims made*, en cuanto limita temporalmente la garantía del asegurador, infringe el artículo 109 de la LS, norma que por su letra y naturaleza es totalmente inmodificable (artículo 158-1 LS). 2) La cláusula *claims made*, al importar una desnaturalización del vínculo asegurativo, una restricción a los derechos del asegurado y una ampliación de los derechos del asegurador, es abusiva en los términos del artículo 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor. 3) La cláusula *claims made* desnaturaliza la definición del seguro contra la responsabilidad civil en tanto limita la obligación del asegurador a reclamos efectuados por los damnificados durante la vigencia de la póliza sin consideración a las manifestaciones ulteriores de hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza.

La jurisprudencia se muestra vacilante. En un voto disidente (Dra. J. Lozano) de la Cám. Nac. Civ., Sala L del 29 de agosto de 2003 se lee: «[…] corresponde considerar ilícita y abusiva, debiéndose tener por no escrita —artículo 37 de la ley 24.240— la cláusula tipo *claims made* inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, toda vez que la misma limita temporalmente los derechos del asegurado de contar con la cobertura de su aseguradora sin darle la posibilidad de negociación de un modo no previsto por la ley, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado» (en consecuencia, propició condenar al médico y a su aseguradora). La mayoría, en cambio, liberó al médico por falta de pruebas y declaró la validez de la cláusula porque el asegurado tiene la posibilidad de comprar endosos de extensión de denuncias o conversión de póliza (*Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, número 2, marzo de 2004, con nota aprobatoria de la mayoría de Sandra Wierzba y Diego Czernizer, «Tratamiento de la cláusula *claims made* por la justicia argentina»; publicado también en *La Ley* 2003-F-372, con nota aprobatoria de la minoría de Rubén Stiglitz, «Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula *claims made*»).

[24] Una norma similar ha sido incorporada al artículo 214-5 del Código de Seguros por la ley 2003-706 referida a la seguridad financiera (véase López 2005: 19). La doctrina señala las dificultades de aplicación de este tipo de normas frente a contratos sucesivos convenidos con distintas aseguradoras (véanse Lacoeuilhe 2003: 499; Amodio 2004: 519).

vigencia del contrato. Para atemperar estos efectos, la ley admite que ese reclamo sea formulado dentro de los cinco años de haberse extinguido el contrato de seguros. Aun así, en el ejemplo proporcionado, el médico queda desprotegido durante los tres últimos años que la víctima tiene para demandar.

e) Inclinado a la desjudicialización

Preocupado por el aumento de la litigiosidad en la materia, pero también por la dilación de la percepción de la indemnización por parte de las víctimas, el legislador previó un procedimiento facultativo de arreglos amigables[25]. En esta línea, la ley crea una comisión regional de *conciliación* (a la que pueden acudir todas las víctimas con el fin de lograr acuerdos extrajudiciales) y de *orientación* a las víctimas de daños más severos, quienes obviamente necesitan otro tipo de remedios, que ayudan incluso a evitar nuevos daños como secuela del primero. La comisión debe pronunciarse en un plazo máximo de seis meses sobre la causa u origen, la naturaleza y la gravedad del daño; en suma, determina el régimen de indemnización, si es un caso de responsabilidad o de solidaridad social y, consecuentemente, de qué modo la víctima será compensada[26].

f) Preocupado por la percepción de la indemnización. El seguro obligatorio

Francia conoce muchos supuestos de seguros obligatorios. La ley incorporó al sistema un supuesto más: el seguro contra la responsabilidad civil médica. El artículo 1142-2 de la Salud Pública y el artículo 151-1 del Código de Seguros han quedado redactados del siguiente modo:

> Los profesionales liberales de la salud, los establecimientos de salud, servicios de salud y organismos que ejercen actividades de prevención, de diagnóstico o de cuidados, así como los productores y proveedores de productos de salud, están obligados a contratar un seguro destinado a garantir su responsabilidad civil y administrativa susceptible de ser comprometida en razón de los daños sufridos por terceros y resultantes de ataques a la persona acaecidos en el marco de esta actividad de prevención, diagnóstico o cuidados.

A su vez, se crea una oficina central de tarifas que fija la prima adecuada al riesgo garantizado. De este modo, todo médico puede encontrar una aseguradora que tome el riesgo por precios razonables. La norma autoriza a que el seguro contenga topes[27].

---

[25] En este aspecto, la ley ha sido completada por un decreto del 3 de mayo de 2002. Para un análisis de la normativa, véanse Marchand (2002: 2739); López de la Osa (2004: 67); Andorno (2005: 25).

[26] Mazeaud (2004, tomo II: 373).

[27] Cf. Lambert-Faivre (2002b: 1369).

3.5 El sistema legal francés de la responsabilidad civil

a) La regla: responsabilidad por culpa

Como dije, el sistema de responsabilidad se estructura con base subjetiva; consecuentemente, como lo venía sosteniendo la jurisprudencia, el médico responde solo si puede atribuírsele culpa.

En tal sentido, el artículo 1142-1 del Código de la Salud, norma con la que comienza la sección I del capítulo II llamado «Riesgos sanitarios resultantes del sistema de salud», dispone en su primera parte, que «Fuera de los casos en los que su responsabilidad está fundada en razón de un defecto en el producto, los profesionales de la salud mencionados en la cuarta parte de este código, así como todo establecimiento, servicio y organismo en el cual son realizados actos individuales de prevención, de diagnóstico o de cuidados, no son responsables de las consecuencias dañosas de los actos de prevención, diagnósticos y cuidados *sino en caso de culpa*».

De cualquier modo, como lo señala la doctrina, la noción de *culpa médica* ha tenido una gran evolución en la jurisprudencia francesa (civil y administrativa); puede afirmarse que ella es apreciada cada vez más severamente, cualquiera sea su naturaleza u origen (error de diagnóstico, de cuidado, faltas éticas, omisión del deber de información, etcétera)[28].

En la Argentina, la fórmula que mejor responde a esa evolución es, quizá, la usada en votos particulares de algunas sentencias de la Corte Federal: «Difícilmente pueda concebirse un supuesto en que el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas sea mayor que respecto de los médicos, desde que a estos se les confía de modo exclusivo la vida misma de los pacientes. En tales supuestos, la menor imprudencia, el mínimo descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad, de modo que no hay cabida para culpas pequeñas»[29]; en suma, «El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales»[30].

b) Una culpa especial: el deber de información

La ley ha dado tratamiento específico al deber médico de información, creación pretoriana nacida a la luz de los derechos implícitos emanados del principio de

---

[28] Lambert-Faivre (2002b: 1368).

[29] CSN, 10 de mayo de 1999, votos de los Dres. Fayt y Vázquez, *Responsabilidad Civil y Seguros*, número 2, 2000, p. 86.

[30] CSN, 6 de julio de 1999, Schauman de Scaiola c/Provincia de Santa Cruz, *Responsabilidad Civil y Seguros*, número 2, 2000, p. 67.

buena fe contractual. El artículo 11 de la ley incorpora al Código de la Salud Pública nueve largas normas (artículo 1111-1 a 1111/9) que integran un capítulo denominado «Información de los usuarios del sistema de salud y expresión de su voluntad».

Este articulado trata en forma separada el *derecho a ser informado* (artículo 1111-2/3) y el *derecho a tomar la decisión* (artículo 1111-4/5). Transcribiré, con breve comentario, los aspectos más significativos vinculados al propósito de estas líneas.

Artículo 1111-2. Toda persona tiene el derecho a ser informada sobre su estado de salud. Esta información comprende las diferentes investigaciones, tratamientos o acciones de prevención que se le proponen, su utilidad, su urgencia eventual, sus consecuencias, los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que ellos comporten así como las otras soluciones posibles, y las consecuencias previsibles en caso de que el consentimiento no se preste.

Adviértase que, respecto de la información sobre los riesgos, la ley hace referencia a un criterio cuantitativo (la frecuencia) y a otro cualitativo (la gravedad normalmente previsible). En consecuencia, aunque un riesgo no sea frecuente, si es grave y previsible debe ser informado.

Esta información incumbe a todo profesional de la salud en el marco de sus competencias y en el respeto de las reglas profesionales que le son aplicables. Solo la urgencia o la imposibilidad de informar pueden dispensarlo.

El deber de información comprende aspectos éticos, regulados generalmente en los códigos de deontología, que de este modo se incorporan a la normativa jurídica.

La voluntad de una persona de ser mantenida en la ignorancia de un diagnóstico o de un pronóstico debe ser respetada, salvo que terceros estén expuestos a un riesgo de transmisión.

El paciente tiene derecho a saber, pero también a no saber[31]. En este sentido, la ley francesa coincide, entre otros textos, con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, emanada de la Unesco el 11 de noviembre de 1997 y adoptada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998, cuyo artículo 5, inciso c, dispone: «Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias».

La ley regula la información y el consentimiento de personas que según la ley civil no tienen plena capacidad para los actos de naturaleza patrimonial. En este sentido, dice:

[31] Cf. Andorno (2005-III: 1206).

Los derechos de los menores o mayores bajo tutela referidos en este artículo se ejercen, según los casos, por los titulares de la autoridad parental o por el tutor. Ellos reciben la información prevista en el presente artículo […] Los interesados tienen el derecho de recibir ellos mismos la información, y de participar en la toma de una decisión que les concierne, de una manera que se adapte a su grado de madurez, tratándose de menores, y a sus facultades de discernimiento, tratándose de mayores bajo tutela.

Esta parte de la norma configura un gran avance en torno a los derechos sobre el propio cuerpo, desde que reconoce expresamente que la capacidad civil no coincide con la aptitud para prestar el consentimiento informado; por el contrario, es un acto que depende de la edad, el grado de madurez y la posibilidad de comprensión[32]. La disposición se completa con otros parágrafos que transcribo más adelante (1111-4 y 1111-5).

En caso de litigio, recae sobre el profesional o el establecimiento de salud la carga de la prueba de que la información ha sido dada al interesado en las condiciones previstas en este artículo. Esta prueba puede ser aportada por cualquier medio.

La ley concluye las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en torno al sujeto sobre el que recae la carga de probar, y señala específicamente al profesional.

> Art. 1111-3. Toda persona tiene derecho, a su petición, a que los establecimientos públicos o privados de salud le proporcionen información sobre los gastos a los que será expuesto en ocasión de actividades de prevención, diagnóstico y cuidado, y sobre las condiciones de pago. Los profesionales de la salud que ejercen su profesión de modo liberal, antes de ejecutar un acto, deben informar al paciente de su costo y de las condiciones de reembolso por los regímenes de seguro obligatorios.

La ley no se contenta con establecer el deber de información genérico sino que, con gran conocimiento de la realidad, aborda uno de los temas centrales del derecho *a* y *de* la salud: el costo y la forma de pago del acto médico.

> Art. 1111-4. Conjuntamente con el profesional de la salud y teniendo en cuenta las informaciones y consejos que le han sido provistos, toda persona toma las decisiones que conciernen a su salud.
>
> El médico debe respetar la voluntad de la persona después de haberle informado las consecuencias de su elección. Si la voluntad de la persona de rechazar o

[32] Me remito a lo expresado en mis artículos «El derecho del menor sobre su propio cuerpo» (Kemelmajer 2001a); «El derecho del niño a su propio cuerpo» (Kemelmajer 2003; también en Diniz y Lisboa 2003) y «Los disminuidos mentales, la esterilización terapéutica y el derecho sobre el propio cuerpo» (Kemelmajer 2001b).

> interrumpir un tratamiento pone su vida en peligro, el médico debe hacer todo lo posible para convencerlo de aceptar los cuidados indispensables.
>
> Ningún acto médico ni ningún tratamiento puede ser practicado sin el consentimiento libre y esclarecido de la persona y ese consentimiento puede ser revocado en todo momento. Cuando la persona no puede expresar su voluntad, ninguna intervención o investigación puede ser realizada sin consultar a la persona de confianza prevista en el artículo 1111-6, o la familia, o en su defecto, uno de sus parientes próximos, salvo urgencia o imposibilidad.
>
> El consentimiento del menor o del mayor bajo tutela debe ser sistemáticamente buscado si es persona apta para expresar su voluntad y participar en la decisión. En el caso que el rechazo de un tratamiento por la persona que ejerce la patria potestad o la tutela comporte como riesgo consecuencias graves para la salud del menor o del mayor bajo tutela, el médico presta los servicios indispensables.
>
> Art. 1111-5. El médico puede ser dispensado de obtener el consentimiento del o de los titulares de la autoridad parental sobre las decisiones médicas a tomar cuando el tratamiento o la intervención se imponen para salvaguardar la salud de una persona menor y esta se opone expresamente a que se consulte a los titulares de la autoridad parental a fin de guardar el secreto sobre su estado de salud. Sin embargo, el médico debe, desde el primer momento, esforzarse en obtener el consentimiento del menor para esta consulta. En el caso que el menor mantenga su oposición, el médico puede hacer el tratamiento o la intervención. En este caso, el menor se hace acompañar de una persona mayor a su elección.
>
> Cuando una persona menor cuyos lazos de familia se han roto es beneficiaria, a título personal, del reintegro de las prestaciones derivadas del seguro de salud o de coberturas de maternidad previstas en la ley 99/641, solo se requiere su consentimiento.

La información suficiente es la que lleva a tomar una decisión esclarecida. Consecuentemente, el médico debe poner todos sus esfuerzos para que el paciente tome la que resulta finalmente correcta.

Los dos parágrafos transcritos completan el contenido referido a la información del paciente menor de edad. El legislador ha intentado regular los casos que se presentan con mayor habitualidad en la realidad: el riesgo de vida, la oposición del tratamiento paterno a ciertos tratamientos (por ejemplo, negativa a las transfusiones de los Testigos de Jehová, que tanta tinta han hecho correr en la jurisprudencia de todos los países)[33], oposición del menor a que el médico

[33] En la República Argentina hay cierto consenso en el sentido de que, ante la carencia de autorización de los padres, el médico está legitimado para peticionar autorización judicial, a través de la vía del amparo (véase, por todos, sentencia del juez Pedro Hooft, titular del Juzgado Criminal y Correccional de Transición 1, Mar del Plata, 9 de mayo de 2005, en *La Ley*, Buenos Aires, 2005-6-640, con nota aprobatoria de Augusto M. Morello y Guillermo Morello, «La tutela efectiva de la salud y la vida en situaciones extremas»). En España, como es conocido, la cuestión llegó hasta

consulte con sus padres, etcétera. Este último supuesto es el de las adolescentes que quieren interrumpir su embarazo, o que padecen enfermedades que delatan un tipo de vida no coincidente con las pautas culturales transmitidas por sus padres, etcétera. El legislador lo resuelve dando al menor un grado de autonomía semiplena, que se convierte en plena cuando es beneficiario de un sistema que lo cubre económicamente. Claro está, para que las facultades se ejerzan regularmente, el médico debe poner sus mejores esfuerzos en lograr que el menor consienta en consultar a sus representantes legales.

El derecho argentino carece de una regulación tan específica sobre el consentimiento informado. De cualquier modo, una sentencia de la década de 1990 recuerda que la noción de consentimiento informado «comprende dos aspectos: a) que el médico obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento; b) que el médico revele adecuada información al paciente, de manera tal que le permita a este participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto. // El médico debe informar sobre la naturaleza del riesgo, la magnitud, la probabilidad que se materialice, la inminencia de la posibilidad de materialización»[34].

Quizás una de las situaciones más paradigmáticas sobre responsabilidad médica por omisión del deber de información sea la resuelta por la sala M de la Cámara Nacional Civil que decidió:

> Es procedente la acción resarcitoria entablada contra el médico cuya omisión de recabar el consentimiento informado del paciente previo a una operación de cirugía de alto riesgo, privó a este de la posibilidad de optar por no someterse a un tratamiento que lo dejara en iguales o peores condiciones de las que revestía al arribar a la consulta (en el caso, le extrajeron un quiste cerebral y luego de la operación sufrió demencia vascular que lo llevó a ser declarado insano), o bien por otra técnica operatoria que aparecía como más segura, y hasta de haber acudido a otro equipo médico que le ofreciera dicha terapéutica[35].

---

el Tribunal Constitucional, que en definitiva revocó la condena penal dictada contra los padres, quienes, aunque no habían autorizado la transfusión, no se habían opuesto a la orden dada por el juez; recuérdese que, finalmente, el niño murió porque médicamente era altamente inconveniente hacer esa transfusión contra su voluntad (sobre el tema, véanse Sevilla 2001: 71; Piconto 2000: 15; Gracia 1989: 527; Cachon 2002: 1; Medina y otros 2002: 2-651). Para la cuestión en Italia, véase Freni (2000: 105), etcétera.

[34] Cám. Nac. Civ., Sala F, 5 de febrero de 1998, ED 186-259 (voto de la Dra. Highton). En el caso, la paciente padeció de hipoestesia e hiperestesia en zonas de la lengua en forma inmediata a la actuación de la odontóloga; aunque luego superó el problema de la insensibilidad temporaria, quedó sin embargo alguna secuela menor. La sentencia también recuerda que, conforme el artículo 19 inciso 3 de la ley 17.132, es deber del médico respetar la voluntad del paciente.

[35] Cám. Nac. Civ., Sala M, 16 de septiembre de 2002, *La Ley* 2003-B-315.

c) Una singular sentencia francesa sobre el deber de información. El médico demasiado optimista

El 17 de abril de 2003, la sala 1 de la Corte de Apelaciones de Metz[36] resolvió un caso singular que muestra la importancia del deber de información. La señora B consultó a un médico por la constante aparición de quistes ováricos; el médico realizó una operación para poner fin al problema. Tres años más tarde, la señora B demandó al médico, al hospital y a la aseguradora. Imputaba al médico los siguientes hechos: a) haber prescrito un tratamiento hormonal inadecuado que había causado dos nuevas intervenciones quirúrgicas habiendo sanado recién con la última, practicada por otro médico; y b) no haber informado correctamente. El tribunal descartó la culpa técnica; es decir, la operación realizada por el médico demandado estuvo perfectamente realizada, pero condenó a reparar la información inadecuada; fundó su decisión en que a través de una indicación exageradamente optimista (la operación terminaría con los problemas porque los quistes no volverían a reproducirse, siendo que fueron necesarias dos nuevas operaciones), el médico generó en la paciente falsas perspectivas de mejorar que comprometen la responsabilidad extracontractual, por lo que lo condenó a pagar 3.811 euros por concepto de daño moral.

La sentencia presenta los siguientes ribetes interesantes: a) al parecer, la información «exageradamente optimista» se convirtió en un factor de atribución, pues, en efecto, el médico fue condenado a pagar daño moral aunque no se acreditó que la información fuese desleal, ni tampoco que hubo falla técnica (dado que la operación fue bien realizada, aunque no produjo el resultado esperado porque en diversas ocasiones y por diversas razones los quistes vuelven a aparecer); b) normalmente, cuando se verifica la violación del deber de información, se denuncia una omisión; en este caso, en cambio, la responsabilidad operó por comisión; c) el tribunal, sin dar explicaciones, sustrajo la cuestión del ámbito de la responsabilidad contractual y la derivó a la responsabilidad extracontractual; y d) se condenó a pagar exclusivamente daño moral, pues se declaró que no había daño material «causado» por el médico.

Un caso de cierta similitud tuvo suerte diversa en la Argentina; sin embargo, no hay analogía sustancial pues no se había invocado error de información. Un médico que había hecho cuatro operaciones en un niño (a los 8, 9, 13 y casi 16 años) fue absuelto. Se trataba de la corrección de una hipospadia. A través de la pericia pertinente se acreditó que la corrección no siempre se logra en una

[36] *La Semaine Juridique,* número 23, 12 de junio de 2004, p. 1179, con nota de Patrick Mistretta, «Le médecin optimiste, le patient et le droit».

primera intervención, especialmente si se opera en niños, pues es una intervención que depende del crecimiento anatómico que acontece en los genitales con el advenimiento de la pubertad. La aparición de una fístula, se dijo, no significa impericia, porque la complejidad operatoria es inversamente proporcional al tamaño del pene operado; a mayor edad y desarrollo del miembro viril, menor posibilidad de posibilidad de fístulas hay. En el caso, el paciente se sanó con la quinta intervención, hecha por otro médico, cuando tenía 17 años[37].

d) Supuestos de responsabilidad sin culpa

Aunque la responsabilidad derivada de los servicios de salud tiene base subjetiva, el sistema reconoce varios supuestos de responsabilidad objetiva, algunos señalados en la propia ley (responsabilidad por productos elaborados y por infecciones hospitalarias), otros, en leyes especiales (vacunaciones obligatorias, por ejemplo). Por sus peculiaridades, el tema de las infecciones hospitalarias será abordado separadamente.

— *Responsabilidad por productos defectuosos*

Obviamente, la responsabilidad por productos defectuosos (entre los que se ubican los medicamentos) ocupa un lugar destacadísimo entre los supuestos de responsabilidad objetiva. Francia integra la Unión Europea y, aunque con atraso y dificultades[38], traspuso finalmente la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la «aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos».

Debe distinguirse entre el médico que prescribe un producto defectuoso, caso presidido por el principio de la culpa, y el médico que lo provee o suministra regido por la directiva. Por otra parte, un medicamento puede no ser defectuoso en sí mismo (en cuyo caso no existe responsabilidad ni del elaborador ni del proveedor), pero ser causante de un daño por haber sido mal indicado (supuesto que puede generar responsabilidad del profesional de la medicina).

Las diferencias entre uno y otro supuesto surgen claras de una sentencia del 12 de febrero de 2004 de la Sala I del Tribunal Supremo de España[39], que dice:

---

[37] Cám. Nac. Civ., Sala G, 7 de julio de 2000, Doc. Jud. 2000-3-1160.

[38] Francia fue condenada porque traspuso la directiva modificando algunos aspectos que no habían sido dejado librados a la libertad de los países. Lo extraño es que se trata de aspectos que benefician a las víctimas.

[39] Véase *Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, número 6, 2004, p. 135.

> El centro de asistencia médica demandado es responsable por los perjuicios padecidos por el actor [un joven de 21 años] como consecuencia de la diabetes que contrajo a raíz de la medicación que le recetaron [en el caso, para un tratamiento contra el acné] toda vez que los profesionales del organismo accionado no actuaron con la debida diligencia, pues no evaluaron adecuadamente las cifras obtenidas a través de los controles mensuales que realizaban al paciente por el riesgo que dicho tratamiento entrañaba, ni estudiaron si las alarmantes subidas de glucemia detectadas eran debidas al fármaco administrado, debiendo considerarse con mayor gravedad la negligencia imputada desde que el prospecto que acompañaba al medicamento advertía que con su administración podría causarse la patología en cuestión.

En el caso, el daño (diabetes) fue atribuido directamente a la culpa médica (falta de controles), proveniente de un hecho totalmente previsible (puesto que figuraba en los prospectos). En cambio, no había razones para responsabilizar al elaborador (que por otra parte, no había sido demandado).

Otro caso argentino también ejemplifica la culpa personal del médico en el suministro de los medicamentos:

> Si el médico tomó la decisión de suministrar una droga, que es de acción ultrarrápida y su uso es a nivel anestésico, sin consultarlo con médico anestesista ni cardiorrespiratorio alguno, a pesar de que no era adecuada a la patología del enfermo, y posteriormente dispuso su suspensión sin anotarla en la historia clínica donde figuraba que debía administrarse, el error del facultativo es palmario. La decisión sobre el tipo de fármaco y las condiciones en que debe suministrarse corren por cuenta del médico y no de la enfermera. No existe elemento alguno del que pueda colegirse que ella tuviera o pudiera haber tenido mínimo conocimiento de algún cambio de órdenes por parte del facultativo; habiendo indicado este que debía darse un medicamento, la enfermera lo único que debía hacer era cumplir con esa administración[40].

Entre la numerosa jurisprudencia en torno a la responsabilidad objetiva por productos médicos, cabe recordar la decisión de la sala V del Tribunal Europeo con sede en Luxemburgo del 10 de mayo de 2001, recaída en el asunto C-203/99, por emanar del intérprete máximo de este texto y aclarar la extensión de nociones típicas de este tipo de responsabilidad, como «puesta en circulación», «producto», «sujetos responsables», «daños a las personas y daños a las cosas», etcétera.

Los hechos relatados en la sentencia son los siguientes:

El 21 de noviembre de 1990, el señor Veefald debía ser sometido a un trasplante de riñón en el hospital de Skejby. Tras haber sido extraído del donante,

[40] Cám. Nac. Civ., Sala F, 4 de julio de 2003, Gómez c/Gobierno de la ciudad, *Jurisprudencia Argentina* 2004-I-481. En el caso, el paciente era un menor de dieciséis años internado en un hospital de rehabilitación debido a secuelas de índole motriz originadas en lesiones provocadas por un disparo de arma. El Tribunal rechazó la demanda contra la enfermera y condenó al médico.

hermano del señor Veedfald, el riñón se preparó para el trasplante por medio de una irrigación con un líquido de perfusión destinado a este fin. Por ser defectuoso el líquido, durante la irrigación se obstruyó una arteriola del riñón, por lo que este resultó inutilizable para cualquier trasplante. El líquido de irrigación había sido fabricado en los laboratorios de la farmacia de otro hospital (el hospital municipal de Århus) y preparado para su utilización en el hospital de Skejby. La Amtskommune es propietaria y gestora de ambos hospitales. Basándose en la ley danesa 371, el señor Veedfald solicitó una indemnización a la Amtskommune. Esta declinó su responsabilidad alegando que no había puesto el producto en circulación y que no lo había fabricado con fines económicos, puesto que ambos hospitales están exclusivamente financiados con fondos públicos. El señor Veedfald interpuso un recurso contra esta resolución denegatoria de indemnización ante el Vestre Landsret (Dinamarca), recurso que fue desestimado mediante sentencia del 29 de septiembre de 1997. Por lo tanto, interpuso un recurso de apelación ante el Højesteret.

Por suscitarle dudas la interpretación del derecho nacional a la luz de las disposiciones de la Directiva, dicho tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

> 1) ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que un producto defectuoso no se ha puesto en circulación si se ha elaborado en el marco de la prestación de un servicio médico concreto y se utiliza en un órgano humano que ha sido extraído del cuerpo de un donante con el fin de prepararlo para su trasplante al cuerpo de otra persona y que, como consecuencia de ello, se ha causado el daño en el órgano?
>
> 2) ¿Debe interpretarse la letra c) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que un hospital de titularidad pública está exento de responsabilidad con arreglo a la Directiva por los productos que elabora y utiliza en el ámbito de un servicio concreto financiado con fondos públicos, prestado por el productor a la persona perjudicada sin ninguna contraprestación?
>
> 3) ¿Impone el derecho comunitario exigencias aplicables a la delimitación por los Estados miembros de las expresiones de daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, contenidas en el artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, o pueden los distintos Estados miembros decidir libremente lo que debe entenderse por daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa?
>
> 4) ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente

después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión daños causados por lesiones corporales con respecto al receptor del órgano?

5) ¿Debe interpretarse la letra b) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa con respecto al receptor del órgano?

En definitiva, las respuestas del tribunal fueron:

1) El artículo 7, letra a), de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a este es consecuencia de dicha preparación.

2) El artículo 7, letra c), de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que la exoneración de responsabilidad por falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional no se aplica al caso de un producto defectuoso que ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna.

3) El artículo 9 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que, a excepción del daño moral cuya reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del derecho nacional y de las exclusiones que resultan de las precisiones aportadas por esta disposición en lo que respecta a los daños causados a una cosa, un Estado miembro no puede limitar los tipos de daño material causado por muerte o lesiones corporales, o de daño causado a una cosa o que consista en la destrucción de una cosa, que han de ser indemnizados.

4) En virtud de la Directiva 85/374, el juez nacional está obligado a examinar en qué categoría deben agruparse las circunstancias del asunto, a saber, si se trata bien de daños cubiertos por el artículo 9, párrafo primero, letra a), o por el artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva 85/374, o bien de daños morales que puedan estar cubiertos por el derecho nacional. En cambio, no puede denegar toda indemnización en virtud de dicha Directiva basándose en que, pese a concurrir los demás requisitos de la responsabilidad, los daños sufridos no están comprendidos en ninguna de las categorías antes mencionadas.

Las respuestas dadas por el Tribunal Europeo implican, indudablemente, que al momento de resolver, el juez danés debe condenar al Estado, por no ser aplicable la eximente invocada, ni ser audibles el resto de las defensas.

En el derecho argentino la responsabilidad por el producto defectuoso se rige por el artículo 40 de la ley 24.240, que no alcanza a los médicos (artículo 2, segundo párrafo del mismo ordenamiento), pero sí a los servicios de salud (dada la inexistencia de norma alguna que los excluya). En tal sentido, se acogió la demanda por los daños causados por fallas de un aparato de monitoreo que ocasionaron quemaduras al paciente durante la intervención quirúrgica a la que fue sometido[41]. Igual que en el derecho europeo, pesa sobre el paciente consumidor la carga de probar que el daño tiene causa en el producto y, consecuentemente, la demanda se rechaza si, por su parte, el elaborador prueba que la causa del daño es ajena al producto. Así, por ejemplo, se rechazó la demanda contra el fabricante de un clavo-placa para prótesis de cadera por haberse acreditado que el resultado lesivo no obedeció a un defecto o vicio de su fabricación sino a múltiples factores que pudieron influir, como son el deterioro de la víctima, la mala elección del implante, la incorrecta colocación e inadecuado seguimiento médico, sin que pueda apreciarse cuál de todas ellas fue la más activa o eficaz o dotada de mayor fuerza productiva para incidir de modo decisivo en dicho evento; en el caso, varias pericias informaron que no se observaban signos de fatiga de material, que la prótesis fue confeccionada con materiales que no mostraban ninguno tipo de anormalidad y que la rotura obedeció a que se requirió al material esfuerzos superiores a su capacidad resistente, a través de sobrecargas para las cuales no había sido diseñada, produciéndose inicialmente una gran deformación que precedió a la fractura final[42]. Tampoco se acogió la demanda contra el vendedor de una prótesis ortopédica para corregir una escoliosis dorsolumbar por los daños que ocasionó su fractura si el acto quirúrgico del implante fue exitoso y el percance se produjo recién después de un lapso prolongado —once meses— sin que se hayan acreditado fallas en la prótesis y existe la posibilidad de que otros factores ajenos a esa pieza (por ejemplo, fuerza propia de la columna, caídas, traumatismos o esfuerzos indebidos) actuaran como fuentes autónomas o coadyuvantes de la ruptura[43]; ni contra el fabricante del marcapasos implantado al actor ocho años antes si no existen antecedentes que permitan aseverar la presencia de fallas o desperfectos atribuibles a su fabricación[44].

---

[41] Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 3°, 4 de noviembre de 1999, *Jurisprudencia Argentina* 2000-III-612.

[42] Cám. Nac. Com., Sala A, 14 de abril de 2000, Doc. Jud. 2000-3-750.

[43] Cám. Nac. Com., Sala B, 31 de agosto de 2001, *La Ley* 2001-F-666.

[44] Cám. Nac. Civ., Sala B, 31 de agosto de 2001, *Responsabilidad Civil y Seguros* 2001-6-123. El tribunal, por mayoría, también ponderó todas las precauciones formuladas por el fabricante para advertir al usuario sobre las implicancias anexas que pueden sobrevenir a su utilización. La minoría,

Otros casos de responsabilidad objetiva creados por leyes especiales

Diversos países europeos regulan en leyes especiales los daños derivados de prácticas médicas particulares, como por ejemplo la vacunación obligatoria[45], las transfusiones sanguíneas en hospitales, etcétera. En todos estos casos, la víctima tiene a su favor el sistema probatorio, desde que se trata de responsabilidades fundadas en factores objetivos; en cambio, tiene en contra indemnizaciones tarifadas. En Francia, país poco amigo a los techos indemnizatorios, se ha planteado, aunque con poco éxito, la inconstitucionalidad de la limitación de los rubros reparables[46].

e) La responsabilidad por daños causados por los llamados «riesgos» o «accidentes» hospitalarios

Según estadísticas serias, en Francia, los llamados «riesgos, alea o accidentes hospitalarios terapéuticos» provocan miles de muertes por año[47]. Se conoce con ese nombre a los «daños sufridos por un paciente, en ocasión de un acto médico, en cuyo origen no se puede detectar culpa alguna, y sin vínculo con el estado anterior del paciente ni con la evolución previsible de ese estado»[48]. Entre estos accidente se ubican las infecciones hospitalarias (o infecciones adquiridas en el hospital). El legislador francés ha reaccionado y ha previsto medidas de asepsia y mecanismos de control muy severos. Por su parte, la jurisprudencia anterior a la ley se mostró vacilante: La jurisdicción administrativa ponía ese accidente a cargo del Estado, sobre todo si el daño era de especial gravedad; la Casación, en cambio, entendía que no había razones para poner estos daños a cargo del particular. Como consecuencia de ese punto de partida, el Consejo de Estado resolvía que la demostración del respeto de las normas en materia de esterilización del ambiente sanitario no basta para eximir de responsabilidad, siendo necesaria

---

en cambio, tuvo en cuenta que al poco tiempo de su colocación habían existido contratiempos originados en su funcionamiento imputables a los catéteres.

[45] Véase, entre otros, Mistretta (2003b: 1873).

[46] Castelnuovo y Pintus (2001: 490). Obviamente, estos casos también pueden generar responsabilidad subjetiva del médico; por ejemplo, si este decide colocar una vacuna antipoliomielítica a un niño que se encontraba en estado febril, causándole lesiones gravísimas (Tribunal Lodi, 10 de enero de 2004, en *Responsabilità Civile e Previdenza*, volumen LXIX, número 3, 2004: 785).

[47] Según algunas estadísticas, las infecciones hospitalarias generan en Francia más muertes que los accidentes de tránsito (cf. Lambert-Faivre 2002b: 1367-1369). La autora define la infección hospitalaria como toda enfermedad provocada por microorganismos contraída en un establecimiento de salud por un paciente; afirma, apoyada en estadísticas, que las infecciones bacterianas representan más del 90% de las infecciones hospitalarias; las más frecuentes son las urinarias, las neuropatías y las de piel y tejidos. El problema también es serio en Inglaterra (véase Taylor 2005: 717).

[48] Mazeaud (2004, tomo II: 378).

la prueba de que el origen del proceso infeccioso es una *causa extraña*; por el contrario, los jueces de la jurisdicción civil eran menos exigentes con el sistema de salud privada[49]. Soluciones diferentes crearon desigualdades manifiestas. Se recuerda que mientras que el joven Serge Gómez, de 15 años, quien salió parapléjico de una operación realizada en el Hospital Edouard Herriot de Lyon, fue indemnizado por la Corte Administrativa de esa ciudad no obstante la inexistencia de culpa médica, el joven Pierre Boudy, de 17 años, tetrapléjico después de una operación en una clínica de París, vio rechazada su demanda por la Corte de Apelaciones de esa capital, aunque fue sometido a la misma operación, y vivía a pocas cuadras del primero[50].

En fin, la ley recogió la opinión de un sector de la doctrina que criticaba un sistema según el cual muchas víctimas debían cargar con este tipo de «accidentes»[51].

En su primera versión (la de marzo de 2002), estableció que «Los establecimientos, servicios y organismos antes mencionados son responsables de los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo que prueben la causa extraña». Además, «cuando la responsabilidad de un profesional, de un establecimiento, servicio u organismo antes mencionado *no está comprometida*, un accidente médico, una afección iatrogénica o una infección hospitalaria abre el derecho a la reparación de los perjuicios del paciente a *título de solidaridad nacional*». En consecuencia, la responsabilidad era objetiva, y si se había probado la causa ajena (es decir, no eran indemnizables por la vía de la responsabilidad civil) y los daños eran muy graves (más del 25% de incapacidad), pasaban a un fondo de garantía (la Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos, de Afecciones Iatrogénicas y de Infecciones Hospitalarias), financiado con fondos públicos[52].

La presión de las aseguradoras llevó a la modificación de la ley. Después de diciembre del año 2002, el régimen vigente distingue según las infecciones hayan sido contraídas en:

a) *Establecimientos de salud*: en este caso, existe una obligación de seguridad; ellos son responsables de las infecciones hospitalarias, a no ser que prueben una causa ajena. Sin embargo, cabe distinguir según esas infecciones ocasionen una incapacidad menor o superior al 25%. Solo en el primer caso —en el de daños leves o pequeñas víctimas— la indemnización queda a cargo del establecimiento de salud, es decir, recae finalmente sobre el asegurador; en cambio, si es superior

[49] Cf. Amodio (2003: 745); Cacace (2003a: 440).

[50] Cacace (2003a: 435). La autora señala que la ley era necesaria aunque fuese por esta sola razón.

[51] Para las diferentes posiciones sobre el tema, véase Larroumet (2001: 399); para la postura afirmativa, véase Viney y Jourdain (2001: 395 y ss.), ambos en Carval (2001).

[52] Cf. Dendocker (2003: 1196).

al 25%, pasa a la seguridad social a título de solidaridad nacional. En definitiva, solo quedan sin cubrir los «accidentes» con daños inferiores al 25% de incapacidad *cuando se ha acreditado la causa ajena*; los superiores están siempre cubiertos, pero por el de la seguridad social y no por la responsabilidad civil.

b) *Consultorios de profesionales de la salud*, es decir, médicos particulares: se rigen por el régimen común y, consecuentemente, debe acreditarse la culpa médica, desde que la presunción establecida por la ley no los contempla[53].

En la República Argentina, la tendencia jurisprudencial mayoritaria encuadra el daño proveniente de las infecciones hospitalarias dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva. En tal sentido se resuelve que «Si una infección revistió la condición de intrahospitalaria, es decir, proveniente del medio ambiente, no atribuible a patología propia del paciente, la responsabilidad por las consecuencias recae sobre el hospital, aun cuando resulta imposible llevar a cero la probabilidad de una infección de esta naturaleza y cualquiera sea el fundamento de esta responsabilidad»[54]. En el mismo sentido se afirma que «La obligación de seguridad de resultado que pesa sobre el hospital por el contagio de infecciones hospitalarias se sitúa en el ámbito de la responsabilidad objetiva, por lo que la eximición de responsabilidad solo es procedente si se prueba la presencia de un caso fortuito externo»[55]. En igual sentido, se ha resuelto que

> […] es responsable el Estado provincial por los daños causados por la muerte de dos menores como consecuencia de una infección bacteriana intrahospitalaria dado que los niños ingresaron al hospital con una enfermedad bronquial de origen virósico o bacteriano que alcanzó un agravamiento no habitual durante la internación, lo que muy probablemente pueda explicarse por la presencia de

---

[53] Mistretta (2003a: 57). Cf. especialmente Prevot (2005: 15-20); Prevot y Chaia (2005: 179 y ss.).

[54] Cám. Nac. Civ., Sala E, 31 de noviembre de 1998, R. G. c/ Instituto de las clínicas cardiovasculares, *Jurisprudencia Argentina* 2000-II-585; cf. Cám. Nac. Civ., Sala A, 5 de marzo de 1998, *La Ley* 1999-13-44.

[55] Cam. Nac. Civ., Sala C, 5 de septiembre de 2000, *La Ley* 2001-A-271; cf. Sala D, 4 de mayo de 2004, Doc. Jud. 2006-1-145. Una situación por demás insólita provocó la condena de un hospital público, ya no por infecciones hospitalarias, sino por la picadura de un arácnido venenoso que causó la muerte. Con toda razón, el 24 de agosto de 1998, la Cám. Civ. y Com. de La Plata resolvió que

> […] el hospital demandado por el resarcimiento del daño provocado por el deceso de un paciente que fue picado por un arácnido no puede pretender excusar su responsabilidad alegando que la limpieza habitual realizada en las instalaciones del nosocomio resultó suficiente para prevenir a los pacientes de infecciones causadas por los gérmenes e insectos que normalmente se desarrollan o encuentran en dicho ámbito, pues esa tarea de rutina devino en insuficiente para repeler y extinguir insectos contagiosos (*Responsabilidad Civil y Seguros*, año I, número 2, 1999, p. 133).

Otros datos jurisprudenciales sobre infecciones intrahospitalarias se encuentran en Calvo (2005) y Vázquez (2002: 145).

> algún germen intrahospitalario desarrollado ante la falta de adopción de medidas adecuadas para detectarlo y eliminarlo o disminuir su influencia[56].

Con una formulación menos rígida, pero que lleva a un resultado análogo, se ha decidido que «[…] si el paciente sufrió una fractura cerrada [no expuesta] de rótula y excoriación y probó que la infección padecida [osteomielitis] fue consecuencia directa de la operación, cabe presumir la falta de diligencia del médico y, en tales condiciones, incumbía a este (o al hospital) dar la prueba de la ausencia de culpa y que se extremó el deber de cuidado y previsión»[57].

4. La responsabilidad médica en el ámbito de la ginecología

Hasta tiempos relativamente recientes, que hoy parecen muy lejanos, la concepción, el embarazo y el nacimiento eran acontecimientos ligados a la mera casualidad o, al menos, estaban subordinados solo a los ciclos de la naturaleza. El desarrollo científico y la irrupción de la biotecnología trajeron una creciente *medicalización* de esos acontecimientos, redujeron el ámbito de la aleatoriedad y acentuaron la libertad de determinación en las opciones relativas a la procreación[58]. Obviamente, esta nueva visión debía traer cambios radicales en la responsabilidad médica ginecológica, especialmente en el ámbito del deber de información, sensiblemente profundizado[59].

4.1 Daños analizados por la jurisprudencia «tradicional»

En el ámbito de la responsabilidad médica ginecológica, hasta hace algunos años, en Francia y en Argentina, las demandas judiciales por mala praxis estaban limitadas a los supuestos en que se atribuía culpa al médico en el momento del parto.

---

[56] Cám. Civ. y Com. de San Juan, Sala II, 25 de febrero de 2005, *La Ley Gran Cuyo* 2005-1383, con nota de Juan M. Prevot, «Relación de causalidad e infecciones intrahospitalarias», *La Ley Gran Cuyo* 2006-52.

[57] Cám. Nac. Civ., Sala D, 16 de julio de 2001, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2002-II-73.

[58] Simone (2003: 1148).

[59] La ley 1044 del 26 de junio de 2003 de la ciudad de Buenos Aires, que regula el procedimiento a seguir «[…] ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida» (se refiere a la anencefalia o patología análoga), dispone que la incompatibilidad con la vida extrauterina debe ser fehacientemente comprobada por el médico tratante de la mujer embarazada y dentro de las 72 horas de la confirmación del diagnóstico, el profesional está obligado a informar a la mujer y al padre, si compareciere, explicándoles de manera clara y acorde con sus capacidades de comprensión, el diagnóstico y el pronóstico de la patología que afecta al feto, la posibilidad de continuar o adelantar el parto, y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte. Debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la gestante.

La jurisprudencia reitera fórmulas como la siguiente: «El obstetra no puede ser relevado de responsabilidad por las contingencias posibles, por ende previsibles, que en el común de los casos pueden producirse en el embarazo normal de una madre primeriza: la existencia o no de adecuada dinámica uterina durante el parto, su posible descontrol emocional, las eventualidades concomitantes al parto en sí, como puede ser la presentación invertida del *nasciturus*, el cordón umbilical enrollado sobre su cuello, una hemorragia de la madre, etcétera». Por esa razón, responde el médico que «frente a un parto que se presentaba como normal en una primeriza, vuelve a la hora de ser revisada, con trabajo de parto; se la interna sin que se ordene monitoreo fetal; no practica goteo para acelerar dilatación ni ecografía hasta que finalmente practica una cesárea, pero el niño muere a los treinta minutos de haber nacido»[60].

Por el contrario, no hay responsabilidad médica si la muerte del feto se produjo

> […] por desprendimiento de placenta *normoinserta*, trastorno denominado *abruptio placentae*, que implica que la placenta se separa del útero en forma parcial o total; esto hace que la placenta deje de cumplir su trascendental función, esto es, la de permitir la oxigenación de los tejidos fetales, produciendo como consecuencia que el feto quede sometido a una situación de asfixia, que si se prolonga determina su muerte. En estos supuestos la operación de cesárea debe efectuarse sin dilaciones, hipótesis en la cual el feto quizás se extraiga con vida, pero muy probablemente con un grave compromiso del cerebro y múltiples órganos[61].

---

[60] Cam. 1.ª Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 16 de noviembre de 2000, *La Ley Buenos Aires* 2001-339. Se entendió que la indicación oportuna de una ecografía o el acompañamiento del proceso mediante la técnica del goteo de sustancias químicas tendientes a la aceleración hubieran puesto en claro el estado de la gestación, si mediaban o no insuficiencias congénitas de la madre, de la placenta o del feto, etcétera. En un caso similar, el 31 de agosto de 2000, la Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I (*La Ley Buenos Aires* 2001-490), decidió que «Configura un supuesto de mala praxis la conducta del medico tratante de una parturienta que durante las horas previas al parto omitió realizar los necesarios controles periódicos, lo que impidió constatar el sufrimiento fetal y cuyo resultado fue el alumbramiento de un feto muerto». Se trataba de una primeriza. De la historia clínica surge que durante un lapso de catorce horas y cincuenta minutos no se efectuaron a la actora controles de borramiento y dilatación del cuello del útero ni del progreso de la presentación; en lugar de comenzar a actuar, se mantuvo una conducta culposamente expectante.

[61] Cám. Nac. Civil, Sala E, 7 de junio de 2000, Doc. Jud. 2001-1-620. Las pericias coincidieron en que el desprendimiento de placenta es un accidente raro, brusco y grave, y su etiología es oscura. En el caso, la conducta de los médicos actuantes fue correcta, ya que ante el diagnóstico, que puede comprometer no solo la vida del feto sino la de la propia madre, se decidió la realización de una cesárea de urgencia (el diagnóstico fue hecho a las 13:00 y a las 13:20 se decidió la cesárea; mientras tanto, se intentó una reanimación intrauterina del feto). La operación comenzó a las 13:45. El juez de primera instancia había condenado al médico, a la clínica privada y a la compañía aseguradora. Contra la sentencia se alzó únicamente el médico, quien fue liberado por la Cámara de Apelaciones

En ocasiones, el médico no es responsable, pero sí el servicio, por la mala organización; por ejemplo, carece de médico anestesista para hacer una cesárea de urgencia[62]. Es que, como lo ha sostenido la Corte Federal en numerosos casos, «Quien contrae la obligación de prestar un servicio, en el caso, asistencia a la salud, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecida»[63].

Dentro de estos casos «tradicionales», por estar fundados en la culpa[64], cabe incluir la sentencia bastante reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), conocido como caso «Vo c/ Francia» (53924/00, 8 de julio de 2004). Anticipo que la cuestión a decidir era la responsabilidad *penal* del médico, por lo que, a los fines de este trabajo, su interés es relativo. Los hechos eran claros: el profesional de la salud de un establecimiento público llamó para ser asistida a una paciente asiática, que conocía poco la lengua francesa; la confundió con otra del mismo apellido que figuraba en el mismo turno, y realizó en ella la punción que debía hacer en la homónima, provocando, en definitiva, la muerte del feto. El caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos exclusivamente para que resolviera si es contrario o no a la Convención que ese hecho no fuese sancionado penalmente. La denunciante alegaba violación del artículo 2 de la Convención, en razón de que la jurisdicción francesa había descartado la aplicación de la pena del homicidio involuntario con el argumento que el *nasciturus* no puede ser víctima de este delito, ilícito que solo puede tener por víctima una *persona* viva.

La Corte Europea de Derechos Humanos rechazó la denuncia. Citó sus precedentes[65] y dijo que un sistema judicial eficaz, como el que exige el artículo 2 de la Convención, puede implicar, en algunos casos, un mecanismo de represión penal. Sin embargo, si el ataque al derecho a la vida o a la integridad física no es

---

por cuanto no equivocó el diagnóstico, intentó efectuar maniobras de reanimación del feto y trató de practicar una operación cesárea de inmediato, lo que no pudo hacer por carencia de anestesista disponible, causa que no le puede ser imputada a él sino a la clínica. El actor había sostenido que la cesárea no había podido llevarse a cabo de inmediato, por no disponerse en la clínica de un anestesista para iniciar la operación, pues se encontraba operando un estómago, y mientras lo hacía fue llamado de urgencia, siendo autorizado por el jefe del grupo médico para asistir a la paciente de la otra operación.

[62] Suprema Corte de Buenos Aires, 2 de agosto de 2000, *La Ley Buenos Aires*, 2001-194, confirmado por la Corte Nacional el 11 de marzo de 2003, *La Ley*, 2003-D-769.

[63] CSN, 6 de julio de 1999, Schauman de Scaiola c/Provincia de Santa Cruz, *Responsabilidad Civil y Seguros*, número 2, 2000, p. 67.

[64] Al parecer las equivocaciones no ocurren solo en Estados Unidos, como lo muestra la noticia periodística colocada a modo de epígrafe de este trabajo. Este supuesto se conoce con la expresión en inglés *wrongful death*.

[65] Calvelli *et* Ciglio § 51; Giuliano Lazzarini *et* Maria Paola Ghiacci c. Italie, número 53749/00, 7 de noviembre de 2002; Mastromatteo c. Italie [GC], número 37703/97, § 90, CEDH 2000-VIII.

voluntario, la obligación positiva que emana del artículo 2 no exige necesariamente que en todos los casos exista un recurso de naturaleza penal. En el contexto específico de las negligencias médicas esa obligación estatal puede ser cumplida, por ejemplo, con un sistema jurídico que ofrezca a los interesados un recurso ante la jurisdicción civil con el fin de establecer la responsabilidad del médico y, una vez fijada, aplicar sanciones civiles apropiadas, como es la indemnización de los daños y perjuicios, y la publicación de la sentencia.

En otros términos, la Corte Europea afirma que no viola la Convención un sistema que, como el francés, o el argentino, no sanciona penalmente el aborto culposo[66] siempre que dé otras respuestas eficaces, como es el sistema de la responsabilidad civil.

Como no podía ser de otro modo, la decisión fue recibida de diferentes maneras. Entre las críticas más duras se lee[67]:

> La sentencia se ubica bajo el doble signo de la pusilanimidad y la ambigüedad. Pusilanimidad, porque frente a la denuncia del rechazo de la cámara criminal de calificar de homicidio involuntario al ataque a la vida de la persona por nacer, la Corte no ha encontrado nada más osado que refugiarse detrás del margen de apreciación que reconoce a los Estados en cuanto al punto de partida del derecho a la vida. Ambigüedad, pues la Corte no duda en retomar para sí la técnica del reconocimiento hipotético del derecho a la vida de la persona por nacer fijada en la sentencia "Boso", se sitúa en el terreno de las obligaciones procesales inherentes al artículo 2 (acciones positivas) y juzga que fueron respetadas porque tenía a su disposición una acción de responsabilidad civil que no ejercitó diligentemente ante la jurisdicción administrativa.

---

[66] El Código Penal español sanciona, en cambio, el aborto culposo. Véanse las siguientes disposiciones:

Artículo 146. El que por imprudencia *grave* ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro *fines de semana*. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. *La embarazada no será penada a tenor de este precepto*.

Artículo 157. El que por cualquier medio o procedimiento causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente un normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicio de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descriptos en el artículo anterior, será castigado con pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

[67] Marguénaud y Raynard (2004a: 799).

No comparto esta opinión. Estimo que la decisión es correcta; el derecho penal es la *última ratio* y, en esta materia, parecería que cada Estado puede sancionar o no criminalmente este tipo de conductas; basta que dé a la víctima otra salida satisfactoria (que puede ser de naturaleza no penal o sancionatoria).

4.2 Daños «no tradicionales»

La libertad de determinación en las opciones relativas a la procreación ha traído al ámbito tribunalicio nuevas situaciones. Algunas no pertenecen al ámbito de la responsabilidad civil, pero interesa relatarlas para verificar las grandes diferencias ideológicas que sirven de telón de fondo.

a) Venta de píldoras anticonceptivas

Mientras la justicia penal francesa sanciona a los farmacéuticos que se niegan a vender anticonceptivos contrariando la ley de protección de los consumidores[68], la Corte Federal argentina prohíbe la venta de la llamada píldora del «día después». En mi opinión, esta decisión, fundada insuficientemente en reglas científicas discutibles, configura una nueva, clara e ilegítima eliminación de un derecho de la mujer, cual es el derecho a no *concebir*[69]. Aliento la esperanza cierta de que la Corte Federal, en su nueva composición, modificará esta jurisprudencia.

---

[68] Cass. Crim., 21 de octubre de 1998, *La Semaine Juridique* 38, 22 de septiembre de 1999, con nota de Fréderic Freund, «Les convictions religieuses de deux pharmaciens ne peuvent constituer un motif légitime de refus de vente de contraceptifs». No ignoro el debate ocasionado en Francia por la disposición administrativa que autorizaba a las enfermeras de los colegios a proporcionar la píldora Norlevo sin prescripción médica a niñas menores de edad, y su ulterior anulación por el Consejo de Estado; mas en ese caso el problema era la falta de prescripción médica, aunque también se invocaran los derechos derivados de la patria potestad. Para esta cuestión ver Radé y Dubos (2000). Los datos proporcionados por los autores son escalofriantes: se estima que cada año, en Francia, se producen 350 mil embarazos no deseados; dos tercios dan lugar a una interrupción voluntaria; 30% de estos abortos corresponden a mujeres de menos de veinticinco años. Para intentar dar una respuesta rápida a esta situación, por decisión del 27 de mayo de 1999 se autorizó la venta de la píldora en farmacias, sin prescripción médica. Algunas semanas más tarde, sobre la base de la gran cantidad de embarazos no deseados entre las adolescentes escolarizadas, una circular autorizó a seis mil enfermeras que ejercen en Francia en establecimientos públicos a proporcionar la píldora, en circunstancias excepcionales, sin prescripción médica y sin que los padres de las alumnas fuesen informados. Esta circular es la que anuló el Consejo de Estado.

[69] CSN, 5 de marzo de 2002 Portal de Belén c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, en *La Ley* 2002-B-520, Doc. Jud. 2002-1-664, ED 197-13, *Jurisprudencia Argentina* 2002-III-472 y *Revista de Derecho de Familia* 21, p. 189, con nota crítica de Marcela Basterra, «Prohibición de la píldora del día después; un lamentable retroceso del principio de autonomía personal». El tema de los métodos anticonceptivos y los programas de salud reproductiva han dado lugar a otras decisiones judiciales significativas. Un paso adelante fue la revocación de una medida cautelar dictada

b) Responsabilidad por defectuosa colocación de un dispositivo intrauterino

En la Argentina se ha resuelto que «[…] aunque la práctica médica de la colocación de un DIU no esté cubierta por el sistema, la obra social debe responder por los daños ocasionados por la errónea colocación que produjo una perforación, al desplazarse a la cavidad abdominal, si fue realizada, como consta en la historia clínica, por una médica en un consultorio perteneciente a la mutual»[70].

c) El deber de información médica en la fecundación asistida

La cuestión de la responsabilidad civil del médico en la fecundación asistida ha sido abordada en diversos trabajos doctrinales[71]. En estas reflexiones me interesa solo subrayar que el método de la fecundación asistida ha acentuado el deber de información médica. En efecto, se trata de una práctica para la cual la pareja debe estar preparada no solo física sino psicológicamente[72]. La cuestión no ha pasado desapercibida para la ley española sobre técnicas de reproducción asistida, que dispone:

> 2.2. Es obligatoria una información y asesoramientos suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.
>
> 6.2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.

---

en el marco de una acción de amparo que había ordenado al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación abstenerse de ejecutar el Programa Nacional de Salud Reproductiva (cf. Cám. Fed. Córdoba, Sala A, 19 de marzo 2003, Mujeres por la Vida c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, *La Ley Córdoba* 2003-417, con nota de María Victoria Famá, Marisa Herrera y Moira Revsin, «¿Las mujeres somos nuestras propias enemigas? Un fallo a favor de la ley sobre salud sexual y procreación responsable dictado por hombres»). La sentencia también ha sido comentada favorablemente por Ghersi (2005). Para una explicación sobre cómo funciona esta píldora y por qué su uso no configura el delito de aborto, véase Blanco (2002: 233).

[70] Cám. Nac. Civ., Sala I, 14 de diciembre de 2001, *Jurisprudencia Argentina* 2002-II-591.

[71] Me limito a mencionar algunos editados en la Argentina: Andorno (1996); Bíscaro (1995); Ferrer (2001); Medina y Hooft (2002: 73); Méndez (2004); Sambrizzi (2001: 227); Wagmaister (2001); Zannoni (1998).

[72] Para el tema en España, véase Galán (2001), en especial el capítulo IX, páginas 325 a 344.

d) El principio de precaución en algunas técnicas de la fecundación asistida

Como es sabido, no todas son certezas en el ámbito de la fecundación asistida. Algunas de esas incertezas han llevado a la aplicación del principio de precaución[73]. En este sentido, el 12 de diciembre de 2002, el Comité Consultatif National d'Étique[74] de Francia, a través de un dictamen de Claire Brisset, aconsejó la aplicación del principio de precaución al método conocido como ICSI, que consiste en seleccionar espermatozoides inmaduros. El Comité entendió que

> […] la práctica comporta riesgos potenciales de transmisión de anomalías cromosómicas y malformaciones genitales. Las estadísticas poco numerosas y la ausencia de seguimiento en los niños nacidos gracias a la ayuda de esta técnica no permiten establecer porcentaje de riesgos que, por ello, permanecen inciertos. Algunos aconsejan recurrir sistemáticamente al diagnóstico preimplantatorio. El comité preconiza colocar el interés del niño en el centro de la decisión de los padres; para eso, la información debe ser completa, y el principio de precaución debería ser evocado en el marco de la asistencia e información médica.

---

[73] El principio de precaución ha sido definido en un documento de febrero del año 2005 aprobado por la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (Comest), organismo dependiente de la Unesco, del siguiente modo: «Cuando las actividades humanas corren el riesgo de conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir ese daño.

Daño o lesión moralmente inaceptable es un daño a las personas o el ambiente que es:

- Amenazante de la vida o la salud humana, o
- Grave y realmente irreversible, o
- Inequitativo para las generaciones presentes o futuras, o
- Impuesto sin que se hayan tenido debidamente en consideración los derechos humanos de quienes afecta.

El juicio de plausibilidad debe fundarse en análisis científicos. Este análisis debe ser permanente, de modo que las medidas elegidas estén siempre sometidas a revisión.

La incertidumbre puede llevar, pero no se limita necesariamente, a la causalidad o a los límites del daño posible.

Las acciones son intervenciones que se toman antes que el daño ocurra y persiguen evitarlo o disminuirlo. Las acciones elegidas deben ser proporcionales a la gravedad del daño potencial, tener en consideración todas las consecuencias positivas y negativas, y evaluar las implicancias morales tanto de la acción como de la omisión. La elección de la acción debe ser el resultado de un proceso participativo».

[74] «Observations de Mélina Douchy-Oudot», *Recueil Dalloz*, número 8, 26 de febrero de 2004, p. 531.

e) Daños derivados de la destrucción de embriones supernumerarios por «falta del servicio»

En mi criterio, concordante con el de la legislación y jurisprudencia francesa, el embrión no implantado no es persona. Sin embargo, este punto de partida no debe llevar a considerar que su destrucción no genera daños significativos. Por eso, no comparto la decisión del 9 de marzo de 2004 de un tribunal francés que hizo lugar solo parcialmente a la pretensión indemnizatoria de dos personas por el recalentamiento accidental de nueve ovocitos humanos supernumerarios fecundados, que los tornó inhábiles para ser implantados; la indemnización comprendió exclusivamente los gastos del juicio y las molestias sufridas en ocasión del accidente, pero se rechazó el daño material, el daño moral y la pérdida de la chance. El primero se negó sobre la base del artículo 16.1 del Código francés, según el cual el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de ningún derecho patrimonial; el segundo, en que los ovocitos supernumerarios «no son personas»; y el tercero, en que dado que los esposos tenían respectivamente 44 y 32 años, aún pueden intentar otra fecundación médicamente asistida[75]. Los argumentos no convencen. El embrión no es persona, pero tampoco es «cualquier cosa»; su destrucción negligente significó para los titulares del material genético que se sometieron a la práctica una enorme lesión a sus afecciones legítimas, por lo que el daño moral debió indudablemente ser compensado. También las chances debieron ser reparadas pues aunque los pacientes eran jóvenes, perdieron las posibilidades de implantar esos embriones con éxito.

No existen casos jurisprudenciales análogos en la Argentina. En cambio, con alguna frecuencia, se ha ordenado indemnizar el daño moral proveniente de la desaparición de fetos nacidos muertos[76].

---

[75] Trib. Administratif d'Amiens, 9 de marzo de 2004, en *Le Dalloz*, número 15, 15 de abril de 2004, p. 1051, y en *La Semaine Juridique*, número 1-2, 12 de enero de 2005, p. 36, con nota de Isabelle Corpart, «Responsabilité de la puissance publique. Les indemnisations encourues pour perte accidentelle d'embryons surnuméraires»; se condenó al centro hospitalario a la suma de 10.750 euros (10 mil por las molestias derivadas del accidente). La autora señala que actualmente existen en Francia 120 mil embriones humanos depositados.

[76] Véase, entre otros, Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 31 de agosto de 2000, *La Ley Buenos Aires* 2001-490 (al haber cremado el cadáver del recién nacido, circunstancia absolutamente reprochable, la demandada impidió que se realizara la nueva necropsia que hubiera despejado el camino hacia la verdad).

5. Responsabilidad médica por el daño derivado del nacimiento de persona discapacitada (wrongful birth; wrongful life)

5.1 Preliminares

El tema de la responsabilidad médica por el daño sufrido a causa del *nacimiento de una persona con grave discapacidad* ha sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia y doctrina de varios países europeos. Dados los límites necesarios de este trabajo, me referiré exclusivamente a la cuestión en Francia, antes y después de la ley del año 2002[77]. Anticipo que el tema no se plantea en la República Argentina, país en el que la interrupción del embarazo está penalizada y los supuestos de licitud son trágicamente limitados por la ley. La única decisión jurisprudencial de alguna similitud, a la que hago referencia más adelante, no guarda sustancial analogía con la temática que desarrollo en este punto.

La terminología utilizada es muy variada y comprende distintos fenómenos. Algunas expresiones son verdaderamente chocantes, como la de *bebé o enfant préjudice*[78] (es decir, 'bebé o niño-daño'). La cuestión también ha sido designada con el nombre de «nacimiento no deseado» (*nascita indesiderata*, en italiano; *naissance non désirée*, en francés), pero esta expresión comprende un fenómeno más amplio, cual es el del nacimiento de un niño no deseado, aunque nazca sano[79], al que me referiré brevemente al final de estas reflexiones. También se habla de un *derecho a no nacer*, a «no existir», sea para aceptar o para negar la existencia de tal derecho subjetivo[80].

---

[77] Para la cuestión en Italia hasta 1999 véase especialmente la obra colectiva coordinada por D'Angelo (1999). Para la situación posterior véanse, además de la bibliografía citada a lo largo de estas notas, Carbone (2000: 1173); Quadri (2004: 320); Pinna (2005: 1); Simone (2002: 1-2; 2003: 469); Feola (2004: 589); Rossetti (2001: 13); Alpa (2006: 65); Guarneri (2004, tomo III: 2177); Facci (2004a: 223); De Matteis (2005: 299); Sebastio (2004, tomo II: 1149); Parente (2005: 1003); D'Andria (2005: 1090); Cendon (2004, tomo II: 979); Mastrolitto (2005, tomo I: 424); Moscarini (2005) [original: p. 377, pero el artículo empieza en la 395/ ver bibliog]; Palmerini (2005: 433); Pasquinelli (2005) [original: p. 470, pero el artículo empieza en la 559 /ver bibliog]; Peron (2005: 325).

Para el tema en Bélgica, véase Keuleneer (1999: 242).

En la Argentina, la doctrina se ha preocupado del tema pero sin referencias al derecho nacional (véase Highton 1992: 188-196; la autora trata el tema con el sugestivo subtítulo «Derecho a no nacer»). Otros autores nacionales comentan la jurisprudencia extranjera; véanse Herrera y Revsin (2002: 219); Famá y Revsin (2002: 208); Medina y otros (2003: 55).

Para un análisis comparativo del sistema chileno y francés, véase Tapia (2005: 125).

[78] Paillet (1999: 261 y ss.).

[79] Pinna (2005: 1).

[80] Facci (2004b).

Para el supuesto del niño nacido con graves malformaciones congénitas, hay un cierto acuerdo en el uso de las siguientes denominaciones en inglés, según quien sea el pretensor: la acción deducida por los padres se conoce con la expresión *wrongful birth*; la del hijo, en cambio, con la locución *wrongful life*.

5.2 Situación en Francia anterior a marzo del año 2002

La Casación francesa y el Consejo de Estado francés coincidían en acordar la acción a los padres (*wrongful birth*). Ambos, junto a la tendencia doctrinal mayoritaria, entendieron que la conducta antijurídica, imputable y culposa del médico que yerra en el diagnóstico (no obstante tener a su disposición métodos científicos confiables, asegura a la paciente que el feto es sano cuando en realidad adolece de graves anomalías genéticas) se configura al impedir a los padres ejercitar una libertad, una facultad ofrecida por la ley (interrumpir el embarazo) que, en sí misma, es suficiente para constituir un daño reparable. Algunos autores llegan a hablar del «impedimento culposo al ejercicio de un verdadero derecho constitucional a la autodeterminación». En el otro extremo, los que niegan el derecho de la madre a abortar y se oponen a la solución, hablan irónicamente de «la libertad de la madre de optar por la muerte del hijo».

Las discrepancias entre ambos órdenes (judicial y administrativo) se produjeron respecto de la legitimación del hijo (*wrongful life*).

a) En su decisión del 14 de febrero de 1997, conocida como caso «Centro Hospitalario de Niza c/Quarez», el Consejo de Estado legitimó a los padres, pero rechazó la acción del hijo. La señora Quarez, de 42 años, había peticionado un estudio a fin de verificar el estado de salud del feto que ella portaba. Como el resultado no mostraba ninguna anomalía, continuó con el embarazo adelante; sin embargo, dio nacimiento a un niño afectado de trisomia 21, enfermedad que podía ser detectada mediante el *test* cromosómico practicado. El Consejo de Estado consideró que el establecimiento hospitalario que practicó el examen había cometido una culpa desde que la señora Quarez no había sido informada de que los resultados podían estar afectados de un margen de error inhabitual teniendo en cuenta las condiciones en las cuales se había realizado. De cualquier modo, el Consejo de Estado distinguió entre el derecho a la reparación del niño discapacitado y el derecho de los padres. En cuanto al derecho del niño discapacitado, juzgó que la Corte Administrativa de Apelaciones de Lyon había cometido un error de derecho al decidir que existía una relación de causalidad directa entre la culpa cometida por el centro hospitalario y el perjuicio resultante para el niño de la trisomia de la que estaba afectado, desde que la enfermedad del niño es inherente a su patrimonio genético y no al error de diagnóstico. Por el contrario,

en cuanto al derecho de indemnización de los padres el Consejo de Estado dijo que al pedir una amniocentesis, la señora Quarez había manifestado claramente su voluntad de evitar el riesgo de un accidente genético en el hijo concebido, accidente probable si se tenía en cuenta su edad al momento de los hechos, relativamente elevada; en consecuencia, en estas condiciones, la culpa cometida había conducido al señor y a la señora Quarez, erróneamente, a la certeza de que el niño concebido no era portador de una trisomia y que el embarazo de la señora Quarez podía ser llevado normalmente a término. El Consejo de Estado estimó que esta culpa había impedido a la señora Quarez interrumpir voluntariamente el embarazo por motivos terapéuticos con fundamento en el artículo 162-12 del Código de la Salud Pública, y que tal error era la causa directa de los perjuicios causados al matrimonio Quarez debido a la enfermedad de la que su hijo está afectado. En cuanto a la reparación, se otorgó al matrimonio una renta durante toda la vida del niño para cubrir los cuidados y la educación especializada necesaria; además se condenó al centro hospitalario a indemnizar el perjuicio moral derivado de las condiciones de esa existencia. De esta manera, el Consejo de Estado no admitió el derecho a la reparación del niño discapacitado por la sola razón de que su discapacidad no estaba causada en el error médico sino en la falla genética; en cambio, admitió el derecho de los padres. Esta decisión no fue objeto de especiales comentarios, y fue el origen de una jurisprudencia seguida, sin dificultades, por la jurisdicción administrativa.

b) En cambio, el 17 de noviembre de 2000, en el famoso caso «Perruche», la Corte de Casación francesa en pleno decidió que si la culpa cometida por el médico y el laboratorio en la ejecución del contrato convenido con la madre le había impedido a esta ejercer su derecho a interrumpir el embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño afectado de una grave discapacidad, el hijo puede demandar la reparación del perjuicio resultante de la incapacidad, causado por la culpa médica[81]. En este caso, una mujer se enfermó de rubeola al comienzo de su embarazo; decidió interrumpir ese embarazo si el feto estaba afectado, por lo que se sometió a diversos test. En razón de una culpa cometida tanto por su médico como por el laboratorio, se le indicó erróneamente que estaba inmunizada contra esa enfermedad. En consecuencia, desistió de abortar y dio nacimiento a un niño afectado de graves discapacidades, consecuencia de la rubeola *in útero*. La Corte de Casación decidió que desde que la culpa del médico y del laboratorio en la ejecución del contrato celebrado con la señora X le habían impedido ejercer su derecho de interrumpir el embarazo y evitar el nacimiento de una persona afectada de una grave discapacidad, el niño podía demandar la reparación de los

[81] *La Semaine Juridique*, número 50, diciembre de 2000, p. 2293.

perjuicios resultantes de esa discapacidad. Es decir, contrariamente al Consejo de Estado, la Corte de Casación legitimó al nacido para demandar la reparación de los perjuicios resultantes de su discapacidad. En suma, la Casación condenó a pagar los daños morales y materiales del niño y los de los padres, incluyéndose los costos provenientes de la discapacidad a lo largo de toda la vida del niño.

Igual doctrina (aunque en los hechos distinto resultado) siguió la Casación en otros cinco casos resueltos el 13 de julio de 2001 y el 28 de noviembre de 2001[82].

c) En definitiva, ambas decisiones (la del Consejo de Estado y la de la Casación) tienen base en un régimen de responsabilidad por culpa. La Corte de Casación reconoce un vínculo de causalidad directa entre la culpa médica, la discapacidad del niño y el perjuicio resultante de esa discapacidad para el niño. El Consejo de Estado no reconoce este vínculo, pero considera que la culpa cometida compromete la responsabilidad del hospital hacia los padres por el hecho de la existencia de un vínculo de causalidad directa entre la culpa y el perjuicio por ellos sufridos.

Las dos posiciones permiten una indemnización a título de cargas particulares resultante de la discapacidad durante toda la vida del niño. Sin embargo, en la medida que según el Consejo de Estado el perjuicio es sufrido por los padres, mientras que para la Corte de Casación el daño es sufrido también por el niño, las modalidades y extensión de esta indemnización pueden ser sensiblemente diferentes según que se aplique la primera o la segunda jurisprudencia.

d) La sentencia «Perruche» tuvo gran repercusión en la opinión pública francesa; se hicieron escuchar personalidades políticas, asociaciones de personas discapacitadas y de profesionales del arte de curar (médicos, ginecólogos, obstetras, ecografistas); podría decirse que fue aplaudida y repudiada por igual[83], pero en el balance final tuvo gran peso la posición contraria del prestigioso Comité

---

[82] Día 13 de julio de 2001 (tres sentencias), *La Semaine Juridique*, número 40, 3 de octubre de 2001, p. 1842, con nota de François Chabas, «L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap»; *Le Dalloz*, número 29, 2001, p. 2325, con comentario de Patrice Jourdain, «Préjudice de l'enfant né handicapé: l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions». En los cinco casos, la Corte confirmó las decisiones de los jueces de grado que habían acogido la acción de los padres y rechazado la del hijo porque habían argumentado en forma suficiente en torno a la inexistencia del vínculo de causalidad, elemento de hecho, no revisable por la Casación. La reacción causada por la sentencia «Perruche» fue sintetizada en el dictamen del abogado general de la Corte de Casación Jerry Sainte Rose, que precedió la sentencia del 13 de julio de 2001 (*La Semaine Juridique*, número 40, 2001, p. 1833).

[83] Algunas obras han mostrado los diversos puntos de vista; véase Cayla (2004). A favor véase, entre otros, Fabre-Magnan (2001: 285 y ss.); en contra, Sériaux (2002a: 1996; 2002b: 579); Grosieux (2003: 331 y ss.).

Consultivo Nacional de Ética, quien se pronunció a través de la opinión 68 del 29 de mayo de 2001.

No analizaré cada una de las argumentaciones; solo puntualizaré algunos aspectos relevantes.

— Algunas críticas jurídicas fueron totalmente injustas: así, por ejemplo, se sostuvo que los considerandos de esa sentencia autorizaban a eventuales acciones del niño nacido discapacitado contra sus padres, «culpables» de su enfermedad, etcétera. Nada hay en la sentencia que dé base a este tipo de acciones.

— El llamado «golpe mortal» contra la jurisprudencia «Perruche» lo dieron las aseguradoras, que apenas dictada la sentencia anunciaron un importante aumento de las primas, reacción completamente injustificada desde la perspectiva económica, dada la escasa incidencia de la sentencia sobre el real aumento del riesgo. A su vez, el efecto inmediato de ese anuncio —y quizá merced a un acuerdo secreto— fue la huelga de los médicos ecografistas, quienes sostenían que muchas deformaciones no eran detectables a través de la tecnología disponible; también la reacción médica fue injusta, pues los jueces franceses nunca condenaron sin prueba de la culpa, es decir, sin la pericia que acreditaba que se trataba de un supuesto verificable a través de los test existentes en el medio científico[84].

— Aún los críticos más severos de la decisión admitieron que la solución «más allá de la pirueta hecha para reconocer el vínculo de causalidad entre el daño del niño y el error médico, equivocada desde la perspectiva jurídica, tuvo por finalidad beneficiar al niño con los medios necesarios para subvenir a sus necesidades durante toda su vida, aun después de la muerte de los padres»[85].

— Si la cuestión se plantea en términos de causalidad, no es razonable que sea diferente según que la reparación sea demandada por los padres en su propio nombre o en nombre del niño. La causalidad no es la llamada *causalidad biológica*, cercana de alguna manera a la noción tradicional, sino la *causalidad contractual,* desde que un incumplimiento contractual (el error médico) impidió ejercer un derecho (interrumpir el embarazo) que hubiese impedido la existencia del daño.

---

[84] Cacace (2003a: 435). Por esta razón, en España varias decisiones rechazaron este tipo de demandas sosteniendo que no existía culpa médica dada la imperfección de los métodos existentes (véanse las decisiones citadas por Medina y otros (2003: 63).

[85] Cf. Demme y Lorentz (2005: 135).

— Frente al niño nacido, el daño deriva del *handicap* y no del nacimiento; es decir, no se indemniza el hecho de haber nacido, sino la disminución psicofísica con la cual la persona está constreñida a vivir; independientemente de la circunstancia de que la única alternativa era no vivir, el *daño injusto* se configura por el hecho de convivir con un *handicap* gravísimo; no puede controvertirse que vivir en condiciones de disminución física y psíquica es una situación existencial negativa, a punto tal que a veces la torna intolerable.

Una de dos: o se contesta que la discapacidad puede constituir un daño resarcible para los padres y para el niño, o parece muy difícil (aun en el aspecto axiológico) admitir la reparación exclusivamente a los padres y no al menor, que es la víctima directa de la culpa médica.

La paradoja axiológica (legitimar a los padres y no al hijo, que es el directamente dañado) también constituye una incongruencia técnico-jurídica. Negar que la discapacidad sea un daño para el discapacitado es un sofisma puro y simple; el daño no es la vida del discapacitado, sino su discapacidad. Reconocer que los padres sean reparados y que no lo sea el niño implica que se repare a un damnificado indirecto (*par ricochet*) sin que se indemnice a la víctima misma; en suma, si el daño se reconoce a los padres, con mayor razón debe ser reconocido al hijo[86].

— Se ha dicho que debe distinguirse, por un lado, la opinión de los sabios; y por otro lado, la de quienes sufren. Entre los primeros están los profesores; entre los segundos, la señora Perruche: ella debe vivir cotidianamente con un problema que para los catedráticos es una cuestión de especulación filosófica[87].

5.3 La ley francesa 2002-303 del 4 de marzo de 2002 y el daño sufrido por el nacimiento de personas discapacitadas

No hay dudas que la ley del año 2002 reaccionó contra la jurisprudencia «Perruche», a punto tal que se la conoce como ley «anti-Perruche». Mas la denominación es insuficiente, pues en realidad, la ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002 puso fin a la jurisprudencia antes citada, tanto la del Consejo de Estado como la de la Corte de Casación.

---

[86] Feola (2004: 606). La autora reproduce la argumentación de los prestigiosos juristas Viney y Jourdain. Se aclara que la doctrina francesa ha discutido muchísimo en torno a si los padres son damnificados directos o indirectos.

[87] Ver citas de Jestaz (2001: 547 y ss.).

a) El texto

> I. Nadie puede invocar un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento.
>
> La persona nacida con una discapacidad debida a una culpa médica puede obtener la reparación de su daño cuando el acto culposo ha provocado directamente la discapacidad, o la ha agravado, o no ha permitido tomar las medidas susceptibles para atenuarlo.
>
> Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud esté comprometida hacia los padres de un niño nacido con una discapacidad no advertida durante el embarazo y como consecuencia de una «culpa caracterizada», los padres pueden reclamar una indemnización por ese solo perjuicio. Este daño no incluye las cargas particulares que se produzcan a lo largo de la vida del niño por la discapacidad sufrida.
>
> La compensación de esas cargas está a cargo de la solidaridad nacional.
>
> Las disposiciones de este capítulo se aplican a los procesos en curso salvo que una indemnización se haya concedido de modo irrevocable.
>
> II. Toda persona discapacitada tiene derecho, cualquiera sea la causa de su deficiencia, a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional.
>
> III. El Consejo Nacional Consultivo de las Personas Discapacitadas está encargado, en las condiciones fijadas por este decreto, de evaluar la situación material, financiera y moral de las personas discapacitadas que habitan en Francia y las de nacionalidad francesa que viven afuera y que están a cargo a título de solidaridad nacional, y de presentar todas las propuestas que juzguen necesarias al Parlamento y al gobierno tendientes a asegurar, a través de un programa continuo cada año, la toma a cargo de estas personas.

b) Lineamientos generales de la ley

La primera frase ha querido decir que el nacimiento no es un hecho dañoso en sí mismo. El legislador ha querido, pues, excluir la legitimación del hijo cuando el acto médico no es la *causa de la discapacidad*. En cambio, obviamente, si la culpa médica es la causa de esa invalidez (por ejemplo, una mala praxis que daña al feto durante el embarazo), existe el deber de reparar el daño causado (piénsese en el caso «Vo c/ Francia», resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, antes reseñado).

Los padres están legitimados, pero: a) la acción se abre solo frente a una «culpa caracterizada»; y b) los daños reparables no cubren los materiales derivados de la discapacidad sufrida por el hijo; en definitiva, cubre solo el daño moral de los padres.

Toda persona discapacitada debe ser asistida en todas sus necesidades por la seguridad social.

c) Las reacciones doctrinales frente al nuevo texto

Como no podía ser de otro modo, el nuevo texto provocó adhesiones y repulsas[88].

Obviamente, los aplausos vinieron de quienes habían criticado la sentencia «Perruche». En esta línea se sostuvo que la solución anterior, derogada por la ley, implicaba: a) una responsabilidad sin culpa, desde que las ecografías solo permiten detectar el 60% de las malformaciones; b) una responsabilidad sin causalidad, pues el médico no ha causado la discapacidad, que preexistía al diagnóstico; y c) un aumento de los costos individuales (precio del seguro) y sociales (gastos de la medicina en general).

Las críticas vinieron de sectores diversos. No repetiré los argumentos que reiteran el apoyo a la jurisprudencia anterior, sino solo algunas cuestiones nuevas.

— Se ha dicho que el legislador ha tenido por fin combatir la jurisprudencia (fenómeno que no es nuevo y ha sido objeto de cuidadoso análisis[89]) y, de este modo, cedió a la presión de los *lobbies* de las aseguradoras y de las asociaciones médicas.

Más allá de la veracidad o no de la crítica, señalo que en Estados Unidos algunos estados han dictado leyes que rechazan la acción de los padres[90] (Dakota del Sur, Minnesota, Missouri, Pensilvania) y de los hijos[91]; en otros (Carolina del Norte), los jueces rechazan las acciones aduciendo precisamente que es el legislador y no el juez quien debe resolver esta cuestión[92].

— El niño, que es el dañado, queda sin indemnización. Por eso, en algunos estados norteamericanos que aceptan la acción de los padres y no la del

---

[88] Jourdain (2002: 891); Choux (2002: 1212); Marguénaud y Raynard (2004b: 797); Pradel (2004: 133 y ss.).

[89] Malaurie (1965: 603); Paricard-Pioux (2003: 1648).

[90] El parágrafo 145.424 del Estatuto de Minesota, Estados Unidos, dispone: «Prohibición de acción por *wrongful birth*. Nadie puede intentar una acción o reclamar daños y perjuicios sobre la base de una demanda fundada en la hipótesis según la cual si otro no hubiese cometido una negligencia, un niño habría sido abortado» (normativa citada por Demme y Lorentz 2005: 124). Los autores sostienen que, dado que la norma hace referencia al aborto, ella contempla solo el supuesto del niño ya concebido y no el caso en que la concepción estaba solo planeada; por lo tanto, la ley deja abierta la vía a las acciones que conciernen a las hipótesis de diagnósticos genéticos de preconcepción erróneos. Es la posición sostenida por la jurisprudencia francesa, como se cita más adelante en el texto.

[91] Se afirma que la posición prohibitiva prevalece en la mayor parte de los Estados (cf. Demme y Lorentz (2005: 133).

[92] Cf. Demme y Lorentz (2005: 123 y citas).

niño, se designa un administrador (*guardian*) encargado de controlar que los fondos se destinen al cuidado del discapacitado[93].

— Como dije, la ley fue más allá de las críticas a la jurisprudencia «Perruche». En efecto, nadie se había pronunciado contra lo decidido por el Consejo de Estado respecto a la legitimación de los padres; sin embargo, la ley restringió el ámbito de actuación de la doctrina «Quarez» pues los padres solo son indemnizados cuando hay *culpa caracterizada*.

¿Qué es la culpa caracterizada? Hasta la sanción de la ley del año 2002, ninguna ley de naturaleza civil hacía mención a este calificativo. Según un autor, el precedente está en la denominada ley «Fauchon», del 10 de julio de 2000, modificatoria del Código Penal. Según el artículo 121-3 párrafo 4 del Código Penal, esa culpa caracterizada consiste en «exponer a otro a un riesgo de una particular gravedad que no se podía ignorar»[94]. Al parecer, la justicia penal analiza esta calificación desde una doble óptica: por un lado, la culpa «caracterizada» se identifica con la *intensidad* de la culpa cometida; es una culpa tan grave que justifica que entre a jugar la responsabilidad de los médicos, aunque la ley «anti-Perruche» haya querido protegerlos; se trata de una culpa que sobrepasa la culpa simple para presentar características que la relacionan con la culpa grave. En un segundo sentido, implica la *evidencia* de la culpa; se trata de la violación de los deberes más elementales de cualquier profesional de la salud[95].

Un autor duda de la constitucionalidad de esta norma; razona del siguiente modo: el Código Penal tiene vocación aplicativa general; en cambio, en el ámbito médico, sería aplicable solo a los profesionales que intervienen en el ámbito de la medicina fetal; en este sentido, parecería que la ley viola el principio de igualdad dentro de la misma actividad médica[96].

— Prácticamente, a los padres se indemniza solo el daño moral[97]. En efecto, el texto excluye expresamente *las cargas particulares que se produzcan a lo largo de la vida del niño por la discapacidad sufrida.* Se teme que la indemnización será tan baja, que dados los altos costos del proceso, nadie reclamará.

---

[93] Es la solución dada por la Corte de Delaware en una decisión de 1990, citada por Demme y Lorentz (2005: 134).

[94] Mistretta (2002: 1082). Para la noción de culpa caracterizada en esta ley, véase Apollis y otros (2004: 139).

[95] Mistretta (2003c: 1214).

[96] Mistretta (2002: 1083).

[97] Demme y Lorentz (2005: 130) señalan que este es el resultado de la ley, pero sin realizar juicio de valor sobre tal consecuencia.

— La ley manda que los daños de las personas nacidas con altos grados de incapacidad sean cubiertos por la solidaridad social. La solución sería buena si, además de las buenas intenciones, el régimen de la solidaridad social fuese eficaz.

5.4 La aplicación de la nueva ley a los hechos anteriores a su entrada en vigencia. El caso «Maurice» y lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resulta imprescindible relatar el caso «Maurice», resuelto en primer término por la Corte Administrativa de Apelaciones de París, sala 3, el 13 de junio de 2002; luego, por el Consejo de Estado, el 19 de febrero de 2003[98]; y finalmente, por la Corte Europea de Derechos Humanos, el 6 de octubre de 2005. Para conocer adecuadamente lo sucedido, nada mejor que transcribir, aunque sea parcialmente, la decisión de la Corte Europea. Aunque alargará la extensión de estas reflexiones, creo que esta reproducción será útil al lector pues aborda cuestiones significativas del derecho de daños desde la visión del derecho internacional de los derechos humanos: qué es un bien protegido por el derecho de propiedad; cuándo ese bien sufre una injerencia ilegítima por la aplicación de una nueva ley; hasta dónde llega el margen de apreciación de los Estados para determinar el interés público.

a) Los hechos

El matrimonio Maurice (parte denunciante) está integrado por dos personas nacidas en 1962 y 1965. En 1990 la pareja tuvo su primer hijo, afectado de amiotrofia espinal infantil tipo 1, enfermedad genética que provoca una atrofia de los músculos. En 1992 ella quedó nuevamente embarazada. Un diagnóstico prenatal efectuado en el Centro Hospitalario Universitario de Nancy reveló que existía el riesgo de que el niño por nacer estuviese afectado de la misma enfermedad genética, por lo que el matrimonio decidió interrumpir el embarazo. En 1997 ella quedó embarazada por tercera vez y pidió se le hiciese un diagnóstico prenatal. El test se efectuó en el Centro Hospitalario de Briey, que transfirió las muestras al laboratorio de diagnóstico molecular del Hospital de Necker, que depende de la asistencia pública (Hospitales de París). En junio de 1997, teniendo en miras el diagnóstico del laboratorio, el Centro Hospitalario de Briey aseguró al matrimonio que el niño por nacer no estaba afectado de amiotrofia espinal y

[98] La decisión del Consejo de Estado puede leerse en *La Semaine Juridique*, número 26, junio de 2003, p. 1211, con nota de Patrick Mistretta, «Que reste-t-il de l'indemnisation des parents d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique?».

que estaba sano. La niña (C) nació el 25 de septiembre de 1997. Cuando estaba por cumplir 2 años, se detectó que ella también estaba afectada de amiotrofia espinal infantil. El 22 de julio de 1999 un informe del jefe del laboratorio del Hospital de Necker reveló que el error del diagnóstico derivaba de un cambio en los resultados de los análisis concernientes a su familia con los de otra familia. Según los reportes médicos, C presenta graves trastornos y signos objetivos de deficiencia funcional (caídas frecuentes de las que no puede levantarse sin ayuda, marcha titubeante, fatiga a cualquier esfuerzo); necesita la asistencia de una tercera persona, notablemente durante la noche; no se puede sentar sola y se desplaza en una silla de ruedas eléctrica; requiere tratamiento varias veces por semana y no puede ser admitida en la escuela porque se carece de dispositivos adecuados. El médico tratante considera que, hasta la fecha de su pubertad, se deben tener especiales cuidados tanto en el plano motor como en el respiratorio.

El 13 de noviembre de 2000 los actores se presentaron ante el gobierno francés y reclamaron la indemnización por los perjuicios morales y materiales sufridos por el hecho de la discapacidad de su hija. Al mismo tiempo, interpusieron un reclamo ante el tribunal administrativo de París que entiende en medidas cautelares y peticionaron la designación de un perito, que fue designado el 4 de diciembre de 2000. La cautelar fue rechazada porque el perito no rindió el informe; el dictamen se hizo recién el 11 de junio de 2001, y concluyó que el diagnóstico prenatal realizado en el laboratorio del Estado, aunque erróneo, no provenía de una culpa del *médico*, porque las técnicas utilizadas eran conforme a los datos adquiridos por la ciencia; sin embargo, provenía de una *culpa en la organización y el funcionamiento del servicio* causado por la inversión de los resultados entre dos familias testeadas simultáneamente. Agregado el dictamen, los actores hicieron una nueva petición y solicitaron se les entregara una provisión de 595.551 euros. El 19 de diciembre de 2001 el juez competente para el dictado de medidas cautelares condenó al Estado al pago de 152.499 euros. El Estado apeló. Reconoció la inversión de los resultados de los análisis y que este cambio constituía una culpa en la organización y el funcionamiento del servicio público, pero argumentó que esta culpa no había tenido por consecuencia privar a los actores de una información de naturaleza tal que les permitiera esclarecer su decisión de solicitar una interrupción del embarazo. Fundándose en el informe del perito, dijo que aun sin el cambio los resultados habrían sido inciertos; es decir, de ningún modo los actores hubiesen tenido una información fiable.

Por decisión del 13 de junio de 2002, la Corte Administrativa de Apelaciones reformó la cautelar y disminuyó el monto otorgado como indemnización provisional al 10% (15.245 euros). Fundó su decisión del siguiente modo: es verdad que el error privó a la actora de la posibilidad de interrumpir el embarazo por

motivos terapéuticos y, por lo tanto, es la causa directa de los perjuicios sufridos; pero, por aplicación del artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002, el Estado no puede ser obligado a la reparación del perjuicio consistente en las cargas particulares, a lo largo de toda la vida del niño, derivadas de su discapacidad; según esa ley, estas cargas han pasado a la solidaridad nacional. En estas condiciones, siendo necesario aplicar al litigio las disposiciones antes citadas, la extensión de la reparación no puede abarcar estos rubros, por lo que, dada las circunstancias del caso, el monto debe ser reducido a 15.245 euros.

Los actores recurrieron al Consejo de Estado, organismo que había resuelto un caso similar («Draon», asunto 1513/03), por lo que se remitió a lo decidido, y dijo que la aplicación de la ley a las instancias abiertas era compatible con las disposiciones de la Convención Europea.

Por otro lado, los actores habían iniciado una demanda por responsabilidad del Estado. No habiendo recibido respuesta alguna, interpretaron el silencio como rechazo y recurrieron al Tribunal Administrativo de París. Peticionaron que se anulara el rechazo que surgía del silencio y se condenase al Estado al pago de la suma de 442.102 euros para la construcción de una casa y la adquisición de un vehículo y de una silla rodante; 76.225 euros como daño moral y trastornos en sus condiciones de existencia; 1.500.000 euros a título de daño material y 4.573 euros a título de daño moral sufrido por la hija mayor. El 25 de noviembre de 2003 el Tribunal Administrativo de París condenó a la administración a pagar a los actores la suma total de 224.500 euros (220.000 a los actores y 4.500 para la hija mayor). En cuanto a la evaluación de los perjuicios, por aplicación de la ley de marzo de 2002 rechazó los montos reclamados a título de cuidados, gastos de educación especializada, gastos de construcción de una nueva casa, adquisición de un vehículo y de una silla rodante eléctrica porque se trataba de cargas particulares sufridas a lo largo de toda la vida por su discapacidad, gastos que la ley impone a cargo del sistema de la seguridad social. El 19 de enero de 2004 los actores apelaron y este recurso está pendiente ante la Corte Administrativa de Apelaciones de París.

Además, el 24 de febrero de 2003 los actores solicitaron al primer ministro una indemnización de 1.970.593 euros fundados en la responsabilidad del Estado por el hecho legislativo. Ante el silencio durante dos meses contados a partir de la reclamación, los actores han solicitado al Tribunal Administrativo de París la anulación de la decisión implícita de rechazo, y que se condene al Estado al pago de los perjuicios que estiman haber sufrido. Por decisión del 25 de noviembre de 2003 el Tribunal rechazó la petición. Los actores han recurrido esa sentencia, actualmente pendiente ante la Corte Administrativa de Apelaciones de París.

b) El régimen de la solidaridad nacional hacia las personas discapacitadas creado por la ley del 4/3/2002

La legislación francesa (ley 75-534 del 30 de junio de 1975) ofrece a las personas discapacitadas, a título de solidaridad nacional, diversos remedios (derecho a la educación de los niños y adolescentes discapacitados, ayudas técnicas y humanas, ayuda financiera, etcétera). En especial, las familias de niños discapacitados pueden percibir un subsidio de educación especial (AES, *allocation d'éducation spéciale*). Se trata de una prestación que pagan las cajas de subsidios familiares, sometida a la obligación de residir en Francia, tanto el niño como sus padres. El AES se acuerda por decisión de una comisión departamental de educación especial del lugar de residencia del actor, después de que un equipo técnico pluridisciplinario ha estudiado el expediente. Para tener derecho al AES, la tasa de discapacidad debe ser superior al 50%. Si la discapacidad es superior al 80%, el derecho al AES es automático. Entre el 50 y el 80% el pago del subsidio no es automático, sino que está sometido a las necesidades del niño según acciones pedagógicas, psicológicas, médicas, paramédicas, etcétera. El AES es una prestación de dos niveles: una básica y otra complementaria. El primer nivel implica el pago de un piso de 115 euros por mes. Si el estado de la salud del niño comporta gastos muy costosos, o si necesita el recurso de una tercera persona, se abre el derecho a uno de los seis complementos del AES que se agregan al AES básico.

Estos subsidios y ayudas se han aumentado considerablemente merced a la sanción de la ley 2005/102 del 11 de febrero de 2005, «Ley para la igualdad de los derechos, las chances, la participación y la ciudadanía de las personas discapacitadas». El artículo 2 define la discapacidad, a los términos de esa ley, como «toda limitación de actividad o restricción de participación de la vida en sociedad sufrida por una persona en razón de una alteración sustancial, durable o definitiva de una o de muchas funciones psíquicas, sensoriales, mentales, cognoscitivas o psíquicas de una polidiscapacidad o de un trastorno de salud invalidante». Toda persona discapacitada tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional, que le garantiza, en virtud de esta obligación, el acceso a los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de su ciudadanía. El Estado garantiza la igualdad de trato de las personas discapacitadas en el conjunto de su territorio y define los objetivos de sus acciones por diversos años.

El artículo 11 dice que la persona discapacitada tiene derecho a la compensación de las consecuencias de su discapacidad, cualesquiera sean el origen y la naturaleza de su deficiencia, su edad o su modo de vida. Esta compensación consiste en la obligación de responder a las necesidades del discapacitado: las relativas a

la escolaridad, a la enseñanza, a la educación; a la inserción profesional, al acondicionamiento de su vivienda o del marco del trabajo necesario para el pleno ejercicio de su capacidad de autonomía, de desarrollo o de la disponibilidad en la oferta del servicio. El artículo 12 establece las prestaciones de compensación, antiguamente AES, que deben ser reglamentadas por decreto pero que están vinculadas a ayudas humanas, y en su caso familiares, ayudas técnicas relativas al acondicionamiento de la vivienda y de un vehículo, así como a los eventuales costos que resulten de su transporte, etcétera. Según los datos provistos por el Estado, todas estas nuevas prestaciones de compensación debían entrar a regir el 1 de enero de 2006. Estaba previsto que se aplicarían a los niños en forma completa antes del 12 de febrero de 2008. En el intervalo, los niños solo se beneficiarían de una parte de las prestaciones.

c) Cuestiones planteadas al Tribunal

Se ha denunciado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a) violación al artículo 1 del Protocolo 1; b) violación al artículo 14, combinada con el artículo 1 del Protocolo 2; c) violación del artículo 6 de la Convención; d) violación del artículo 13 de la Convención; e) violación del artículo 8 y de su combinación con el artículo 14; y f) violación del artículo 41.

— *Sobre la violación del artículo 1 del Protocolo 1*

El artículo 1 del Protocolo 1 dice:

> Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes no afectan el derecho de los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de los impuestos o de las otras contribuciones o multas.

¿Qué quiere decir *bien* en este artículo?

Los actores citan la jurisprudencia de la Corte en el caso «Pressos Cía. Naviera S. A. y Otros c/ Bélgica», del 20 de noviembre de 1995. Según su punto de vista, la voz *bienes* no se limita a la propiedad adquirida sino a la «esperanza legítima» en el sentido de la jurisprudencia citada. Alegan que antes de la intervención de la ley del 4 de marzo de 2002 tenían una esperanza legítima de obtener la reparación integral de los perjuicios sufridos por el hecho de la discapacidad de su hija. Teniendo como base la jurisprudencia «Quarez», las condiciones de esta responsabilidad estaban reunidas cuando ellos interpusieron su demanda ante

la jurisdicción administrativa; se habían probado, sin duda alguna, la culpa de la administración sanitaria y el vínculo de causalidad entre esa culpa y el daño, desde que el origen del error del diagnóstico estaba en el cambio de los resultados, hecho que los había privado de la posibilidad de interrumpir el embarazo por motivos terapéuticos. Por la jurisprudencia «Quarez» los actores tenían derecho a obtener una reparación integral; en cambio, habiéndose aplicado la ley del 4 de marzo de 2002, el derecho a la reparación había devenido ilusorio, con excepción de la reparación del perjuicio moral, por lo que, en realidad, la ley los privaba retroactivamente de su crédito.

Por el contrario, el gobierno francés sostiene que los actores nunca fueron titulares de un «bien», en el sentido estricto del término, como «esperanza legítima», definido por la jurisprudencia de la Corte. Esta noción implica la certidumbre de obtener una ganancia de conformidad con el sistema interno de responsabilidad. Antes de la sanción de la ley, la indemnización no se atribuía de pleno derecho por la simple constatación del daño; el régimen de la responsabilidad administrativa preveía que la reparación del perjuicio sufrido por los padres debía responder a la existencia de una culpa, de un daño y de un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño; y estos elementos estaban sometidos a la apreciación soberana de los jueces de grado. La indemnización estaba lejos de ser automática; por lo tanto, los actores no podían prevalerse de una esperanza legítima a ver un crédito satisfecho.

La Corte recuerda que, según su jurisprudencia, un actor no puede alegar la violación del artículo 1 del Protocolo 1 sino en la medida en que las decisiones que él incrimina se relacionen con los «bienes» en el sentido de esta disposición. La noción de *bienes* puede cubrir tanto los bienes actuales como los valores patrimoniales, comprendiéndose dentro de estos, en ciertas situaciones bien definidas, a los créditos. Para que un crédito pueda ser considerado un «valor patrimonial» que caiga en la noción de «bien», es necesario que el titular del crédito demuestre que tenía base suficiente en el derecho interno; por ejemplo, que estaba confirmado por una jurisprudencia estable de los tribunales; es entonces cuando entra en juego la noción de «esperanza legítima». La noción de «esperanza legítima» ha sido ilustrada, en uno de sus aspectos, en el caso «Pressos» antes citado. Este caso concernía a los créditos de reparación resultante de los accidentes de navegación imputados a la negligencia de pilotos belgas. En virtud del derecho belga de la responsabilidad, los créditos nacen desde la aparición del daño. La Corte calificó estos créditos de «valores patrimoniales», protegidos por el artículo 1 del Protocolo 1. Esto revela que, teniendo en cuenta una serie de decisiones de la Corte de Casación, los actores tenían una esperanza legítima de ver concretizados sus créditos en cuanto a los accidentes causados, conforme el derecho común de

la responsabilidad. En esa decisión, la Corte dijo que la esperanza legítima era un elemento o un corolario del derecho de propiedad reivindicado; sin embargo, resulta implícitamente de esa sentencia que una esperanza semejante no podía entrar en juego en ausencia de un «valor patrimonial». La esperanza legítima identificada en el caso «Pressos» no era, en sí misma, constitutiva de un interés patrimonial. De toda una serie de casos, la Corte juzgó que los actores no tenían una esperanza legítima porque no podía considerarse que tenían un crédito inmediatamente exigible de manera suficientemente establecida. La jurisprudencia de la Corte no enfrentó la existencia de una constatación real o una pretensión defendible. Estimó que el interés patrimonial concerniente no podía ser considerado como valor patrimonial desde que, para que suceda de este modo, tiene que haber base suficiente en el derecho interno que esté confirmada por una jurisprudencia estable de los tribunales.

En este caso, para juzgar la existencia de un bien, la Corte debe advertir cuál era el derecho interno en vigor al momento de la incorporación de la nueva ley. Francia tenía un régimen de responsabilidad por culpa que exigía la existencia de un daño, una culpa, un vínculo de causalidad. El gobierno francés no discute la inversión de los resultados de los análisis de los actores y los de la otra familia; tampoco pone en duda que este hecho configure una culpa; el único punto en litigio es el vínculo de causalidad entre la culpa y el daño. La administración de los hospitales estima que no existe ese vínculo porque aun sin cambio de los resultados el diagnóstico prenatal habría sido incierto. La Corte no puede suscribir esta tesis. Advierte que las jurisdicciones nacionales han establecido, sin ambigüedad, tanto en el marco de las decisiones cautelares como de fondo y en todos los estados del procedimiento, la existencia de un vínculo de causalidad directo entre la culpa cometida y el perjuicio sufrido. Los actores habían manifestado claramente su voluntad de evitar el riesgo de un tercer accidente genético y la culpa cometida dejó sin objeto cualquier otro examen complementario que la actora habría podido practicarse.

La ley del 4 de marzo de 2002, entrada en vigor con posterioridad al hecho, modificó las condiciones de este vínculo de causalidad desde que, por un lado, *caracterizó* la culpa; y por otro, limitó los daños reparables a los padres del niño nacido discapacitado. Está claro que antes de la entrada en vigencia de la ley las condiciones que comprometían la responsabilidad de los entes hospitalarios sobre la base de la jurisprudencia «Quarez» estaban reunidos y, consecuentemente, los actores disponían de un crédito, que tenía valor patrimonial y ellos podían legítimamente esperar obtener la reparación del daño, comprendidas las cargas particulares que derivan de la discapacidad del niño a lo largo de toda su vida. En otros términos, tenían un *bien* en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo.

Cabe ahora analizar si la injerencia en ese bien es legítima o ilegítima.

La parte denunciante considera que la sanción de la ley del 4 de marzo de 2002 constituye una *injerencia* en el derecho de sus bienes, de los cuales fueron privados (posibilidad de obtener una reparación integral); entienden que esta injerencia no es legítima porque no supone un justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la protección de sus derechos fundamentales, pues la ley los priva de su crédito sin compensación efectiva. Sostienen el enorme impacto y la desproporcionalidad de las consecuencias de la aplicación inmediata de la ley a un proceso que está en curso, teniendo en cuenta el reenvío a la solidaridad nacional que estiman insuficiente, vago e impreciso; la nueva ley del 11 de febrero de 2005 no hará desaparecer la desproporcionalidad y subsiste una carga exorbitante.

Por el contrario, el gobierno francés sostiene que la desposesión parcial no es contraria al artículo 1 del Protocolo 1; no se trata de aplicación retroactiva sino de aplicación inmediata. Por otro lado, la injerencia es legítima por razones de interés general y de orden ético; basta tener en cuenta las reacciones suscitadas por la jurisprudencia «Perruche»; el legislador ha intervenido para dar una solución coherente a un debate nacional que puso sobre el tapete cuestiones éticas preeminentes unidas a la dignidad de la persona y al estatuto del niño por nacer. Se trataba, sobre todo, de excluir el reconocimiento de un derecho del niño a quejarse de haber sido puesto en este mundo con una discapacidad congénita, lo que revela una opción fundamental de la sociedad. Por lo tanto, no es posible establecer una diferencia de trato según que el proceso esté en curso por la fecha de comienzo del litigio. La ley obedece a motivos tendientes a asegurar un trato equitativo a las personas discapacitadas en su conjunto, cualquiera sea la gravedad y la causa de su discapacidad. Esta intervención era necesaria frente a la jurisprudencia «Quarez» y «Perruche», que otorgaban un régimen de indemnización poco satisfactorio. La preocupación por un trato equitativo motivó la aplicación inmediata de la ley para que ninguna distinción se hiciese entre personas discapacitadas en función de la fecha de interposición de su demanda, antes o después de la promulgación de la ley. El legislador ha intervenido en pro de la buena organización del sistema de salud, amenazado por el descontento expresado por los profesionales de la salud a causa de la jurisprudencia «Perruche»; el sistema de salud se vio afectado por huelgas, rechazos a practicar ecografías prenatales, etcétera, por lo que el legislador actuó para preservar el sistema en materia de obstetricia y ecografía, y asegurar el servicio médico en buenas condiciones a las mujeres embarazadas y a los niños por nacer. Existe, pues, un justo equilibrio entre el objetivo perseguido por el legislador y los medios empleados; ni los padres de los niños discapacitados ni los niños discapacitados han sido privados de indemnización, y la ley mantiene

un régimen de responsabilidad por culpa para los profesionales de la salud. Las numerosas huelgas justificaban la aplicación inmediata de la ley. Por lo demás, aun después de la entrada en vigencia de la ley, los denunciantes han obtenido indemnizaciones muy superiores a la altura de sus esperanzas, indemnizaciones que están muy lejos de ser simbólicas puesto que se elevan a la suma de 120 mil euros, monto equivalente al de la indemnización dada en el caso «Quarez» antes citado. Finalmente, no hay que descuidar el importante recurso a la solidaridad nacional que se ha completado con las medidas previstas por la reciente ley del 11 de febrero de 2005. Por lo tanto, la aplicación de la ley no implica que las personas discapacitadas y sus familias sufran consecuencias excesivas; ellas no están privadas del sostén financiero; ahora este sostén ha sido puesto a cargo no solamente de los profesionales de la salud sino también del Estado.

Según la jurisprudencia de esta Corte, en sustancia, el artículo 1 del Protocolo 1 garantiza el derecho de propiedad a través de tres disposiciones distintas: la primera, expresada en la primera frase, reviste carácter general y enuncia el principio de respeto al derecho de propiedad; la segunda subordina la privación del derecho de propiedad a ciertas condiciones; y la tercera, consignada en el segundo párrafo, reconoce a los Estados contratantes el poder, entre otros, de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general.

La ley del 4 de marzo de 2002 privó a la parte actora (los padres) de la posibilidad de ser indemnizada de las cargas particulares según lo establecía la jurisprudencia «Quarez». La cuestión era clara, a tal punto que antes de la entrada en vigencia, teniendo en cuenta el carácter indubitado de la obligación de los entes asistenciales, el juez competente le había otorgado, en concepto de cautelar, un monto altamente significativo. La ley ha significado, pues, una injerencia en el ejercicio de los derechos del crédito de reparación que podría haberse hecho valer en virtud del derecho interno en vigencia.

En el caso, en la medida en que la ley concierne a instancias comenzadas antes del 7 de marzo de 2002 y pendientes a esa fecha, esta injerencia debe ser analizada como privación de la propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo 1; por lo tanto, es necesario analizar si la injerencia está justificada según esta misma disposición. La injerencia está prevista en la ley, y desde esta perspectiva, cumple con el requisito. La Convención exige, para la licitud de la injerencia, que esté fundada en la utilidad pública. La Corte estima que, gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, mejor ubicadas que el juez internacional para determinar qué es *utilidad pública*. En el mecanismo de protección creado por la Convención, pertenece a las autoridades nacionales pronunciarse sobre la existencia de un problema de interés general

que justifique la privación de la propiedad. Ellas gozan de un cierto margen de apreciación, como en otros dominios a los cuales se extienden las garantías de la Convención. Por lo demás, la noción de *utilidad pública* es amplia por su propia naturaleza. En particular, la decisión de adoptar leyes que priven de la propiedad implica, de ordinario, el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales. Se estima normal que el legislador disponga de una gran amplitud para llevar adelante una política económica y social, por lo que la Corte respeta la manera en la que ese legislador nacional concibe los imperativos de *utilidad pública*, salvo que ese juicio se revele como manifiestamente desprovisto de base razonable. En el caso, el gobierno afirma que el artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 se funda en motivos de interés general que surgen de tres ámbitos: a) el ético y, notoriamente, la necesidad de pronunciarse sobre una opción fundamental de la sociedad; b) la equidad; y c) la buena organización del sistema de salud. La Corte no tiene razones para dudar que la voluntad del legislador francés de poner término a una jurisprudencia que desaprobaba, y de modificar el estado del derecho en materia de responsabilidad médica, aun dando nuevas reglas aplicables a la situación en curso, sirve a una causa de utilidad pública.

Otra cuestión es saber si este fin de interés público pesaba de un modo suficiente en el marco de apreciación de la proporcionalidad de la injerencia. Una medida de injerencia en el derecho a los bienes debe establecer un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguardar los derechos fundamentales del individuo. La preocupación por asegurar ese equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo 1, así como también en la segunda frase, que debe ser leída a la luz del principio consagrado en la primera. En particular, para poder privar a una persona de su propiedad, debe existir un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. Con el fin de determinar si la medida en discusión respeta el justo equilibrio querido y, notablemente, si ella hace pesar sobre los actores una carga desproporcionada, es necesario tener en consideración las modalidades de la indemnización prevista por la legislación interna. A este respecto, la Corte ha dicho que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, la privación de la propiedad constituye normalmente un ataque excesivo, y una carencia total de indemnización no podría justificarse en el dominio del artículo 1 del Protocolo 1 sino en supuestos de circunstancias excepcionales («Les saints monastères c/ Grèce et autres c. Grèce» [GC], 25701/94-89, «Jahn et autres c. Allemagne» [GC], 46720/99, 72203/01 y 72552/01 del 2005). La Corte recuerda que, por la decisión Quarez, el Consejo de Estado había reconocido que el Estado y las personas de derecho público, tales como las organizaciones hospitalarias, estaban sometidos al derecho común de la responsabilidad por culpa; se trataba

de una jurisprudencia estable, aplicada por las jurisdicciones administrativas. Anulando los efectos de esta jurisprudencia, además de la resultante del caso «Perruche», la ley ha aplicado un régimen nuevo de responsabilidad a hechos dañosos anteriores, produciendo así un efecto retroactivo. La aplicación a las instancias en curso no sería, en sí, constitutiva de una ruptura del justo equilibrio querido; en principio, el legislador no está impedido de intervenir, en materia civil, para modificar el estado del derecho por una ley inmediatamente aplicable («Zielinski et Pradal y González et autres c. France» (GC), 24846/94, sentencia de 1999). Sin embargo, en el caso, el artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 ha simplemente suprimido, con efecto retroactivo, una parte esencial de los créditos por reparación, de montos muy elevados, que los padres de los niños discapacitados (tal el caso de los actores) habrían podido hacer valer contra el establecimiento hospitalario. El legislador francés ha privado a los actores de un valor patrimonial preexistente, es decir, un bien, que ellos podían legítimamente esperar. La Corte no puede seguir la argumentación del gobierno según la cual el principio de proporcionalidad habría sido respetado. Es cierto que los actores se benefician de prestaciones previstas por los dispositivos en vigor, pero su monto es manifiestamente inferior a los resultantes del régimen de responsabilidad anterior y claramente insuficiente, como lo admite el gobierno y los legisladores, puesto que estas prestaciones han debido ser complementadas recientemente por las nuevas disposiciones previstas a este efecto por la ley del 11 de febrero de 2005. Además, los montos que serán entregados a los actores en virtud de este texto no están definitivamente fijados; esta situación hace pesar sobre los actores, aun hoy, una gran incertidumbre, y no les permite ser indemnizados suficientemente de los perjuicios ya sufridos desde el nacimiento del niño. El carácter muy limitado de la compensación actual a título de solidaridad nacional y la incertidumbre reinante sobre lo que podrá resultar de la aplicación de la ley del 2005 demuestran que no hay proporcionalidad razonable al aplicarse la ley del 4 de marzo de 2002. En cuanto a la indemnización acordada por el tribunal administrativo de París, se advierte que compensa el perjuicio moral y los trastornos derivados de las condiciones de existencia, pero no cubre las cargas particulares que derivan de la discapacidad del niño a lo largo de toda su vida. Por último, la Corte estima que las consideraciones vinculadas a la ética, a la equidad y a la buena organización del sistema de salud no permiten, en el caso, legitimar una retroactividad cuyo efecto es privar a los actores, sin indemnización adecuada, de una parte sustancial de su crédito, haciéndoles soportar una carga especial y exorbitante. En consecuencia, se considera que el artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 viola, en la medida en que concierne a estas instancias, el artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención.

— *Sobre la violación del artículo 14 de la Convención combinada con el artículo 1 del Protocolo 1*

Los actores se quejan de que la ley del 4 de marzo de 2002, al establecer un régimen de responsabilidad específico, habría creado una desigualdad de trato injustificado entre los padres de niños cuya discapacidad no ha sido manifestada antes del nacimiento en razón de una culpa, y los padres de niños discapacitados en razón de una culpa de otra naturaleza, a quienes les serían aplicables los principios del derecho común.

El gobierno considera que los actores no tenían un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1. Subsidiariamente, entiende que las dos categorías no se encuentran en la misma situación. Cuando la discapacidad ha sido causada directamente por una culpa médica, la culpa es anterior a la discapacidad y ella es la causa, y se encuentra en el origen del perjuicio de los padres. En el caso de los actores, la culpa no es la causa directa de la discapacidad; preexistía; esa culpa es la generadora del perjuicio de no haber practicado la interrupción del embarazo o de no haber tenido la posibilidad de hacerlo. El vínculo de causalidad entre la culpa médica y la discapacidad es diferente en cada caso, lo que justifica regímenes de responsabilidad diferente, por lo que no hay discriminación. Al tomarse a cargo de la solidaridad nacional los gastos particulares que deriven de la discapacidad del niño, la situación del discapacitado no es discriminatoria porque es beneficiario de una serie importante de prestaciones.

Teniendo en cuenta que se ha constatado la violación del derecho de los actores respecto de sus bienes, la Corte juzga que no es necesario examinar la queja de los demandantes vinculada al artículo 14 de la Convención combinado con el artículo 1 del Protocolo.

— *Violación del artículo 6 de la Convención*

Los actores alegan que la aplicación inmediata de la ley afecta su derecho a un proceso equitativo. Invocan el artículo 6, primera parte, de la Convención, que dice: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada en forma equitativa, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre las alegaciones en torno a los derechos y obligaciones de carácter civil». Sostienen, fundados en la jurisprudencia de esta Corte («Raffineries Grecques Stran et Stratis», 9 de diciembre de 1994), que la ley francesa desconoce la regla según la cual el principio de preeminencia del derecho y la noción de proceso equitativo se oponen a toda injerencia del poder legislativo en la administración de justicia que tenga por fin influir en el desarrollo judicial de un litigio, salvo por motivos de interés general imperioso. Sostienen que el argumento según el cual la solidaridad nacional

compensaría el perjuicio no reparado no es procedente, dado que estos apoyos son insuficientes y las medidas futuras aleatorias; o en todo caso, tardías e ineficaces.

El gobierno estima que este caso difiere de lo resuelto por esta Corte en el caso «Raffineries».

Teniendo en cuenta las consideraciones particulares del presente caso, así como los razonamientos que condujeron a constatar una violación del artículo 1 del Protocolo 1, la Corte estima que no es necesario examinar separadamente los agravios de los actores respecto del artículo 6, parágrafo 1 de la Convención.

— *Violación del artículo 13 de la Convención*

La Corte no constata ninguna violación del artículo 13, que dispone: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la Convención han sido violados tiene derecho al otorgamiento de un recurso efectivo ante la instancia nacional […]».

— *Violación del artículo 8 de la Convención y de su combinación con el artículo 14*

Los actores invocan el artículo 8 de la Convención, en cuanto proclama el derecho a una vida familiar normal. Según ellos, la ley ataca ese derecho y constituye una injerencia en su ejercicio; contrariamente a las exigencias establecidas por la jurisprudencia de la Corte, la ley es vaga e imprecisa en el reenvío a la solidaridad nacional; la injerencia no tiene una finalidad legítima e imperiosa, desde que las consideraciones vinculadas a una mejor organización del sistema de salud, esencialmente la preocupación de evitar el encarecimiento de las primas de seguro, no justificaría la inmunidad de los médicos y los establecimientos de salud por las culpas por ellos cometidas. Se trata de la obligación positiva que pesa sobre los Estados, que debería ser satisfecha puesto que, privando al niño y a sus padres de un recurso para obtener la reparación del perjuicio relativo a las cargas particulares que deriven de su discapacidad, el legislador habría puesto obstáculos a la protección concreta y eficaz de los intereses familiares.

El gobierno recuerda la jurisprudencia del caso «Marckx» y distingue los derechos patrimoniales que por su propia naturaleza derivan de la vida familiar (sucesiones y donaciones), de los que no tienen sino un lazo indirecto con la vida familiar, como es el derecho a ser indemnizado por una culpa médica. Entienden que no se ha probado ninguna injerencia a la vida familiar, pero aunque así fuese, tendría un fin legítimo y sería necesaria una sociedad democrática, teniendo en cuenta los objetivos legítimos perseguidos por la ley.

La Corte recuerda que el artículo 8 tiene por objeto munir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos y consiste no solo en

abstenerse de las injerencias sino que comprende las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Las fronteras entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no son siempre claras; sin embargo, los principios aplicables pueden ser comparados. En los dos casos, es necesario llegar al justo equilibrio entre los intereses concurrentes de los individuos y de la sociedad en su conjunto; en ambos casos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación. Por lo demás, aun para las obligaciones positivas, los objetivos enumerados en el párrafo segundo pueden jugar un cierto rol en la búsqueda del equilibrio querido. El respeto de la vida familiar implica para el Estado la obligación de actuar para permitir el desarrollo normal de los vínculos entre los parientes próximos. La Corte ha concluido que la existencia de este tipo de obligaciones está a cargo del Estado cuando constata la presencia de un lazo directo e inmediato entre una parte y las medidas peticionadas por el actor, y por la otra parte la vida privada o familiar de este. La noción de *respeto* carece de nitidez, y los Estados gozan de un ancho margen de apreciación para determinar, en función de las necesidades y recursos de la comunidad de los individuos, las medidas a tomar. La Corte recuerda también el rol fundamentalmente subsidiario de los mecanismos de la Convención y que las autoridades nacionales gozan de una legitimidad democrática directa. Cuando las cuestiones políticas generales están en juego y hay profundas divergencias razonables, hay que darle una importancia particular al rol de la autoridad nacional. La Corte siempre ha reconocido que el legislador dispone de una gran amplitud para llevar adelante una política económica y social. La cuestión es saber si las medidas tomadas por el Estado demandado hacia las personas discapacitadas afectan el derecho de los actores a llevar una vida familiar normal. La Corte estima que no es necesario transar esta cuestión porque, aun admitiendo que el artículo 8 pudiera ser considerado como aplicable, estima que no hay violación a esta disposición. Confrontada la jurisprudencia «Perruche» en un debate tumultuoso de envergadura nacional, que refleja las importantes divergencias de opinión existentes en el seno de la sociedad francesa, el legislador, después de consultar a diferentes grupos de interés y personas implicadas, ha decidido intervenir para definir un nuevo régimen de reparación de los perjuicios sufridos por los niños nacidos discapacitados y por sus padres, que difiere del régimen que resultaba tanto de la jurisprudencia administrativa como de la judicial. Las nuevas reglas impiden que los padres puedan obtener del autor de la culpa reparación de los perjuicios que correspondan a las cargas particulares que deriven, a lo largo de toda la vida del niño, de su discapacidad. Este régimen es el resultado de debates parlamentarios profundos, en el curso de los cuales se han tenido en cuenta consideraciones de orden jurídico, ético y social, así como razones

vinculadas a la buena organización del sistema de salud y al trato equitativo del conjunto de las personas discapacitadas. Como lo indica el Consejo de Estado, el legislador se ha pronunciado sobre la base de motivos de interés general cuya validez no puede ser discutida por esta Corte. Es cierto que la aplicación inmediata y retroactiva no es lícita; sin embargo, previendo la toma a su cargo de la discapacidad del niño por parte de la solidaridad nacional, el legislador francés ha considerado que vale más inscribir este aspecto en el cuadro legislativo que organiza las modalidades de compensación de la discapacidad y no dejar a la jurisprudencia el cuidado de estatuir en acciones de responsabilidad que deriven del derecho común. La Corte advierte que desde 1975 ha habido una reorganización global efectuada por la ley del 11 de febrero de 2005. Se trata de una materia en la que se deja a los Estados un importante margen de apreciación. Por lo tanto, no existe motivo serio para juzgar contraria al artículo 8, sea en sus aspectos positivos o negativos, la manera como la legislación francesa ha abordado el problema o el contenido de las medidas específicas previstas a este efecto. Por lo tanto, no hay violación del artículo 8.

d) Conclusiones

En definitiva, conforme la decisión transcrita, la ley del año 2002: a) no puede ser invocada contra los padres que antes de marzo del año 2002 podían prevalerse de la jurisprudencia del Consejo de Estado; y b) es aplicable a los hechos posteriores a su entrada en vigencia, desde que el sistema creado no viola la Convención Europea de Derechos Humanos.

Cabe subrayar que el Tribunal no se ha pronunciado sobre la legitimación de la persona nacida antes de marzo del año 2002.

5.5 Otra reacción de la jurisdicción. Dos precedentes que interpretan la ley restrictivamente

El Consejo de Estado (6 de diciembre de 2002) y la Corte Administrativa de Apelación (sala 3, 24 de junio de 2003)[99] han interpretado la norma transcrita gramatical y restrictivamente. Afirman que la ley hace mención al período del embarazo, por lo que se refiere al ya «concebido» y no al que *pudo no haberse*

[99] *Recueil Dalloz*, número 14, 2004, p. 983, con nota de Alain Sériaux, «Diagnostic préconceptionnel et handicap de l'enfant: encore la responsabilité du médecin»; *La Semaine Juridique*, número 12, 17 de marzo de 2004, p. 509, con comentario de Johanne Saison, «Les disposition de l'article 1° de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ne sont pas applicables aux fautes qui ont pour effet de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé».

concebido; que, por eso, se limita a regular las consecuencias de los errores de diagnóstico o información relativos a los riesgos de discapacidad de un niño que pudo ser abortado; esos mismos errores, anteriores a la concepción, no están contemplados en la ley. En el segundo caso mencionado, el médico afirmó a una pareja que no había ningún riesgo de que un nuevo hijo estuviese afectado por la discapacidad que tenía el primero y no el segundo. Conforme a los conocimientos científicos existentes al momento en que fue dada, la información era incorrecta; el niño nació con una grave discapacidad, y el médico y el establecimiento sanitario fueron condenados conforme el *derecho común*.

Uno de los comentadores afirma que «obnubilado por el debate acerca de la sacrosanta libertad del aborto, la ley no ha tenido en cuenta una libertad más discreta: la de no concebir».

5.6 Brevísimas referencias al derecho italiano

La sección I Civil de la Casación italiana sigue la línea del Consejo de Estado francés anterior a la sanción de la ley del año 2002; es decir, niega legitimación al hijo y la concede a los padres. En decisión del 29 de julio de 2004, que continúa la línea del precedente del 10 de mayo de 2002, número 6735, dijo que el concebido, aunque presente graves anomalías genéticas, no es titular del derecho a no nacer, puesto que la legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo no prevé el aborto eugenésico como derecho de la persona por nacer; consecuentemente, el médico que omitió informar a la gestante las malformaciones o patologías no es responsable frente al *nasciturus*. En cambio, desde que en presencia de anomalías o malformaciones de la persona por nacer la ley permite a la mujer evitar el perjuicio que estas condiciones del hijo derivarían para su propio estado de salud, la falta de interrupción del embarazo, determinada por el comportamiento culposo del médico, constituye un daño resarcible para la madre y el padre[100].

[100] *Il Corriere Giuridico* número 11, 2004, p. 1431, con nota de Antonio Liserre, «Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione»; *Famiglia e Diritto*, 2004-6-559, con nota de Giovanni Facci, «"Wrongful life": a chi spetta il risarcimento del danno?»; *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2004-1349, con nota de Marilena Gorgona, «La nascita va accettata senza «beneficio d'inventario?». La decisión del 10 de mayo de 2002 número 6735 se publica en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* volumen XXXIII, número 3-4, julio-diciembre de 2004, p. 661. Con anterioridad, la Casación había sostenido que el interés protegido en estos casos era la salud de la mujer, pero a partir del año 2002 entendió que el presupuesto de esta responsabilidad es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información, y que comprende a ambos progenitores (véanse referencias en Feola 2004: 589). Para otras decisiones italianas véanse, entre otros, Nocco (2005: 1015); Pacia (2006).

5.7 Un caso de la jurisprudencia argentina

El 18 de febrero de 2005, la Cámara Nacional Civil sala K rechazó la demanda interpuesta contra la Fundación Genética y las médicas genetistas intervinientes, por un diagnóstico erróneo que daba un cariotipo normal de sexo masculino y en realidad nació una niña con síndrome de Down. Cabe aclarar que el rechazo de la demanda no circuló por los canales de la causalidad y la legitimación sino por la falta de prueba de la culpa médica, desde que la profusa prueba técnico-científica (bioquímica, ginecológica, genética y obstétrica) no había podido determinar qué, en definitiva, había provocado una discordancia de tal entidad entre el informe final y la realidad[101].

6. Daño por el nacimiento de un niño sano por un embarazo no deseado (*unwanted pregnancy*; *birth of an unwanted child*; *wrongful conception* o anticoncepciones fallidas)[102]

Me referiré muy brevemente a este supuesto, puesto que no ha sido objeto de regulación por la ley francesa del año 2002, ordenamiento que estas líneas tienen por principal destinatario.

Como he dicho antes, la denominación utilizada no es unívoca. Para evitar discusiones terminológicas, aclaro que, a diferencia del supuesto analizado que dio lugar a la reforma francesa, el error médico conduce a una concepción no deseada, pero el niño nace sano; por ejemplo, operaciones de esterilización, de ligaduras de trompas, o vasectomías mal realizadas, o realizadas correctamente pero con omisión de adecuada y oportuna información sobre las posibles consecuencias, luego de las cuales nace un niño cuya concepción se quería evitar con la práctica médica ejemplificada.

En estos casos, no hay duda de que los únicos legitimados son los padres.

La reparación tendría base en que la culpa médica viola el derecho constitucional a la libertad de procreación, que incluye la de no procrear; existiría, pues, un derecho a la planificación familiar fundado en el derecho a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, y a la vida íntima y familiar.

---

[101] *Jurisprudencia Argentina* 2005-IV-572, con nota de Juan M. Prevot, «Responsabilidad médica por omisión diagnóstica prenatal», y en *Derecho de familia* 2005-II-9, con nota de Eduardo Sambrizzi, aprobatoria de la solución pero no de los fundamentos, «La improcedencia de un reclamo de daños efectuado con motivo de un erróneo informe genético».

[102] Para un estudio de derecho comparado sobre el tema véase Demme y Lorentz (2005: 103). Para la situación en Italia, véanse Cacace (2003b: 1228); Orrù (2004, tomo II: 979); De Matteis (2004, tomo IV: 4965); Vignali (2005: 903); Lucchini-Guastalla (2001: 1611); Simone (2002: 469). Para varios casos españoles, véanse Emaldi (2001: 229); Medina y otros (2003: 72).

¿Cuáles son los daños indemnizables? Para una tendencia doctrinal deberían indemnizarse la aportación, alimentación y crianza de hijos nacidos en circunstancias no esperadas; las limitaciones laborales y físicas durante la gestación, etcétera, pero no el daño moral.

En Italia, hace un par de años, un tribunal[103] resolvió que la operación de vasectomía no requiere la solución de problemas técnicos de particular dificultad; por lo tanto, en caso de incumplimiento de la prestación, no se requiere culpa grave y el médico responde a los daños causados por simple culpa leve. Se argumenta que el profesional carga con deberes calificados de información respecto de su cliente; esa información debe ser clara, completa, global, respecto de la operación y de la etapa posoperatoria. El nacimiento de un niño no programado, a causa del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de este deber por parte del médico, lesiona el derecho fundamental del individuo y de la pareja en su conjunto a una procreación consciente y responsable, es decir, el derecho a la autodeterminación en la elección personal. La consecuencia de este ilícito es un daño patrimonial, configurado por las mayores cargas que gravan a la pareja por el mantenimiento del hijo no querido, y un daño existencial, consistente en el cambio radical de los hábitos de vida que el nacimiento de un hijo comporta para la pareja. Dada la imposibilidad de demostrar un monto preciso, la cuantificación de tales daños debe ser el resultado de una evaluación equitativa.

En España, el Tribunal Supremo consideró aplicable la ley de protección de los consumidores a la colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino, derivado de la puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz[104]. En el caso, el sistema hospitalario debió reparar el daño moral y el material. En la determinación del daño material se tuvo en cuenta que durante el embarazo la mujer debió guardar cama y dejó de atender el negocio que administraba, con la consiguiente disminución de la producción; en el daño moral se valoró que la situación la había afectado a punto tal de encontrarse en un estado depresivo que alteró su armonía anímica y le causó un inevitable estado de preocupación atentatorio contra su libertad.

---

[103] Tribunal Arsizio, 17 de julio de 2001, en *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2002-589, con nota de Angelo Demori, «Fallimento di intervento di sterillizzazione maschile e wrongful birth: profili di responsabilitá medica e problemi di liquidazione del danno». Más recientemente, el 20 de octubre de 2005, la Casación italiana legitimó no solo a la madre sino también al padre (véase reseña en *Danno e Responsabilità* 2006/1-103).

[104] Tribunal Supremo de España, 24 de septiembre de 1999, *Responsabilidad Civil y Seguros* 2000-1-200.

7. Algunas conclusiones provisorias

La descodificación del derecho de daños, un derecho tradicionalmente de base jurisprudencial, ha servido para poner sobre el tapete varios conflictos tradicionales.

Por un lado, la tensión *responsabilidad-seguridad social*. Probablemente, el sistema de la seguridad social francés pueda compensar satisfactoriamente todos los daños que las leyes del año 2002 derivaron a ese ámbito; en la Argentina, una solución de este tipo sería altamente perjudicial para las víctimas. En efecto, desde hace muchos años nuestro país sufre un sistema de seguridad social colapsado, afectado por una corrupción generalizada, donde reina el desorden y la excesiva burocratización. Mientras ese cáncer no sea extirpado, la cuestión exige un buen sistema asegurador; y fundamentalmente para evitar que estos daños se produzcan, un retorno a la excelente universidad argentina, de la que egresaron grandes médicos hoy diseminados en muchas partes del mundo.

Por otro lado, la tensión *legislador-juez*. ¿Cómo se desarrolla mejor el sistema de la responsabilidad civil? ¿A través de la obra del legislador o la del juez? Obviamente, la respuesta depende de la calidad de legisladores y jueces.

Finalmente, la temática abordada por el legislador francés a comienzos del milenio permite detenernos en la debatida cuestión de si la República Argentina puede continuar penalizando el aborto, tema siempre rispido, que muchos evitan, como si de este modo tranquilizaran las conciencias; los políticos lo evaden en las campañas electorales; cuando deben enfrentar concretamente la situación, muchos actúan de modo muy diferente al que pregonan desde la teoría religiosa, filosófica, ética, etcétera. Mientras tanto, cálculos del año 2000[105] indican que, en nuestro país se realizan más de 500 mil abortos por año, gran parte de los cuales son sufridos por mujeres menores de veinte años; las complicaciones derivadas de esas prácticas son la primera causa de internación en los hospitales públicos y constituyen la tercera causa de muerte de mujeres en edad de procrear. Frente a esta realidad, como decía el presidente Roosevelt, «algo hay que hacer». En mi opinión, ese «algo» pasa, en primer lugar, por campañas serias de educación sexual (tarea ya comenzada); en segundo lugar, por la ayuda responsable a la mujer gestante y al niño nacido; y, finalmente, por la despenalización del aborto recorriendo un camino análogo al transitado por países a los cuales estamos unidos por una tradición cultural común (España, entre otros).

[105] Informe de la Fundación Argentina contra el aborto, *Clarín*, 27 de noviembre de 2000.

Bibliografía

Alpa, Guido

2006 «*Wrongful life*: Soluzioni controverse». *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Padua, número 2.

Amodio, Claudia

2003 «Il modelo francese di indennizzo dei danni no fault connessi all'attività sanitaria (brevi note a proposito della loi 2002-303)». *Rivista Critica di Diritto Privato.* Bolonia, volumen 21, número 4, pp. 745-758.

2004 «La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e prospettive aperte dalla loi 2002-303». *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*. Milán, pp. 459-479.

Andorno, Luis

2005 «Sistemas alternativos posibles de resolución de conflictos originados en la responsabilidad médica. Experiencia en Francia, Gran Bretaña, Suiza, Alemania y otros países de la Comunidad Europea». *Edición en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 25-42.

Andorno, Roberto

1996 «Responsabilidad de los establecimientos asistenciales por las prácticas de fecundación asistida». En Universidad Pontificia Católica Argentina. *Responsabilidad civil de la empresa.* Santa Fe: Panamericana, pp. 203-214.

2005 «¿Existe un derecho a no saber la propia información genética?». *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, número 1206, suplemento Bioética 19, pp. 23-33.

Apollis, Benoît y otros

2004 «L'insoutenable imprécision de la faute caractérisée dans la réparation du handicap de naissance». En Leca, Antoine (editor). *Le handicap, droit, histoire, médecine*. Marsella: Universitaire d'Aix, pp. 139-157.

Bíscaro, Beatriz

1995 «Fecundación asistida». En Mosset Iturraspe, Jorge (editor). *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 145-153.

Blanco, Luis G.

2002 «Anticoncepción de emergencia. Consideraciones biojurídicas acerca de la píldora de la mañana siguiente». En Blanco, Luis G. (compilador). *Bioética y bioderecho.* Buenos Aires: Universidad.

Cacace, Simona

2003a «Loi Kouchner: problemi di underterrence e undercompensation». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 8, número 4, pp. 435-443.

2003b «Ancora a proposito di nascite indesiderate». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 8, número 12, pp. 1228-1233.

Cachon Villar, Pablo

2002 «Anulación de la condena impuesta a los padres». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Madrid, números 5-9.

Calvo Costa, Carlos A.

2005 «Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital». *La Ley.* Buenos Aires, tomo 2005-E, pp. 860-867.

Carbone, Vincenzo

2000 «Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 5, número 12, pp. 1173-1185.

Carval, Suzanne

2001 La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales. París: Presses Universitaire de France.

Castelnuovo, Andrea y Silvia Pintus

2001 «La politica dei piccoli passi: nuovi interventi della Corte costituzionale sugli indennizzi da contagio». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 6, número 5, pp. 490-497.

Cayla, Olivier y Yan Thomas

2004 *Il dirito di non nascere*. Milán: Giuffrè.

Cendon, Paolo (editor)

2004 *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*. Padua: CEDAM.

Choux, Alain

2002 «La Loi anti-Perruche». *Le Dalloz*. París, número 15, pp. 1212-1213.

Compiani, María F.

s/a «La cobertura asegurativa contra la responsabilidad civil del médico. La ilicitud de la cláusula *claims made*». *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro*. Buenos Aires, número 14.

D'Andria, Simona
2005 «Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del danno da nascita indesiderata». *Rassegna di diritto civile*, número 4, pp. 1090-1111.

D'Angelo, Antonino
1999 *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?* Milán: Giuffrè.

De Matteis, Raffaella
2004 «Nascite indesiderate e interesssi protetti». En Cendon, Paolo (editor). *Persona e danno*. Milán: Giuffrè, tomo IV, pp. 4965 y ss.
2005 «Il danno esistenziale e la tutela della vita prenatale: dai torts *wrongful life* ai torts *wrongful birth*». En Dal Lago, Ugo y Raniero Bordon (editores). *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*. Milán: Giuffrè, pp. 299-326.

Demme, Géraldine y Romail Lorentz
2005 «Responsabilité civile et naissance d'un enfant. Aperçu comparatif». *Revue Internationale de Droit Comparé*. París, volumen 57, número 1, pp. 103-139.

Dendocker, Denis
2003 «Application dans le temps de la loi sur la réparation des accidents médicaux». *Le Dalloz*. París, número 18, pp. 1196 y ss.

Diniz, Maria Helena y Roberto Senise Lisboa (coordinadores)
2003 *O direito civil no século XXI*. Sao Paulo: Saraiva.

Dubouis, Louis
2004 «Démocratie sanitaire et droits de la personne malade. À propos de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de Santé». En Moderne, Frank y otros. *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne*. París: Dalloz, pp. 127-143.

Duprat, Jean-Pierre
2004 «Démocratie sanitaire et droits de malade». En Moderne, Frank y otros. *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*. París: Dalloz, pp. 145-163.

Emaldi Cirión, Aitziber
2001 *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Granada: Comares.

Esteve Pardo, José
1999 *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Ariel.

Fabre-Magnan, Muriel
2001 «Avortement et responsabilité médicale». *Revue Trimestrelle de Droit Civil*. París, número 2, pp. 285-318.

Facci, Giovanni
2004a *I nuovi danni nella famiglia che cambia*. Milán: Ipsoa.
2004b «*Wrongful life*: a chi spetta il risarcimento del danno?». *Famiglia e diritto*. Milán, número 6, pp. 562-568.

Famá, María V. y Marisa Herrera
2004 «Hay leyes que acompañan los cambios en la sociedad. Un comentario sobre la ley 25.929». *Anales de la Legislación Argentina*. Buenos Aires, LXIV, E-6577.

Famá, María V. y Moira Revsin
2002 «El caso Perruche. Análisis de los daños». *Derecho de Familia*. Buenos Aires, número 22.

Feola, Maria
2004 «Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale». *Rivista Critica del Diritto Privato*. Bolonia, volumen 22, número 4, pp. 589-629.

Ferrer, Francisco M.
2001 «Responsabilidad por daños en la procreación médicamente asistida». *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, número 2, pp. 189-216.

Freni, Fortunato
2000 *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*. Milán: Giuffrè.

Galán Cortés, Julio C.
2001 *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas.

Ghersi, Carlos
2005 «La extralimitación en la función judicial. La interferencia en políticas de Estado y en la vida privada de las personas». Córdoba: *La Ley*.

Gracia, Diego
1989 *Fundamentos de bioética*. Madrid: Eudena.

Grosieux, Patrick
2003 *Principe de précaution et sécurité sanitaire.* Marsella: Presses Universitaires d'Aix.

Guarneri, Attilio
2004 «Nascita di figlio malformato. Errori dei medico e regola di responsabilità civile». En *Studi in onore di Piero Schlesinger*. Milán: Giuffrè, tomo III, pp. 2177 y ss.

Herrera, Marisa y Moira Revsin
2002 «El caso Perruche de la Corte de Casación francesa. Una decisión revolucionaria sin precedentes en el mundo». *Derecho de Familia*. Buenos Aires, número 21, pp. 219 y ss.

Highton, Elena
1992 «La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires, número 1, pp. 165-214.

Jestaz, Philippe
2001 «Une question d'épistémologie. À propos de l'affaire Perruche». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, número 3, pp. 547-557.

Jiménez, Jorge O.
2001 «La cláusula *claims made* en el seguro de responsabilidad civil». En Ghersi, Carlos (director). *Cláusulas abusivas. Nulidad e ineficacia*. Rosario: Juris.

Jourdain, Patrice
2002 «Loi anti-Perruche: une loi démagogique». *Le Dalloz*. París, número 11, pp. 891-892.

Kemelmajer de Carlucci, Aída
1994 «Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas». *Jurisprudencia Argentina*, volumen IV, pp. 735 y ss.
2001a «El derecho del menor sobre su propio cuerpo». En Borda, Guillermo (director). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, pp. 249 y ss.
2001b «Los disminuidos mentales, la esterilización terapéutica y el derecho sobre el propio cuerpo». En Ameal, Oscar (director) y Dora Gesualdi (coordinadora). *Derecho privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 247 y ss.
2003 «El derecho del niño a su propio cuerpo». En Bergel, Salvador y Nelly Minyersky (coordinadores). *Bioética y derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 105-164.

2004 «Genoma humano y derechos fundamentales». En Bergel, Salvador y Nelly Minyersky (coordinadores). *Bioética y derecho.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 15-68.

Keuleneer, Fernand

1999 «'Wrongful birth', liability and indemnification: an uneasy fit». *European Review of Private Law*, pp. 241-247.

Lacoeuilhe, Georges

2003 «À propos de la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale». *Le Dalloz*. París, número 8, pp. 499-500.

Lambert-Faivre, Yvonne

2002a «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (II). Les droits des malades, usagers du système de santé». *Le Dalloz*. París, número 16, pp. 1291-1296.

2002b «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (III). L'indemnisation des accidents médicaux». *Le Dalloz*. París, número 17, pp. 1367-1374.

Larroumet, Christian

2001 «L'indemnisation de l'aléa thérapeutique». En Carval, Suzanne. *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales.* París: Presses Universitaire de France, pp. 399 y ss.

Lazzini, Simona

2005 *Principi di accountability nei sistema sanitari italiano e statunitense*. Milán: Giuffrè.

López de la Osa, Escribano

2004 «El seguro médico obligatorio en la responsabilidad sanitaria. Referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos». *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, número 121, pp. 67-80.

López Saavedra, Domingo

2005 «Seguros de responsabilidad civil *claims made*: su validez en Francia, de acuerdo a la ley 2003-706». *Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, año VII, número V.

Lucchini-Guastalla, Emanuele

2001 «El daño por procreación indeseada». *Derecho privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 1611 y ss.

Mackinson, Gladys (directora)
2001 *Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética, alimentos y desarrollo*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Malaurie, Philippe
1965 *La jurisprudence combattue par la loi*. *Études a R. Savatier*. París: Dalloz.

Marchand, Céline
2002 «Le privilège de la douleur. La procédure d'indemnisation amiable de la loi du 4 mars 2002». *Le Dalloz*. París, número 36, pp. 2739-2740.

Marguenaud, Jean-Pierre y Jacques Raynard
2004a «Les tergiversations de la Cour européenne des Droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, número 2, pp. 799-801.
2004b «Premiers prolongement européens de l'affaire Perruche». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, número 4, pp. 797-799.

Marienhoff, Miguel
1994 *Tratado de derecho administrativo*. Cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Mariona, Fernando G.
2005 «Responsabilidad profesional médica. Seguridad del paciente y reformas legislativas». *Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, año VII, número 1, pp. 25 y ss.

Mastrolitto, Alessandra
2005 «Consenso informato del paziente e responsabilità professionale del medico». En Varios Autores. *Annali*. Tomo I. Milán: Università degli Studi di Foggia, Giuffrè, pp. 407-432.

Mazeaud, Denis
2004 «Le droit français contemporain de l'indemnisation des dommages médicaux». En Varios Autores. *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa.* Tomo II. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Medina, Graciela e Irene Hooft
2002 «Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida», *Derecho de Familia*. Buenos Aires, número 20, pp. 73 y ss.

Medina, Graciela, María Victoria Famá y Moira Revsin
2003 «Responsabilidad de los profesionales médicos ante el incumplimiento del deber de informar. Análisis de las leyes de salud reproductiva y procreación

responsable». *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, número 3, pp. 39-84.

Medina, Graciela y otros

2002 «Testigos de Jehová». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires, número 2, pp. 651.

Méndez Costa, María Josefa

2004 «Responsabilidad civil en la procreación asistida». En Ferrer, Francisco, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa (directores). *Código Civil comentado. Derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Mistretta, Patrick

2001 «Le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de Santé». *La Semaine Juridique*. París, número 43-44, pp. 1973 y ss.

2002 «La loi 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation». *La Semaine Juridique*. París, número 24, pp. 1075-1083.

2003a «La loi n° 2002-1577 du 30/12/2002 relative à la responsabilité civile médicale. Premiers correctifs de la loi 2002-313 du 4/3/2002». *La Semaine Juridique*. París, número 5, pp. 57 y ss.

2003b «L'indemnisation des victime du vaccin contre l'hépatite B: conditions de la responsabilité du fabricant». *La Semaine Juridique*. París, número 43-44, pp. 1873 y ss.

2003c «Que reste-t-il de l'indemnisation des parents d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique?». *La Semaine Juridique*. París, número 26, pp. 1214 y ss.

Moscarini, Lucio

2005 «Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere». En Varios Autores. *Procreazione assistita: problemi e prospettive*. Roma: Schena, pp. 395-408.

Nocco, Luca

2005 «Il nesso di causalità materiale, la probabilità logica e la ritrovata (¿) centralità della colpa in responsabilità sanitaria». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 10, número 10, pp. 1015-1026.

Orrù, Silvia

2004 «La responsabilità del medico e/o dei terzi per la nascita indesiderata». En Cendon, Paolo (editor). *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*. Tomo II. Cedam: Padua.

Ortega y Gasset, José
1996 «Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía». Madrid. *Revista de Occidente*.

Pacia, Romana
2006 «Procreación y responsabilidad». *La Ley Gran Cuyo.* 295.

Paillet, Michel
1999 «L'enfant préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne». En Pedrot, Philippe (coordinador). *Étique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*. París: Economica, pp. 161-279.

Palmerini, Erica
2005 «La vita come danno? Non… si… dipende». *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXI, número 3.

Parente, Ferdinando
2005 «Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione». *Rassegna di Diritto Civile*, volumen VI, número 4, pp. 1003-1025.

Paricard-Pioux, Sophie
2003 «Loi de validation: L'Assemblée plénière se prononce et ne convainc pas». *Le Dalloz*. París, número 25, pp. 1648-1654.

Pasquinelli, Chiara
2005 «La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata». *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Padua, año XXI, número 3, pp. 559-569.

Peron, Sabrina
2005 «La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata». *Responsabilità Civile e Previdenza.* Milán, volumen LXX, número 2.

Piconto Novales, Teresa
2000 *En las fronteras del derecho. Estudio de casos*. Madrid: Dykinson.

Pinna, Alice
2005 «Naceré sani o non naceré: la Cassazione nega l'essistenza di un tale diritto». *Contratto e impresa*. Padua, volumen 21, número 1, pp. 1-49.

Pradel, Xavier
2004 *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*. París: LGDJ.

Prevot, Juan Manuel
2005 «Responsabilidad por infecciones hospitalarias». *Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, año VII, número 10.

Prevot, Juan Manuel y Rubén Chaia
2005 *La obligación de seguridad.* Buenos Aires: Hammurabi.

Quadri, Enrico
2004 «Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze resenti e prospettive». *Responsabilità Civile e Previdenza*. Milán, volumen LXIX, número 2, pp. 319-339.

Rade, Christophe y Olivier Dubos
2000 «La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires. A propos de CE, 30/6/2000, Association Choisir la Vie». *Le Dalloz.* París, número 26, pp. 545-549.

Ribot Igualada, Jordi
2004 «Nota crítica. The Impact of Social Security on Tort Law». *Anuario de Derecho Civil*, volumen LVII, número IV, pp. 1584-1598.

Rossetti, Marco
2001 «Errore, complicanza e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 6, número 1, pp. 12-22.

Sambrizzi, Eduardo
2001 *La procreación asistida y la manipulación del embrión*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Sebastio, Giovanna
2004 «Le malformazioni del feto». En Cendon, Paolo (editor). *Persona e danno*. Milán: Giuffrè, tomo II, pp. 1147 y ss.

Seriaux, Alain
2002a «"Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification». *Le Dalloz*. París, número 25, pp. 1996-2000.
2002b «Jurisprudence Perruche: une proposition de loi ambiguë». *Le Dalloz*. París, número 7, pp. 579-580.

Sevilla Bujalance, Juan Luis
2001 «Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida: especial referencia a los menores». *Revista General del Derecho*. Valencia, número 676-677, pp. 71-86.

Simone, Roberto
2002 «Danno alla persona per nascita indesiderata». En *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 7, número 5, pp. 469-404.

2003 «Dalla nascita indesiderata al diritto alla scelta». *Il Diritto di Famiglia e delle Personne*. Milán, volumen 32, número 4, pp. 1148-1160.

Tapia, Mauricio

2005 «Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico. Perjuicio de nacer. Otros problemas actuales en el derecho francés y chileno». *Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, año VII, número V, pp. 95-129.

Taylor, Simon

2005 «L'indemnisation du risque thérapeutique en droit anglais et la possibilité d'un rapprochement des systèmes européens». *Revue Internationale de Droit Comparé*. París, volumen 57, número 3, pp. 717-732.

Vázquez Ferreyra, Roberto

2002 «Responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias». En *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Segunda edición. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 145 y ss.

Vignali, Carla

2005 «Inesatta esecuzione di attività di diagnosi e di intervento prenatale: profili di responsabilità». *Responsabilità Civile e Previdenza*. Milán, volumen LXX, número 3, pp. 903 y ss.

Viney, Geneviève

1997 *L'indemnisation des accidents médicaux*. París: LGDJ.

Viney, Geneviève y Patrice Jourdain

1997 «L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?». *La Semaine Juridique*. París, número 17, pp. 4016 y ss.

2001 «L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation». En CARVAL, Suzanne (editora). *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*. París: Universitaire de France, pp. 395 y ss.

Wagmaister, Adriana

2001 «Responsabilidad y fecundación asistida». En Ameal, Oscar (director) y Silvia Tanzi (coordinadora). *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje a Roberto López Cabana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 457 y ss.

Zannoni, Eduardo

1998 «El daño genético y por transmisión de enfermedades». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires, número 1, pp. 143-164.

RIESGOS DE DESARROLLO
RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS Y SERVICIOS PELIGROSOS O DEFECTUOSOS
EL RIESGO DE DESARROLLO COMO EXIMENTE

*Luis Moisset de Espanés**
*José Fernando Márquez***

Hace dos décadas, en febrero de 1989, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, cuyo decano era en ese entonces el profesor Jorge Avendaño Valdez, organizó un «Curso de Derecho Privado Patrimonial», al que fuimos invitados junto a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y un conjunto de destacados juristas peruanos.

Tuvimos allí oportunidad de conocer a Fernando de Trazegnies Granda, cuyos conocimientos y personalidad me llamaron poderosamente la atención, razón por la cual, a poco de regresar a Córdoba, le escribí una extensa carta[1] cuya copia conservo en mi archivo y que me permitiré reproducir parcialmente. Le decía en aquella oportunidad:

> Todavía se encuentran frescas en mi recuerdo las intensas jornadas de trabajo cumplidas el mes pasado en los salones del Colegio de Abogados limeño, y la cuidadosa exposición que Ud. había preparado sobre el tema en que tuvo que actuar como comentarista.
>
> He incorporado a mi Biblioteca los ejemplares del Fondo Editorial que tuvo la gentileza de obsequiarnos, que han de ser de suma utilidad para mis investigaciones.

---

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

** Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Privado IV, de la carrera de Abogacía, Universidad Siglo 21, Córdoba. Socio del estudio Márquez & Asociados.

[1] Carta del 20 de marzo de 1989.

> Es hora que los juristas latinoamericanos superemos el aislamiento en que hemos vivido durante más de un siglo y medio, mirando más a Europa y olvidando las realidades de los países que nos circundaban, y los esfuerzos que en ellos se realizaban. Encuentros como el que tuvimos, propiciado por la Universidad Católica, contribuyen fuertemente a la hermandad de nuestros países, y al progreso que en ellos pueden realizar las ciencias jurídicas.
>
> No solamente constituyen un testimonio notable de la seriedad con que Uds. están trabajando, sino que marcan un derrotero que todos deberíamos seguir, intercambiando los frutos de nuestros mutuos esfuerzos.

Ese fue el comienzo de una amistad que se ha prolongado todos estos años. No solamente hemos compartido la actividad académica en encuentros que tuvieron lugar en Lima, Arequipa y Trujillo; también tareas profesionales y, lo que para mi modo de ver es más importante, inquietudes culturales que no pueden estar ausentes en una personalidad como la de Fernando, un verdadero humanista que, sin ceñirse exclusivamente a lo jurídico, proyecta su visión hacia otros campos propios de un verdadero humanista, que concreta en obras literarias como su novela *Atracción apasionada*.

No se agotó aquí la coincidencia de inquietudes; a título de ejemplo recordaré que hace algún tiempo, buscando antecedentes sobre la flor del «mburucyá», es decir, la pasionaria, me llamó la atención que en el Perú se la denominase *ñorbo*; pero, más aún, que ese vocablo, en plural, figurase en el *Diccionario de la Real Academia* como un peruanismo con el que se designaban los «bellos ojos de una dama». Consulté el tema con Fernando, que no demoró en responderme brindándome un acopio impresionante de datos, entre los cuales se encontraba incluso una rima. Me decía el 2 de febrero de 2005:

> Efectivamente, la palabra *ñorbo* es un peruanismo en desuso. Juan de Arona, en su *Diccionario de peruanismo*s (1882), la cita como una variedad de la *Passiflora*:
>
> *Hay agradables estorbos*
> *Aun para personas tercas;*
> *Pocos volveranse torvos*
> *Porque tropiecen en cercas*
> *De jazmines o de ñorbos.*
> (Rimas del Rímac)

Y agregaba: «[…] recuerdo haber escuchado la palabra *ñorbo* quizá a mi abuela o a mis tías viejas, como calificativo a una mujer. Pero no sé si se refería a los ojos». Ese mismo día, en otro correo, me enviaba unas bellísimas fotos de pasionarias, que conservo también en mis archivos.

Quizás alguno de los lectores se pregunte: «¿por qué trae a colación estos antecedentes?». Muy simple. Porque ellos prueban algo más, que yo valoro muy

especialmente en las personas: Fernando de Trazegnies profesa el culto de la amistad y no retacea esfuerzos para atender las inquietudes de un amigo.

1. La responsabilidad por daños producidos por productos defectuosos o peligrosos

La producción y comercialización de productos y la prestación de servicios peligrosos o defectuosos crean múltiples riesgos de daños para sus consumidores o usuarios. El problema no es novedoso, pues el riesgo de nocividad es inherente al consumo de productos o servicios, cualquiera sea la época de análisis.

Mas en el último siglo las contingencias se han multiplicado. En primer lugar a partir de la producción y comercialización masiva de productos elaborados, generada por el maquinismo y las modernas técnicas de mercadeo, lo que potenció la dañosidad en forma cuantitativa, dando origen a los denominados *daños en serie*[2]; luego, sobre fines de siglo, por la irrupción de las nuevas tecnologías, fenómeno que cualificó los peligros ante el desconocimiento de las características técnicas y científicas de los productos y servicios consumidos, y de sus posibles consecuencias en futuros desarrollos.

La cuestión fue motivo de preocupación para la doctrina y legislación. En la Argentina, las principales cuestiones planteadas al inicio de los estudios del tema fueron dos: a) si era extensiva la responsabilidad por daños por productos a todos los intervinientes en la cadena de producción-comercialización, aunque no hubiesen tenido relación directa con el consumidor; y, si así fuese, b) si el supuesto debía ser encuadrado en la responsabilidad objetiva regulada por el artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil, o en el régimen de responsabilidad por culpa del artículo 1109 del mismo cuerpo legal[3].

Superada aquella primera etapa, admitida en general la responsabilidad del productor o intermediario no vendedor bajo los parámetros de una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo o, desde otra visión, en la garantía de inocuidad de los productos sobre la base de una responsabilidad contractual de tipo objetivo por violación a una obligación genérica de seguridad, el espaldarazo definitivo a la instauración de un régimen amplio de responsabilidad civil por daños generados

---

[2] Ponencia presentada por María Martha Agoglia, Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la que expresan: «Como consecuencia del consumo masivo de bienes industriales, surge la posibilidad cierta de correspectivos "daños en serie", alimentada por el lanzamiento al mercado de productos defectuosos, sea por la técnica empleada en su concepción o diseño, en su fabricación o conservación, o bien por deficiencias atinentes a las instrucciones para su utilización o consumo», *Jurisprudencia Argentina* 1995-IV-758.

[3] Para aquella etapa de la discusión ver Zannoni (1984).

por productos y servicios en la Argentina fue la sanción de la ley 24.999, del 1 de julio de 1998[4], que reformó la ley 24.420 de Defensa de los Consumidores y Usuarios, incorporando a la normativa del consumo el artículo 40, que dice:

> «Artículo 40: Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.
>
> La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena»[5].

La norma concreta el deber general de seguridad que, como principio informador del sistema de defensa de los consumidores, determinan los artículos 5 y 6 de la ley[6].

La solución legal ha sido favorablemente receptada por la doctrina y motivo de aplicación jurisprudencial en forma pacífica.

Una cuestión harto discutida en materia doctrinal, con reflejo en algunas legislaciones, es el de la asunción de los riesgos de desarrollo, punto central de nuestra ponencia.

El tema se refiere a productos o servicios defectuosos o peligrosos al momento de su entrada al mercado, que por ello han causado un daño, pero cuya nocividad no era cognoscible por parte del productor, comercializador o prestador del servicio.

---

[4] Boletín Oficial, 30 de julio de 1998, ADLA 1998-C, 2929. La norma había sido incorporada al texto original de la ley 24.240, mas fue vetada por decreto 289/1993.

[5] En Estados Unidos la jurisprudencia fue marcando las diferentes etapas de evolución de la responsabilidad por daños causados por productos, derrotero similar al de la doctrina argentina, autoral y judicial. Para su estudio, véase Coderch y otros (2003).

Para la cuestión en Perú, véase de Trazegnies (1998, tomo II: 277 y ss.).

[6] Artículo 5. Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

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

En palabras de Pablo Salvador Coderch, se trata «[…] de la responsabilidad derivada de la concreción de aquellos riesgos que el estado de la ciencia y la técnica no permitían prever en el momento de llevarse a cabo la actividad causante del daño»[7].

Dos son los temas a dilucidar. Primero, cuándo se considera que existe riesgo de desarrollo y cuáles los requisitos para su configuración; luego, determinar si el productor o prestador es responsable por los daños causados por los defectos o peligros desconocidos, o si, por el contrario, es una eximente de su responsabilidad.

2. Los riesgos de desarrollo. Noción y requisitos

2.1 Noción

Tallone expresa que se entiende por *riesgo de desarrollo* «[…] a la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad»[8].

En el mismo sentido, Pizarro manifiesta que se denomina *riesgo de desarrollo* «[…] al que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores»[9].

Para que se configure el supuesto es necesario:

a) que el producto o servicio sea defectuoso y haya causado un daño;

b) que el defecto no fuera cognoscible de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos; y

c) que el defecto no fuese cognoscible al tiempo de la puesta en circulación del producto o de la prestación del servicio.

2.2 Análisis de los requisitos

a) El producto debe ser defectuoso

El producto o servicio dañino puede ser defectuoso por deficiencias de fabricación, de diseño o de información[10]. Cualquier defecto que no hubiese sido cognoscible

---

[7] Coderch (1999: 7).

[8] Tallone (2006).

[9] Pizarro (2006: 391).

[10] Sobre los diferentes tipos de defectos, véase de Trazegnies (1998: 277 y ss.).

según el estado de conocimientos técnicos y científicos al momento de la introducción al mercado del producto o servicio constituye un riesgo de desarrollo.

Enseñan Coderch y Solé Feliú[11] que «[…] en el caso de defectos de *fabricación* resulta exonerado el fabricante si demuestra que el estado de los conocimientos no le permitía descubrirlo en el momento relevante; en el de defectos de *diseño*, si igualmente muestra que no le era entonces posible escoger una alternativa más segura; y en el de *falta de advertencias o instrucciones* suficientes, si prueba que tampoco le resultaba posible realizarlas pues el estado de los conocimientos no permitía identificar el riesgo en cuestión».

Sin embargo, cierta doctrina, citada por los profesores españoles, entiende que solo pueden ser considerados riesgos de desarrollo los defectos de fabricación o de diseño, mas nunca en el supuesto de defectos en las instrucciones o advertencias.

b) El defecto no era cognoscible

La imposibilidad de conocimiento del defecto es de carácter objetivo y se mide según el estado de los conocimientos en un momento determinado; por ello, «[…] es irrelevante que uno o varios fabricantes no hayan reconocido el defecto si el estado de la ciencia y de la técnica muestra que eran detectables»[12].

Para juzgar si el riesgo podía ser conocido por el productor o prestador, se recurre a cotejar el estado de los conocimientos científicos y técnicos (*el estado del arte*, en la fórmula anglosajona) al momento de la introducción del producto o la prestación del servicio defectuoso. Si el estado del arte no hacía previsible que el producto fuera defectuoso, estaremos en presencia de un riesgo de desarrollo.

A tal fin, destaca Pizarro, no deben considerarse solo los conocimientos aceptados de manera unánime o mayoritaria, sino también los minoritarios, aun cuando puedan aparecer como revolucionarios, siempre que tengan carácter científico, y las conjeturas fundadas que forman parte de elementos de un programa de investigación[13]. En presencia de esta información, no puede alegarse riesgo de desarrollo como eximente de responsabilidad.

c) La valoración de cognoscibilidad debe realizarse según el estado del arte al momento de la puesta en circulación

La imposibilidad de conocimiento del defecto debe ser valorada según el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la introducción del producto.

---

[11] Coderch y Solé Feliu (1999).

[12] Pizarro (2006: 392).

[13] Pizarro (2006: 392).

La puesta en circulación del producto o el tiempo de la prestación del servicio son los momentos a considerar para analizar la imposibilidad de conocimiento[14].

3. El riesgo de desarrollo como eximente de responsabilidad

La atribución de los riesgos de desarrollo al proveedor de bienes o servicios es materia harto controvertida. La cuestión es planteada por Pizarro: «¿Debe el proveedor profesional responder por los daños en tales circunstancias? ¿Debe asumir las consecuencias de dicho riesgo de desarrollo? ¿O, por el contrario, puede dicha situación ser considerada como circunstancia eximente?[15].

3.1 La cuestión en la legislación comparada

a) Unión Europea

En la actual Unión Europea, el 25 de julio de 1985 se aprobó la Directiva 85/374/CEE del Consejo, que se ocupa de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, disponiendo que en un plazo de tres años adecuen sus legislaciones internas a lo dispuesto en la mencionada directiva. El proceso de gestación de la norma fue muy dilatado, de casi una década; comenzó con una consulta del Consejo al Comité Económico y Social en octubre de 1976, este presentó un informe en julio de 1978 y luego hubo una Resolución del Parlamento europeo, en abril de 1979, que invitaba a la Comisión a hacer suyas las propuestas contenidas en ese informe.

Dos problemas motivaron discusiones especiales y prolongadas: uno, la posibilidad de que se estableciesen límites máximos a la responsabilidad económica del productor; y otro, el tema de nuestro estudio, es decir, la posibilidad de admitir como eximente de responsabilidad los «riesgos de desarrollo» o *development risks*, aspectos sobre los que habían formulado reservas Dinamarca y el Reino Unido[16], razón por la cual, aunque ya en mayo de 1985 había consenso, la directiva no se aprobó hasta el 25 de julio, y fue notificada a los Estados miembros el 30 de ese mismo mes. Se estableció un plazo de tres años para que la legislación interna

[14] La alternativa es considerar el estado del arte al momento del juicio, como lo hacen ciertas jurisdicciones estadounidenses, mas este criterio haría irrelevante el análisis de la cuestión.

[15] Pizarro (2006: 392).

[16] Véase Mullerat (1995: 17).

se adecuase a la directiva[17], pero se admitió que en los dos puntos mencionados cada Estado pudiese adoptar la solución que creyese más conveniente.

La cuestión de los riesgos de desarrollo se trata en el artículo 7, literal e: «Artículo 7. En aplicación de la presente directiva, el productor no será responsable si prueba: […] e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto […]».

Sin embargo, y en consonancia con lo que hemos expresado, el artículo 15, literal b, previó la posibilidad de que los Estados miembros se apartasen de la directiva en la solución que adoptaran en sus legislaciones internas sobre responsabilidad por los riesgos de desarrollo[18], así como una posible revisión a los diez años de la vigencia de la directiva, lo que denota el carácter discutible del tema, como bien lo manifiesta el profesor francés Chabas al analizar lo que entonces era el «proyecto» de su país[19].

Según dan cuenta Pizarro[20] y Mullerat[21], la mayoría de los países europeos han aceptado la eximente[22], en tanto que algunos (Finlandia, Luxemburgo y Noruega) la han rechazado. Otros, en lo que Pizarro denomina *posiciones intermedias*[23], excluyen la invocación del riesgo de desarrollo como eximente en determinados ámbitos, como sucede en la ley española, donde no existe posibilidad de exención cuando se trata de alimentos o medicamentos, como veremos más adelante; y en la ley alemana, que no admite el eximente en relación con los medicamentos[24].

---

[17] Solamente tres Estados, los de Inglaterra, Italia y Grecia, cumplieron con el plazo fijado.

[18] «Artículo 15: Cada Estado miembro podrá: […] b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto».

[19] Chabas (1990: D-43 y ss.). Nos dice allí: «Llegamos ahora a una causal de exoneración muy discutible. Se trata del famoso riesgo de desarrollo: la Directiva a este respecto deja libertad controlada a los legisladores nacionales» (46).

[20] Pizarro (2006: 395), por ejemplo.

[21] Véase Mullerat (1995: 20-21).

[22] Alemania, Bélgica, Dinamarca, España (con la salvedad que luego efectuaremos), Francia, Suiza, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Austria y Reino Unido. Datos tomados del trabajo de Mullerat (1995).

[23] Véase en sentido coincidente Prieto Molinero (2005: 439 y ss., en especial 465). Es un trabajo interesante por su desarrollo de los argumentos favorables y contrarios a admitir la exoneración por riesgos de desarrollo, y por la solución que propone.

[24] En el legislador alemán pesó mucho lo sucedido con la talidomida, lo que llevó a establecer en la ley de los medicamentos que no se admitía la exoneración por riesgos de desarrollo.

Repasaremos a continuación la legislación de España, Italia y Francia, por su proximidad cultural con la Argentina, nuestro país, aunque acá el tema no es tratado en la legislación, lo que motiva profundos debates sobre su aceptación como eximente. Veremos también el caso de Estados Unidos.

b) España

La Constitución española de 1978, en su artículo 51, se ocupa de la defensa de consumidores y usuarios, pero no llega a explicitar la responsabilidad del productor por los daños que puedan ocasionar los productos que ha elaborado[25], silencio suplido por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios del 19 de julio de 1984, anterior, pues, a la directiva comunitaria, aunque sin duda el legislador conocía el estado en que se encontraba el proyecto de directiva, que en muchos puntos le sirvió de antecedente.

Dicha ley se ocupa de la responsabilidad del productor en el capítulo VIII[26]. Entre las circunstancias eximentes de responsabilidad contenidas en los artículos 25 y 26 de la ley están los daños producidos por caso fortuito, es decir, aquellos que el productor no ha podido prever; la doctrina estima que esta eximente comprende los «riesgos de desarrollo», lo que ha llevado a decir, ya en el marco de esa primera ley, que «El límite de la previsibilidad implica la exención de responsabilidad del productor respecto de aquellos daños que, en el momento de la puesta en el mercado del producto, no hubieran podido ser previstos de acuerdo con el nivel de conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento»[27].

Sin embargo, en esta primera ley española de defensa del consumidor encontramos una previsión que consagra la responsabilidad objetiva del productor, enumerando una serie de productos en los que no se permite exoneración de responsabilidad por los riesgos de desarrollo[28]. Nos referimos al inciso 2 del artículo 28[29].

Aprobada la directiva de la Comunidad Económica Europea, España sanciona una nueva ley que, siguiendo en alguna medida la interpretación doctrinaria de la anterior, la sitúa entre los países que han aceptado la eximente de los riesgos

---

[25] Véase Díaz de Lezcano Sevillano (1990: 773 y ss.).

[26] Díaz de Lezcano Sevillano (1990: 739).

[27] Díaz de Lezcano Sevillano (1990: 763).

[28] Véase Mullerat (1995: 15).

[29] «Artículo 28 (Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, 1984). […] 2. En todo caso se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños».

de desarrollo; aunque ahora, tomando como antecedente la anterior Ley General del Consumo, excluye esta eximente cuando se trata de alimentos y drogas para consumo humano, lo que, como expresa Mullerat, «[…] constituye una postura original de la legislación española»[30].

En resumen, la ley 22/1994, del 6 de julio, es la que trata actualmente de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos[31] y *dispone:*

> Artículo 6. Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: …e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia de defecto… 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo.

c) Italia

La responsabilidad civil del productor por daños causados por defectos del producto fue regulada en Italia por la ley 224, del 24 de mayo de 1988.

La ley transpuso la directiva europea y puso fin a la disputa doctrinaria y jurisprudencial acerca del alcance y emplazamiento de la responsabilidad del productor, que transitó en ese país los mismos caminos que en la mayoría: de la responsabilidad contractual a la extracontractual, y de los criterios de imputación subjetivos a los objetivos.

El artículo 6 de la ley excluye de responsabilidad «e) Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en que el productor ha puesto en circulación el producto, no permitía todavía considerar el producto como defectuoso»[32].

d) Francia

Este país fue el último en adaptar su legislación interna a la directiva de la CEE[33], mediante la ley 98-398, publicada en el Boletín Oficial el 19 de mayo de 1998,

---

[30] Mullerat (1995: 21).

[31] Boletín Oficial del Estado, número 161, 7 de julio de 1994. <http://civil.udg.es>. Consulta: 26 de diciembre de 2006.

[32] El texto es el transcrito en Visintini (1999: 424 y ss.). La norma de la ley, en su idioma original, dice: «6. Esclusione della responsabilità. 1. La responsabilità è esclusa: […] e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva incora di considerare il prodotto come difettoso […]».

[33] Lo hizo con diez años de retraso, pues el plazo fijado por la directiva vencía en 1988.

que agrega a continuación del artículo 1386 del Código Civil un título IV bis, con dieciocho artículos que llevan la numeración 1386-1 a 1386-18.

En relación con el tema que nos ocupa, en el artículo 1386-11, inciso 4, se contempla la eximente por los riesgos de desarrollo para el caso en que «[…] el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, no permitía advertir la existencia del defecto»[34].

A continuación, en el artículo 1386-12, se contemplaban dos casos en los cuales el productor no podía invocar las causales de exoneración previstas en el inciso 4 del artículo anterior[35]; pero la segunda de ellas, vinculada precisamente con el riesgo de desarrollo, ha sido suprimida por la ley 1343 del año 2004, de manera que en ese caso se podría continuar invocando como causal de exoneración el riesgo de desarrollo.

e) Estados Unidos

El tema también se debate en este país. Dable es recordar que buena parte de los desarrollos en temas de responsabilidad por productos se generaron en este país. El riesgo de desarrollo se articula aquí a través de la defensa de *state of the art*, consistente en que «[…] el demandado ofrezca pruebas del cumplimiento con los estándares de la industria que forma parte»[36].

En general no se admite la eximente, aunque algunos estados atribuyen al supuesto una presunción de que no existe defecto en el producto, la que puede ser refutada por el demandante, mas tiene «un gran peso» en su contra[37].

3.2 Los fundamentos para la admisión o rechazo de la defensa de riesgo de desarrollo

Ante la ausencia de una definición legal sobre la procedencia de la excepción de riesgo de desarrollo, en el plano jurídico es necesario analizar la cuestión desde

---

[34] Artículo 1386-11: «Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve: […] 4 Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut […]».

[35] Artículo 1386-12: «Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4 de l'article 1386-11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

»Le producteur ne peut invoquer les causes d'exonération prévues aux 4 et 5 de l'article 1386-11 si, en présence d'un défaut qui s'est révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables».

[36] Ovalle Piedra (2001: 129).

[37] Ovalle Piedra (2001: 129).

la teoría general de la responsabilidad civil y las normas particulares aplicables a la responsabilidad por productos. La elaboración doctrinaria viene teñida por criterios axiológicos y económicos que se invocan como fundamentos tanto para la tesis que admite la excepción como para aquella que la rechaza. Repasaremos los argumentos desarrollados, válidos incluso en aquellos países que han definido legislativamente la cuestión:

a) Para justificar la admisión del riesgo de desarrollo como eximente, se postula que es un riesgo imprevisible y atípico: «Al faltar la previsibilidad estadística, el fabricante no puede gestionar y distribuir el riesgo entre los adquirentes del producto»[38].

Desde lo dogmático, al ser una consecuencia imprevisible no es imputable al autor, pues este no responde por el hecho fortuito y los defectos no previsibles encuadran en dicho concepto.

En las mentadas XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Agoglia, Meza y Boragina utilizaron este argumento al pronunciarse a favor de la admisión del riesgo de desarrollo como eximente[39].

A este fundamento dogmático se ha respondido con diferentes razones. Larroumet señala que «[…] la asimilación del riesgo de desarrollo a una causa extraña no es convincente pues lo propio de una causa extraña es destruir el nexo de causalidad entre un hecho que se supone dañoso y el acaecimiento del daño. En otras palabras, la prueba de la causa extraña tiene por efecto demostrar que el hecho que uno podría pensar ha provocado un daño, no es en realidad la causa de ese daño. No es ese el efecto de la demostración del riesgo de desarrollo»[40].

Desde otro lugar se responde que en realidad el riesgo es previsible, aunque no lo sean sus consecuencias («Lo que, en nuestra opinión, debe ser previsible es

---

[38] Carnevali (1979), citado por Cavanillas Mugica (1985: 188).

[39] María Martha Agoglia, Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza, en su ponencia a la XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, expresan:

Dentro del actual sistema de responsabilidad del Cód. Civil, cuando la nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica responde frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspira contra la posibilidad de considerarlos autores jurídicos del mismo (artículos 514, 901, 903, 904 y 906 CC). El riesgo de desarrollo aparece, de este modo, como una situación fortuita conforme los principios que gobiernan la causalidad adecuada. Desde luego que no podrá ser merituado como imprevisible el daño que sobrevenga como consecuencia de una aptitud nociva que revele que la investigación del producto fue insuficiente o inadecuada según las normas científicas y técnicas propias de la época de puesta en el comercio, o que no se agotaron los pasos previos exigidos por la *comunis* opinión científica contemporánea a su lanzamiento al mercado (arg. artículo 513 CC) (*Jurisprudencia Argentina* 1995, volumen IV, p. 758).

[40] Larroumet (2000: 85).

la existencia de un riesgo, no su dimensión»[41]) y que el riesgo de desarrollo no puede ser considerado caso fortuito, pues para que este opere como eximente debe ser externo a la cosa que produce el daño, en tanto en este supuesto el *casus* es intrínseco al riesgo empresario[42].

Para fundar la eximente, con fundamento económico y en este mismo plano de análisis, se dice que sería ineficiente cargar al productor con estos riesgos, pues al ser imprevisibles no existen métodos correctos de su distribución.

Lorenzetti, en su ponencia a las mismas jornadas, con un análisis desde la eficiencia del sistema de reparación de daños, estima que siendo riesgos inevitables deben ser soportados por la seguridad social —como sistema complementario de la responsabilidad—: «Son riesgos que no pueden ser difundidos por la empresa», concluye[43].

b) Para admitir la defensa se manifiesta que es un riesgo inasegurable, al ser no cognoscibles las consecuencias del desarrollo del posible defecto. Esta circunstancia impediría la difusión del daño a través del mecanismo más eficiente, el seguro. Es ineficiente que, en supuestos como el que estudiamos, el empresario cargue con los costos del riesgo, pues en definitiva se trasladarán a los precios.

Sin embargo, según da cuenta Cavanillas Mugica[44], citando en su apoyo un informe de la Comisión Europea de Aseguradores, los riesgos de desarrollo son asegurables.

c) Como argumento para la admisión se dice que no puede considerarse que haya defecto, pues el defecto no es solo una condición del producto sino que requiere conocimiento por parte del productor.

Este argumento lleva la cuestión al plano de la definición de «producto defectuoso», negando que un defecto no previsible califique al producto de tal manera.

Como respuesta se dice que no puede definirse el defecto desde la posición del productor, sino que debe hacerse desde el lugar del consumidor: «[…] es defecto aquello que el consumidor no asume, implícitamente, al utilizar un determinado producto»[45].

d) Se expresa que la responsabilidad por este tipo de riesgo carece de todo valor preventivo, pues el vicio está en el nivel alcanzado por la ciencia y no en el empresario.

---

41 Cavanillas Mugica (1985: 190).

42 Pizarro (2006: 399).

43 En este sentido, y con sentido crítico a la posición que carga al productor con los riesgos de desarrollo, véanse Priest y Schwartz, ambos en Rosenkrantz (2005).

44 Cavanillas Mugica (1985: 190).

45 Cavanillas Mugica (1985: 191).

Cavanillas Mugica entiende, por el contrario, que la función preventiva se enriquece si se incluyen los riesgos de desarrollo, pues además de exigirse a las empresas que se mantengan actualizadas con los últimos desarrollos de sus productos, deberían participar en la superación de los mismos[46].

e) Se invoca a favor de la defensa que se desmotivaría la investigación científica; y en relación específica con los medicamentos, se impediría la puesta en el comercio de productos para los cuales no habría sustitutivos y se encarecería su precio[47].

Se replica que, por el contrario, atribuir al productor los riesgos de desarrollo resulta un estímulo para la puesta al día y superación de los conocimientos de la ciencia y de la técnica[48].

3.3 Los riesgos de desarrollo en las jornadas científicas argentinas

a) VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981)

En estas Jornadas, realizadas en la Universidad de La Plata los días 2 a 5 de septiembre de 1981, en homenaje a Augusto Mario Morello, se incluyó como tema la «Responsabilidad civil por los productos elaborados»[49].

Entre los temas considerados estuvo la incidencia del progreso científico cuando se trata de analizar si el productor puede fundarse en él como causal de exoneración de responsabilidad[50]; no hubo despacho mayoritario, por lo cual se redactaron dos: uno, elaborado sobre la base de la ponencia de Ferreira Rubio y Moisset de Espanés, y suscrito además por Compagnucci de Caso, Louzan de Solimano, Rodríguez, Virgili, Jauje, Ghersi y Pardo, expresó que «[…] la existencia del defecto de fabricación deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de puesta en el comercio y no según los avances científicos desarrollados al tiempo del juzgamiento»; el otro despacho, elaborado sobre la ponencia presentada por Kemelmajer de Carlucci y Parellada, y con adhesión de Goldenberg, Zago, Billordo, Videla Escalada, Díaz y Stodart, sostuvo que «[…] no es caso fortuito extraño a la empresa la *comunis opinio* científica sobre la inocuidad del producto si posteriores conocimientos prueban su dañosidad»[51].

---

[46] Cavanillas Mugica (1985: 191).

[47] Cavanillas Mugica (1985: 189).

[48] Trigo Represas y López Mesa (2004, tomo III: 508).

[49] En Goldenberg (1982: 746 y ss.) se analiza de forma pormenorizada el tratamiento que se dio a ese tema en las mencionadas jornadas.

[50] Véase Goldenberg (1982: 750).

[51] Goldenberg afirma que al inclinarse por esta posición tuvo en mente «[…] los estragos que causó una droga fabricada en Alemania en mujeres embarazadas y que provocara una serie de

b) IV Jornadas Rioplantenses de Derecho (Punta del Este, 1986)

La Comisión 1, que estudió la responsabilidad civil por productos elaborados, expidió un despacho dividido. La posición mayoritaria expresó que «[…] el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al consumo» (A. Alterini, Gamarra, Goldenberg, Kemelmajer de Carlucci, Bueres, Bengio, López Cabana, Monti, Gosende, Codeglia, Taiah, Yannaduoni, Cobas, Zago, Gesualdi, Castellanos, Lezana, Taraborrelli, Cialdella, López Bohigas, Paladino, Fernández Fornigo, Pezzatti Pérez); el despacho minoritario consideró que «[…] el elaborador no asume el riesgo del proceso científico posterior al lanzamiento del producto» (Piaggio, Bianchi, Esteguy, Cerowsky, Gosende y Compagnucci de Caso)[52].

c) I Jornadas sobre responsabilidad por productos farmacéuticos y medicinales (Morón, 1987)

Se resolvió que «[…] no configura caso fortuito extraño a la actividad, el denominado riesgo de desarrollo» (Comisión 1, V).

d) Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989)

El despacho, elaborado por la comisión redactora en la que participaron Lorenzetti, Messina de Estrella Gutiérrez, Andorno, Alterini, Mosset Iturraspe, Bueres, Stiglitz, Lombardi, Constantino, Giménez, Capua, Vigo, Cuasnicu, Fernández Leieu, Highton de Nolasco, aprobó por mayoría la siguiente recomendación:

> En los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad. El profesional de la salud será responsable cuando la nocividad del medicamento prescripto era conocida o cognoscible, e igualmente lo indicó.

Lombardi y Lorenzetti manifestaron su disidencia con el despacho.

---

nacimientos de criaturas con deformidades, a punto tal que fue creada en ese país una fundación con la finalidad específica de atender esas dolorosas secuencias» (1982: 751).

[52] Véase Goldenberg y López Cabana (1990: 917).

3.4 Estado actual en la doctrina argentina

La principal doctrina que aborda el tema en la Argentina se ha mostrado contraria a la admisión de la defensa de riesgos de desarrollo. Así, Pizarro, Sozzo, Tallone, Zavala de González[53], con diversos argumentos —similares a los desarrollados— se muestran partidarios de que los riesgos de desarrollo sean afrontados por el productor.

Sin embargo, es de recalcar que la disputa doctrinal no ha tenido reflejo en los repertorios jurisprudenciales, en los cuales no se encuentran antecedentes en los que se hayan aplicado los conceptos estudiados.

4. Nuestra posición

La admisibilidad de los riesgos de desarrollo como eximente de responsabilidad en daños por productos es un tema que debe ser resuelto legislativamente, como lo han hecho los países europeos, terminando de tal modo con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales[54]. Sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de confrontaciones acerca de la justicia o injusticia de las soluciones y sus posibles modificaciones.

En países como la Argentina, donde no existe decisión legal sobre el tema, la cuestión es ardua, toda vez que los argumentos jurídicos —y extrajurídicos— para sustentar una u otra posición son fuertes y de peso.

El principal obstáculo para achacar la responsabilidad al productor por los riesgos desconocidos es el régimen de consecuencias atribuibles en nuestro sistema de responsabilidad. El sindicado como responsable solo responde por las consecuencias objetivamente previsibles (artículos 901 y siguientes del Código Civil argentino). La nocividad de un producto que no pudo ser prevista al momento de su puesta en el mercado es, en forma notoria, imprevisible; y por ello, una consecuencia no imputable al autor. Sin perjuicio de los argumentos que se esgrimen para salvar este obstáculo[55], en el sistema de responsabilidad argentino vigente es realmente difícil obviar este dato legislativo.

---

[53] Pizarro (2006); Sozzo (2006: 73); Tallone (2006); Zavala De González (1999: 617).

[54] Cf. Luis Díez-Picazo y Ponce De León (1999: 154): «En rigor el tema de los denominados riesgos de desarrollo no puede resolverse con criterios de técnica jurídica y exige decisiones políticas».

[55] Expresa Federico Carlos Tallone (2006) que «[…] la fuerza mayor consiste, según la doctrina dominante, en un acontecimiento que tiene lugar *ex post facto,* que es de naturaleza externa y que, por lo tanto, ocurre más allá de la esfera de control del afectado. Se trata de «acontecimientos ajenos al responsable», en el sentido de que quedan fuera de su ámbito de control. En cambio, los riesgos de desarrollo se refieren a un producto originariamente defectuoso, es decir a uno que ya lo era al momento de su comercialización. Aquí el acontecimiento es histórico e interno, tiene lugar dentro

Por ello, para fundar la responsabilidad del fabricante se debe en estos casos saltar la cuestión de la causalidad y fundarla en cuestiones de justicia, como lo propone Zavala de González:

> Paradójicamente, se trata de una hipótesis en que hay causalidad según las ciencias naturales [se descubre una efectiva relación etiológica entre las características del producto y el perjuicio que ocasiona] pero no jurídicamente, porque ello no era dilucidable coetáneamente con la actividad. Los daños resultan, entonces, consecuencias casuales, por ser radicalmente imprevisibles e insuperables cuando se concreta el hecho fuente […] Por tanto, estimamos que la responsabilidad tiene que fundarse en reglas distintas de las tradicionales y surge *sin causalidad* en sentido jurídico […]

La prestigiosa autora cordobesa concluye que debe decidirse sobre la base de los intereses que se estiman preponderantes y, a su entender, *el principio de riesgo provecho justifica que se responsabilice a los empresas en la medida de su participación en el mercado*[56]. Compartimos la preocupación de los juristas mencionados por tratar de arribar a una solución de completa protección a los consumidores de productos o servicios; mas, ante un sistema de responsabilidad civil que funda la atribución de consecuencias en su previsibilidad, creemos que resulta altamente controvertible una decisión que ponga en cabeza del productor los daños causados por riesgos de desarrollo.

Solo nos resta abogar por que el legislador argentino se aboque a su tarea, abordando el problema y brindando una solución acorde a la política legislativa que se determine.

Como propuesta, Márquez se inclina a que los riesgos de desarrollo sean puestos en cabeza del productor o prestador del servicio, pues de esta manera se cumplirá con el imperativo constitucional de la protección plena de la salud y los bienes de los consumidores; Moisset de Espanés opina, mientras tanto, que en los casos de desgracias absolutamente imprevisibles el Estado debería articular un sistema de seguridad social que permitiese asistir a las víctimas cuando no pudiese atribuirse el deber de resarcir a un individuo determinado, como sucede en Canadá o Nueva Zelanda[57].

---

de la esfera de influencia del fabricante […]». Creemos, sin embargo, que esta argumentación confunde el origen del daño (que no es causado por un hecho extraño), con las consecuencias indemnizables (las que son imprevisibles).

[56] Zavala de González (1999: 618 y ss.).

[57] Véase en sentido coincidente la posición adoptada por Prieto Molinero (2005: 481-483 especialmente).

Bibliografía

Carnevali, Ugo
1979 *La responsabilitá del produttore*. Milán: Giuffrè.

Cavanillas Mugica, Santiago
1985 *Responsabilidad y protección del consumidor*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balears.

Chabas, François
1990 «La responsabilidad civil por los productos elaborados». *Colección Jurídica Zeus*. Tomo 53, pp. D43-D47.

De Trazegnies, Fernando
1998 *La responsabilidad extracontractual.* Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio
1990 «La responsabilidad del productor: referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación». *Anuario de Derecho Civil*. Buenos Aires, volumen 43, número 3, pp. 737-792.

Diez-Picazo y Ponce De León, Luis
1999 *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Goldenberg, Isidoro H.
1982 *Jurisprudencia Argentina.* Buenos Aires, volumen I, pp. 746 y ss.

Goldenberg, Isidoro H. y Roberto M. López Cabana
1990 «Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos». *Jurisprudencia Argentina.* Buenos Aires, volumen I, pp. 917 y ss.

Larroumet, Christian
2000 «La noción de riesgo de desarrollo. Riesgo del Siglo XXI». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, número 81, p. 85.

Mullerat, Ramón
1995 «La responsabilidad civil de productos en derecho español». *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, volumen 94, número 1, pp. 9-34.

Ovalle Piedra, Julieta
2001 *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pizarro, Ramón Daniel

2006 *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley,

Priest, George L.

2005 «La invención de la responsabilidad de la empresa. Una historia crítica de los fundamentos intelectuales del derecho moderno de la responsabilidad extracontractual». En Rosenkrantz, Carlos R. (compilador). *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.

Prieto Molinero, Ramiro

2005 «El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374 CED: Política legislativa versus política a secas». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, tercera época, número 3, pp. 439 y ss.

Rosenkrantz Carlos R. (compilador)

2005 *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.

Salvador Coderch, Pablo

1999 Prólogo. En Pablo Salvador Coderch y Josep Solé Feliu. *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*. Madrid: Marcial Pons.

Salvador Coderch, Pablo; José Piñeiro Salguero y Antoni Rubi Puig

2003 *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho* (Law enforcement). Documento de trabajo 164. Barcelona: Indret. Consulta: febrero de 2009. <http://www.indret.com/pdf/164_es.pdf>.

Schwartz, Alan

2005 «Una propuesta de reforma del régimen de la responsabilidad por productos elaborados: una síntesis teórica". En Rosenkrantz, Carlos R. (compilador). *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.

Sozzo, Gonzalo

2006 «Riesgos de desarrollo y sistema de derecho de daños (hacia un derecho de daños pluralista)». *Revista de Derecho de Daños.* Buenos Aires, número 2.

Tallone, Federico Carlos

2006 «Los riesgos del desarrollo como eximente del fabricante en la responsabilidad civil por productos». *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, número 2.

Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa

2004 *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.

Visintini, Giovanna
1999 *Tratado de la responsabilidad civil*. Dos tomos. Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea.

Zannoni, Eduardo A.
1984 «Responsabilidad por productos elaborados», en *Seguros y Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, número 5, pp. 241 y ss.

Zavala de González, Matilde
1999 *Resarcimiento de daños.* Tomo 4. Buenos Aires: Hammurabi.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DE ACTOS CONTRARIOS A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA: TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CALIFICACIÓN PREVIA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

*Jorge Santistevan de Noriega**

Introducción

La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de reparar, por sí mismo o por medio de otra, los daños causados a un tercero, ya sea por un acto propio o ajeno, por el efecto de los bienes inanimados (riesgosos o peligrosos) o de los animales. A su vez, el daño producido puede ser causado por una conducta contraria al deber jurídico de no dañar a nadie, al de cumplir con las obligaciones voluntarias, al derecho a las buenas costumbres, o por un riesgo creado mediante una actividad peligrosa o riesgosa.

Por esto, Díez-Picazo y Gullón han afirmado que «[…] la responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido»[1].

Podemos afirmar, pues, que la responsabilidad civil genera una situación de ventaja y atribución para el sujeto que sufre el daño, y una situación de desventaja y sujeción para el sujeto que causa el daño. Ello debido a que tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad civil tiene como función represiva la reparación del daño, en el entendido de que la reparación constituye un castigo al autor por el daño producido.

---

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio fundador del estudio Santistevan de Noriega & Asociados.

[1] Véase Díez-Picazo y Gullón (1994, volumen II: 591).

Esta óptica de la función de la responsabilidad civil ha sido revalorada por la doctrina[2] teniendo en cuenta el desarrollo del análisis económico en el sistema de responsabilidad del *Common Law*. En tal sentido se señala que, desde una perspectiva *diádica* o *microsistémica*, la responsabilidad civil cumplirá básicamente una triple función: a) satisfactoria; b) de equivalencia; y c) distributiva. Desde una perspectiva sistémica o macroeconómica, la responsabilidad cumplirá básicamente dos funciones esenciales: a) una función de incentivación o desincentivación de actividades dañosas o riesgosas; y b) una función preventiva.

Esta evolución de las funciones de la responsabilidad civil se representa en sus dos campos de aplicación; es decir, en las llamadas *responsabilidad contractual* y *extracontractual* o *aquiliana*. Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que la responsabilidad civil se divide en dos grandes áreas: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La terminología invita pronto a suponer al contrato como criterio distintivo.

Así, mientras que la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito que es contenido de una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionante y el acreedor lesionado, la responsabilidad extracontractual es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro sin que medie un vínculo obligacional.

Afirmamos lo anterior pues hay que reparar en que la utilización del contrato como criterio distintivo de la responsabilidad civil no ha sido adoptado por nuestro Código Civil, que utiliza un criterio de distinción diferente: la obligación. En tal sentido, en la terminología de nuestro Código Civil cabe hablar de «responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones», y no de responsabilidad contractual. En otros términos, el «lenguaje» propio de la responsabilidad contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la extracontractual, un lenguaje de «responsabilidad», sino de incumplimiento de obligaciones.

A consideración de Scognamiglio, dichos criterios distintivos no son excluyentes sino concurrentes. Ello debido a que la llamada *responsabilidad contractual* «[…] conexa con las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar una prestación determinada, con la consiguiente sujeción a efectos desfavorables en caso de incumplimiento»[3].

La responsabilidad extracontractual constituye una figura clásica del derecho civil, consagrada en nuestro Código en el artículo 1969 y siguientes. Es tan importante esta institución del derecho que incluso en un país como el Perú, de

[2] Véase Fernández Cruz (2001: 32-33).

[3] Véase Scognamiglio (2001: 54).

escasa producción jurídica, ha sido tratada con prolijidad por diversos autores, entre los que destaca el trabajo pionero de Fernando de Trazegnies Granda[4]. No es el único, sin embargo, pues han añadido su contribución jurídica —sin pretender nombrar a todos— Fernando Vidal Ramírez[5], Leysser L. León[6], Gastón Fernández Cruz[7], el propio de Trazegnies,[8] Juan Espinoza Espinoza[9] y Lizardo Taboada Córdova[10].

A pesar de ello, no todo está dicho sobre la materia. Nuevas instituciones del derecho constitucional económico y leyes especiales sobre libre competencia han ido creando, a juicio de quien escribe el presente artículo, una configuración especial dentro del género responsabilidad extracontractual: la que emana de actos contrarios a la libre competencia. Esta es objeto de tratamiento en leyes especiales que, por una parte, modifican la estructura atípica de la figura de la responsabilidad aquiliana consagrada en el Código Civil; y por otra, exigen una calificación previa de la conducta antijurídica por parte de la administración especializada, a partir de la cual se desencadena la responsabilidad resarcitoria que en definitiva será resuelta por el juez.

El presente trabajo, elaborado especialmente para este libro en homenaje a Fernando de Trazegnies, presenta algunos elementos que contribuyen a desentrañar la especie (responsabilidad civil derivada de los actos contrarios a la libre competencia), haciendo hincapié en dos aspectos: a) la tipicidad de las conductas contrarias a las normas de libre competencia, generadoras de daños resarcibles; y b) el requisito procesal de la calificación previa de dicha conducta establecido en leyes especiales.

1. Necesaria referencia a la figura atípica de responsabilidad extracontractual en el artículo 1969 del Código Civil

La responsabilidad, como consecuencia de un acto humano, se traduce en la obligación de indemnizar el daño que dicho acto podría ocasionar. En palabras de Fernando Vidal Ramírez, «El daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil»[11].

---

4 Véase de Trazegnies Granda (2001: 19-74).

5 Véase Vidal Ramírez (2006: 203-213).

6 Véase León (2004).

7 Véase Fernández Cruz (2005: 19 y ss.).

8 Véase de Trazegnies (2006a: 424, nota 3; 2006b: 427-450).

9 Véase Espinoza Espinoza (2002; 2006: 449-517).

10 Véase Taboada Córdova (2005).

11 Véase Vidal Ramírez (2006: 201-213).

En este sentido, para nosotros, junto con Lizardo Taboada: «[…] la formula más exacta nos parece aquella que define al daño jurídicamente indemnizable como lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial».[12]

Así, la responsabilidad civil constituye un mecanismo de tutela jurídica resarcitoria que nace como consecuencia de un hecho jurídico ilícito, sea de origen obligacional y contractual o extracontractual. Es evidente que la responsabilidad civil en sus dos modalidades busca la tutela de situaciones jurídicas de desventaja, producidas por la lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico.

Para la mayoría de los autores, la responsabilidad contractual se diferencia de la extracontractual porque la primera nace del incumplimiento de una obligación[13], mientras que la segunda de un ilícito civil[14].

En opinión de Ricardo Luis Lorenzetti, la causa fuente de la obligación a cargo del deudor y el grado de culpabilidad de su conducta son los criterios que sirven para articular tales ámbitos:

> En primer lugar, se señala una responsabilidad contractual separada totalmente de la extracontractual. La razón fundamental es la causa de la obligación del deudor (delito-cuasidelito-contrato-cuasicontrato), no la del acreedor.
>
> En segundo lugar, la separación entre un régimen cuasidelictual y delictual responde a un criterio de reprochabilidad de la conducta del deudor. No puede ser castigado igual quien incurre en dolo que quien lo hace culposamente[15].

No obstante, sea que la responsabilidad civil tenga su origen en una obligación o en un ilícito civil, lo que interesa es rescatar la consecuencia que produce determinada actuación de la persona; es decir, el daño que dará origen a la atribución de la referida responsabilidad. Así, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño causado; esto, entendiendo, con las enseñanzas de Guido Alpa, que «El daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias: desde el punto de vista civilista no es necesario distinguir el evento de sus consecuencias; de por sí el evento podría no parecer

---

[12] Véase Taboada Córdova (2005: 62).

[13] Artículo 1218 del Código Civil.

[14] En el Perú, Fernández Cruz señala en particular que el Código de 1984, por acoger la regulación de la responsabilidad extracontractual en el Libro VII del Código Civil relativo a las fuentes de las obligaciones justamente con ese nombre y no con el término *hecho ilícito*, ha abandonado esta última categoría de la responsabilidad aquiliana, intención que a su juicio se ve corroborada por las modificaciones introducidas a los artículos 309 y 458 del Código Civil por la primera disposición transitoria del Texto Único Ordenado del decreto legislativo 768 y por la ley 27184, que eliminaron los vestigios de tal referencia. Fernández Cruz (2005: 32).

[15] Véase Lorenzetti (2006: 201-213).

relevante, pero las consecuencias patrimoniales ser graves; o bien, el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias»[16].

Según Díez-Picazo y Gullón, «Para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar, en el ordenamiento jurídico, un sistema de protección o de valoración. En este caso se encuentran, sin duda, los bienes que aparecen constitucionalmente protegidos. También aquellos a los que el ordenamiento dispensa una protección penal. El círculo no se cierra definitivamente y es menester admitir que del conjunto del ordenamiento jurídico la especial protección pueda resultar»[17].

Asimismo, Fernando de Trazegnies ha señalado que

> […] los nuevos riesgos tienen una naturaleza elusiva debido a su complejidad y no permiten identificar con facilidad al culpable, si existe alguno. ¿Cómo pedirle a los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben que el piloto actuó con negligencia (aun cuando esta sea objetivamente considerada), para tener derecho a una indemnización? ¿Cómo exigir que la persona que se intoxicó con un producto defectuoso pruebe que el fabricante fue negligente o imprudente en su elaboración? En circunstancias tales, la investigación de la culpa se convertía —a pesar del objetivizante recurso a la comparación con el patrón de conducta esperada— en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía, por lo general, a que las víctimas no alcanzaran resarcimiento alguno.
>
> En el Perú, un jurista de mirada aguda denunció tempranamente las dificultades de mantener el principio de la culpa en todos los casos. Manuel Augusto Olaechea, ponente del título correspondiente del Código de 1936, decía (sin ser debidamente escuchado): «Si se examina el proceso de las ideas jurídicas, observamos una interesante evolución: la responsabilidad principia por tener en Roma un carácter netamente objetivo y poco a poco incide en el concepto de la imputabilidad: la falta, vale decir la culpa, sirve de base a la doctrina, que queda así transformada de real en subjetiva. La culpa aquilina o el cuasi delito traducen una especie de pecado jurídico[18].

Por su parte, Renato Scognamiglio considera que en la responsabilidad extracontractual «[…] el dato esencial está representado por la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del derecho; una reacción que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de resarcimiento de la totalidad del perjuicio al sujeto que incurra en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas en la ley»[19].

---

16 Véase Alpa (2001: 519).

17 Véase Díez-Picazo (1999: 297).

18 Véase de Trazegnies (1988: 47).

19 Véase Sconagmiglio (2001: 56).

Sobre la base de estas consideraciones, se puede concluir que el daño causado en la responsabilidad extracontractual no proviene del incumplimiento total o parcial de una obligación de origen contractual, sino de la lesión de un interés protegido por una norma jurídica, que se traduce en el deber jurídico genérico de no causar daño a otra persona.

No obstante, la reparación del daño no se circunscribe a este. Conforme al sistema adoptado por el Código Civil Peruano, el factor de atribución del resarcimiento es propiamente la culpa: «Afirmar que "no hay responsabilidad sin culpa", resulta lo mismo que decir que solo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos solo serán imputables a una actuación antijurídica: el proveniente de todo comportamiento humano que, de manera dañosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido»[20].

En todo caso, los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual son perfectamente conocidos y en torno a ellos la posición de la doctrina nacional es pacífica.

Tomemos el caso del autor nacional Juan Espinoza Espinoza[21], el que más ha tratado el tema de la responsabilidad aquiliana en relación con las normas de libre competencia y de defensa del consumidor. Pues bien, con este autor podemos convenir en que los elementos constitutivos son: a) la imputabilidad o capacidad de imputación; b) la ilicitud o antijuridicidad de la conducta que cause el daño a reparar; c) el factor de atribución que dice relación con los factores subjetivos (la culpa y el dolo) y la posible responsabilidad objetiva; d) el nexo causal o relación de causalidad; e) el daño causado; y f) el resarcimiento del daño patrimonial o reparación civil.

Desde la perspectiva del presente artículo interesa del segundo elemento de los mencionados: la ilicitud o antijuridicidad de la conducta generadora del daño, aunque Espinoza Espinoza preferiría llamarla «ilicitud», a lo que convendría Fernández Cruz que optaría por calificarla de «dañosa».

Creemos, sin embargo, que en esta materia hay que coincidir con Lorenzetti cuando afirma que «La doctrina actual coincide en calificar la conducta antijurídica como aquella que menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no solo a la ley […] por lo tanto quedan incluidos los actos contrarios a los principios jurídicos, las cláusulas generales e incluso los valores de rango normativo, con lo cual se expande el campo enormemente»[22].

---

[20] Véase Fernández Cruz (2005: 30).

[21] Véase Espinoza Espinoza (2002).

[22] Véase Lorenzetti (2006: 474).

En este mismo sentido, Lizardo Taboada considera que

> […] debe hablarse de dos clases de antijuricidad, una típica, esto es, específicamente prevista por la norma jurídica, bien sea expresa o tácitamente; y una atípica, vale decir, prevista genéricamente por el ordenamiento jurídico. De esta forma, se amplía acertadamente el concepto de la antijuricidad y se le proporciona al sistema de responsabilidad civil la lógica adecuada para su buen funcionamiento en la realidad social, pues ya no será necesario establecer únicamente si la conducta está prohibida expresa o tácitamente por alguna norma jurídica o un conjunto de las mismas, para poder hablar de un supuesto de responsabilidad, sino que podremos saber, a ciencia cierta, si debe haber o no responsabilidad civil extracontractual, en la medida en que se determine que se trata de una conducta prohibida genéricamente por el ordenamiento jurídico[23].

Y este elemento es particularmente importante pues el artículo 1969 de nuestro Código Civil está regido por el principio de la atipicidad, esto es, de la ausencia de una predeterminación de figuras conductuales que puedan ser las únicas admisibles para la reclamación resarcitoria por responsabilidad extracontractual[24].

A pesar de que Lorenzetti —siguiendo el trabajo de De Lorenzo y de Markesinis y Deakin en relación con los *torts* del derecho anglosajón— morigera la relevancia de la atipicidad en los siguientes términos:

> En el derecho comparado existen códigos que «tipifican» los ilícitos civiles y otros que se valen de la cláusula general de responsabilidad […] Sin embargo, en la interpretación tradicional (paradigma de la deuda) estas diferencias se diluyen en el plano de las soluciones concretas […] ya que las *alterum non laedere* (cláusulas generales) terminan, en concreto, por concretar en un sistema de ilícitos tipificados […] requiriéndose siempre una actuación contraria a una norma previa, para aplicar el sistema sancionatorio[25].

León, por su parte, en nuestro medio, es enfático al afirmar que nuestro artículo 1969 contiene una cláusula normativa general, con el siguiente análisis:

> La proposición «aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo», acaso presente en todos los códigos civiles del mundo, es una cláusula normativa general […] o sea un enunciado cuyo contenido tiene que ser establecido por los intérpretes; en cuanto tal, no contiene una enumeración precisa de los supuestos de daño en los cuales surge la responsabilidad extracontractual, sino que posterga la determinación de estos hasta el momento de la apreciación hermenéutica.

---

[23] Véase Taboada Córdova (2006: 398).

[24] Véase Espinoza Espinoza (2002: 68).

[25] Véase Lorenzetti (2006: 474-475; referencias del original, eliminadas).

> De aquí que se hable, en Francia, en Italia […], y también entre nosotros, de un régimen legal de «atipicidad» del delito […][26].

A este respecto, la doctrina italiana predica, en palabras de Giovanna Visintini:

> En cuanto a las cláusulas generales en la regulación de los hechos ilícitos, podemos dar por sentada en la doctrina civilista netamente predominante, el reconocimiento como cláusula general de la expresión "daño injusto", que se lee en el artículo 2043 Cód. Civ. […]
>
> En efecto, cuando se abandona el discurso sobre los criterios de imputación de la responsabilidad para pasar a considerar la situación de la víctima del hecho ilícito y sus exigencias de protección, se termina descubriendo una cláusula general propiamente dicha. Nos encontramos, en otras palabras, frente a una técnica legislativa que remite *in toto* a la actuación del juez, para especificar concretamente la noción normativa.
>
> Al juez no se le imparte más que una directiva, y a él le corresponde argumentar la regla de su decisión, mediante elementos ético-sociales externos al ordenamiento jurídico[27].

Guido Alpa desarrolla el tema de la siguiente manera:

> […] adicionalmente los estándares identificables son diversos en cuanto esta cláusula general está estructurada en forma compleja, comprendiendo los siguientes aspectos: a) injusticia del daño; b) intencionalidad y culpabilidad en el comportamiento; c) medida del daño resarcible. […]
>
> Los estándares corresponden aquí al espectro de los intereses cuya lesión comporta una injusticia, a los comportamientos que integran el dolo o la culpa, a las consecuencias dañinas de la lesión en la medida en que sobre la base de criterios selectivos (nexo causal, concurso de culpa del dañado) se define el área del derecho resarcible[28].

Sin embargo, el mismo autor afirma que «[…] objeto de investigación no es el estándar en cuanto a tal, sino más bien el criterio extrajurídico de valoración que el juez pone en el estándar a fin de decidir el caso concreto»[29]; lo que es precisado en nuestro medio por León en los siguientes términos:

> Por la decisiva tarea que toca desempeñar a los jueces en la deducción de soluciones a partir de las cláusulas normativas generales, una crítica que se puede formular contra esta técnica es que atenta contra la seguridad jurídica, porque la aplicación del derecho terminará librada a la arbitrariedad de la magistratura,

---

[26] Véase León (2004: 101; cita a pie de página puesta por el autor, eliminada).

[27] Véase Visintini (2002: 257).

[28] Véase Alpa (2001: 62).

[29] Véase Alpa (2001: 62).

> no precisamente caracterizada por su neutralidad ideológica o política, ante presiones del grupo de poder […].
>
> Hoy se sabe que las cláusulas normativas generales son más eficientes en los países industrializados, que cuentan con una magistratura bien formada y remunerada, aunque nada de ello garantice del todo, como es lógico, su inmunidad ante las presiones.
>
> En oposición, es aconsejable que los países en vías de desarrollo dispongan de textos normativos precisos y detallados, que, sin perjudicar la actividad hermenéutica, allanen al juez el camino para encontrar la solución a las controversias sometidas a su decisión[30].

Por ello, con Alpa,

> No se debe olvidar que el análisis de la injusticia lleva a una radical distinción de los ordenamientos: aquellos que se consideran informados por las cláusulas generales que se llaman «atípicos», y aquellos que se consideran informados de hipótesis específicamente disciplinadas que se llaman «típicos»; ya esta distinción es apodíctica y simplificante, porque hay sistemas mixtos y sistemas en los cuales, detrás de la cláusula general, se ocultan (no tan profundamente) técnicas de tipificación de las figuras jurídicas; mientras en otros, que aparentemente parecen típicos, se hace empleo de nociones que permiten ampliar las redes de la tipicidad. Pertenecerían a los sistemas atípicos los ordenamientos de derivación romanista y aquellos típicos del *Common Law* y el ordenamiento alemán[31].

En sentido similar concluye Fernández Cruz cuando postula que

> El artículo 1969 del C. C. peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativo por culpa, de igual rango que aquella regulada por el artículo 1970 del C. C. Por ende, en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual puede afirmarse un sistema bipolar.
>
> La culpa ha dejado de ser considerada el único criterio de selección de los intereses merecedores de tutela resarcitoria, cumpliendo hoy un rol diferenciado como criterio de imputación, a la par de otro objetivo, de igual rango y valor (el riesgo)[32].

A lo que Díez-Picazo aporta: «En la tradición que procede de la codificación, para que exista obligación de indemnizar un daño extracontractual no es suficiente haberlo causado. Se requiere que en el comportamiento antecedente a la producción del daño, al que este ha de imputarse objetivamente, se pueda encontrar culpa o negligencia»[33].

---

30 Véase León (2004: 101).

31 Véase Alpa (2001: 135).

32 Fernández Cruz (2005: 432).

33 Véase Díez-Picazo (1999: 351).

Por su parte, Taboada Córdova considera que:

> […] la noción de culpa exige no solo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor, pues caso contrario, por más que se acreditara el daño y la relación causal, no habría responsabilidad civil extracontractual del autor. La culpa es, pues, el fundamento del sistema subjetivo de la responsabilidad civil. […]
>
> Obviamente «culpa» en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, él animo deliberado de causar daño a la víctima. Por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo[34].

El aporte de Giovanna Visintini permite tomar en cuenta que:

> […] así, con respecto al dolo y a la culpa, puede ser útil precisar, desde ahora, que no son especies de un mismo género, sino dos figuras autónomas que pueden integrar el elemento subjetivo de la «culpabilidad». En otras palabras, uso este término como categoría lingüística que abarca sistemáticamente las distintas hipótesis en las que la imputación de la responsabilidad se presenta como subjetiva y con distintos grados de individualización, pero no en el sentido de categoría conceptual unitaria[35].

Pues bien, aquí radica a nuestro juicio una de las diferencias sustanciales entre el régimen general aquiliano del Código Civil y el régimen especial de responsabilidad extracontractual derivado de violaciones a las normas de libre competencia; en concreto, de los artículo 3, 4, 5 y 6 del decreto legislativo 701, publicado con el título «Disponen le eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia», así como el correlato procesal correspondiente previsto en el artículo 25 de dicha norma y en el artículo 16 de la ley 25868, publicada con el título «Ley de creación del Instituto de Libre Competencia y Propiedad Intelectual, Indecopi».

Lo singular se sustenta en que, en el marco de la libre competencia, las conductas están tasadas en el decreto legislativo 701. Pero no solo ello; se añade un elemento nuevo, esencial en el mundo de la libre competencia, no exigido por el Código Civil: el requisito procedimental de contar con el pronunciamiento previo de la administración especializada (Indecopi), si se lee el artículo 25 del decreto legislativo 701 en conjunto con el artículo 16 de la ley de creación del Indecopi, 25868.

Ya no se trata, pues, de la «atipicidad» clásica de la responsabilidad extracontractual del Código Civil ni de la aplicación de la cláusula general del artículo

---

[34] Véase Taboada Córdova (2005: 97)

[35] Véase Visintini (1999, tomo I: 47).

1969 de dicho cuerpo de leyes, que ponen la carga de la calificación de *dañosa* de una conducta en las manos del juez: «[…] en cambio, a la responsabilidad extracontractual, solo sería "injusto" el daño determinado por la lesión de un derecho subjetivo absoluto, que por ser susceptible de ser valorado *erga omnes*, está expuesto, precisamente, a ser violado por cualquier sujeto».[36]

Díez Picazo enseña:

> A nuestro juicio, […] la antijuricidad que es propia del derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de la antijuricidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos casos puede resultar necesario, solo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de la calificación de la antijuricidad[37].

Las normas de libre competencia nos llevan, por el contrario, a conductas ilícitas preestablecidas en las leyes especiales que, dado su carácter técnico, requieren una calificación especializada de entes idóneos y capacitados en la materia, con criterios de orden económico y valoraciones de mercado que no pueden dejarse a la amplia discrecionalidad de las cláusulas generales de interpretación. Por ello se requiere un pronunciamiento previo, vía resolución de la administración, sobre la antijuricidad de la conducta que cause el daño resarcible, demostrada en sede administrativa conforme a las normas de libre competencia. Una vez logrado esto (*if*, *and only if*, se diría en el mundo anglosajón), se podrá recurrir *ex post* al Poder Judicial a reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados.

En este marco, si el género («responsabilidad extracontractual») se encuentra regulado por la figura abierta del artículo 1969 del Código Civil, la especie («responsabilidad extracontractual derivada de la contravención a las normas de libre competencia») se encuentra regida por las conductas contrarias a la libre competencia tipificadas en el decreto legislativo 701 y el paso previo por la administración para determinar la antijuridicidad establecida por el artículo 25 de la norma antes citada y el artículo 16 de la ley 25868, a lo que habrá que añadir lo dispuesto por el mencionado artículo 1969 en lo relativo a los demás elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

El fenómeno de establecer reglas especiales en el campo de la responsabilidad extracontractual es perfectamente explicable y tiene amplio reconocimiento en el mundo. La complejidad de las relaciones jurídicas y la tutela de distintos

---

[36] Véase Schlesinger (2001: 45).

[37] Véase Díez-Picazo (1999: 298).

intereses en juego llevan a que del tronco del derecho civil se vayan desprendiendo regímenes especiales caracterizados por una singularidad que no puede ser resuelta por el régimen general. Al respecto, explica Guido Alpa:

> Con el correr de los años, los regímenes especiales de responsabilidad civil se han multiplicado. Nuevas tecnologías, formas de cooperación económica, formas de interacción social, han creado nuevas ocasiones para la producción de daños. En lugar de remitir estas hipótesis a las reglas de la responsabilidad civil contenidas en el Código, que están gobernadas por criterios subjetivos y objetivos de imputación, el legislador ha preferido introducir —o proyectar la introducción de— regímenes especiales de responsabilidad civil que constituyen excepciones al régimen general en lo que atañe a la imputación de la obligación resarcitoria, al ámbito operativo de las reglas, a los tipos de daños resarcibles y a las modalidades de resarcimiento.
>
> […]
>
> Puesto que cada sector de actividades potencialmente dañosas —atinentes a relaciones económicas o biológicas, sin distinción— se han venido elaborando reglas ad hoc, el área de operatividad de las normas con contenido general se ha ido reduciendo, paulatinamente. […] En otras palabras, las reglas generales han dejado de conformar el esqueleto y la estructura que sostiene el sector por entero: ahora los regímenes especiales operan como excepciones a tales reglas. Desde un punto de vista inverso, los regímenes esenciales son los que prevalecen y se aplican a primera mano, sin perjuicio de que se haga empleo de las reglas generales cuando las especiales estén incompletas, presenten lagunas o sean imprecisas[38].

2. Singularidad de la responsabilidad extracontractual por conductas contrarias a la libre competencia: tipicidad y calificación administrativa de antijuridicidad

Sería lícito preguntarnos en abstracto: ¿por qué distinguir la responsabilidad extracontractual genérica del Código Civil de aquella derivada de actos contrarios a la libre competencia?

A nuestro juicio, el primer criterio de distinción entre un caso de responsabilidad por daños regido exclusivamente por el Código Civil y uno especial de libre competencia radica en los bienes jurídicos tutelados por el derecho. Si estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual general, el bien jurídico tutelado será el resarcimiento por el daño causado entre particulares. Operan entonces las reglas *inter privatos*.

[38] Véase Alpa (2006: 289).

No ocurre así en el campo de las conductas contrarias a la concurrencia en el mercado, en las que, a lo anterior, se superpone el interés general consagrado en el artículo 61 de la Constitución a través de la garantía institucional de libre competencia que el Estado facilita y vigila para combatir toda práctica que la limite, y reprimir el abuso de posiciones de dominio en el mercado. Al respecto, Alfredo Bullard anota que

> La autoridad peruana ha considerado que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica.[39]
>
> Como bien dice el propio Bork:
>
> El bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son asignados de tal manera que los consumidores están en posibilidad de satisfacer sus necesidades de manera tan completa como lo permitan las limitaciones tecnológicas. El bienestar del consumidor, en este sentido, es simplemente otro término para la riqueza de la nación.[40]

Entonces, siguiendo a este mismo autor, «[…] es mejor hablar de una ley "pro competencia" antes que de una ley antimonopolios. Lo importante es reforzar la soberanía del consumidor y ello no necesariamente requiere preservar numerosas empresas pequeñas en el mercado. Por ello, las concentraciones de poder económico en el mercado son legítimas en cuanto respondan a la habilidad de las empresas para ganarse las preferencias de los consumidores»[41].

Baldo Kresalja Roselló precisa, en relación con la Constitución del Perú, que

> La competencia no es solo un derecho sino, también, una obligación en una economía de mercado; se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto. Entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando la Constitución dice que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía de mercado (artículo 58), y cuando garantiza la libertad de empresa (artículo 59); y explícita cuando señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio (artículo 61)[42].

Aída Kemelmajer de Carlucci, tratando el tema general de las razones para distinguir en materia de responsabilidad por daños, nos dice:

> Cuando alguien gana, otro pierde; cuando un comprador adquiere algo en un negocio, otro vendedor que vende cosas iguales o similares perdió esa venta y con ella, la ganancia esperada. Desde esta perspectiva, un competidor normalmente

---

39 Véase Bullard González (2003: 653).

40 Véase Bullard González (2003: 653).

41 Véase Bullard González (2003: 654).

42 Véase Kresalja Roselló (2004: 544).

> causa perjuicios a otro; son los *perjuicios lícitos,* derivados de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.
>
> […]
>
> Lícitos o ilícitos, los daños pueden ser cuantiosos, desde que en algunos casos se trata, ni más ni menos, que de la desaparición de empresas y de enteros sectores económicos[43].

La doctrina especializada —aunque refiriéndose al sistema *antitrust* anglosajón— lo advierte en palabras de la misma autora:

> El análisis específico también encontraría justificación en que el derecho al resarcimiento del daño por violación a las normal *antitrust* se ubica en un contexto bastante particular, pues además de la lesión a un derecho subjetivo individual, la infracción lesiona el interés común de alcanzar la máxima eficiencia en el mercado; por eso, la acción por daños y perjuicios se encuentra inmersa en otro mar de sanciones de naturaleza administrativa, penal, etcétera[44].

Consecuentemente, el régimen resarcitorio no puede dejar abierta, a criterio del juez, la valoración de la conducta dañosa, bajo una cláusula general como la del sistema atípico del artículo 1969 del Código Civil. Tiene que dar cabida a la intervención del legislador para tipificar conductas que se enmarquen en la garantía institucional del artículo 61 de la Constitución, que en el caso del Perú viene a ser el decreto legislativo 701.

¿Cuáles serían estas conductas tipificadas que causen daños resarcibles en el ámbito de la libre competencia? La legislación peruana, a decir de Manuel Abanto Vásquez, ha recibido en este caso más la influencia de las normas de la Comunidad Europea que de la legislación norteamericana *antitrust*[45]. No obstante, el mismo autor señala:

> Ciertamente en la técnica de tipificación y en el sistema sancionatorio, la nueva legislación peruana de cárteles se ha inclinado en buena parte por el modelo argentino […] Finalmente tampoco puede soslayarse la influencia de la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, dada el 10-05-1991: «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia». En sus artículos 3, 4 y 5 se prevén muchas definiciones asumidas por la ley peruana, aunque estas definiciones provienen a su vez del derecho europeo y norteamericano[46].

---

[43] Véase Kemelmajer de Carlucci (2006: 662).

[44] Kemelmajer de Carlucci (2006: 673).

[45] Más adelante veremos que el requisito procedimental de la calificación de la conducta antijurídica realizada por parte de la administración y en forma previa a la demanda en sede jurisdiccional, en materia de libre competencia, viene de la legislación española al régimen jurídico peruano.

[46] Véase Abanto Vásquez (1997: 358).

En concreto, la tipificación la encontramos en el decreto legislativo 701, que contiene dos clases de normas sobre la materia. A título general, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado bajo los siguientes términos:

> *Artículo 3. Actos y conductas prohibidas.* Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.
>
> *Artículo 4. Posición de dominio en el mercado.* Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Según doctrina nacional, en palabras de Bullard,

> La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado[47].
>
> La norma [decreto legislativo 701] hace alusión a factores generadores de los monopolios naturales descritos arriba. Así, las características de la oferta y la demanda son las que determinan que la solución más eficiente sea, en términos de reducción de costos, la existencia de una sola empresa, especialmente en casos en que la estructura de costos está principalmente determinada por los costos fijos, mientras que los costos variables no son significativos[48].

El mismo decreto legislativo tipifica a título particular: «*Artículo 5. Abuso de posición de dominio en el mercado.* Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio».

La doctrina especializada entiende que

> Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos: (1) debe determinarse el mercado relevante, es decir qué

[47] Véase Bullard González (2003: 699-700).

[48] Véase Bullard González (2003: 700).

> bienes y/o servicios puede considerase que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, […] y (2) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir, cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado este último[49].

En este sentido,

> […] una empresa no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos. Lo que se sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían estar dando a la empresa. Pero nótese que la diferencia entre calificar un uso como bueno o como malo deriva en un cambio en el sistema de incentivos para el desarrollo de prácticas eficientes y adecuadas frente a supuestas prácticas que afectan la competencia[50].

Sobre el particular, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea estableció claramente que «Declarar que una empresa tiene una posición de dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada […]»[51].

El artículo 5 continúa señalando que

> Son casos de abuso de posición de dominio:
>
> a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807);
>
> b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
>
> c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

---

[49] Véase Bullard González (2003: 701).

[50] Véase Bullard González (2003: 700-701).

[51] Véase Bullard González (2003: 699).

> d) (Derogado por el artículo 12 del decreto legislativo 807);
>
> e) (Derogado por el artículo 12 del decreto legislativo 807); y
>
> f) Otros casos de efecto equivalente (modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807).

En el artículo 6 del decreto 701 que comentamos se hace referencia a las prácticas restrictivas de la libre competencia. Se definen como tales, en primer término, «[…] los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia». En cuanto a esto, es necesario señalar que

> En los casos de acuerdos de concertación o fijación de precios dirigidos a vulnerar las normas de libre competencia los competidores establecen precios comunes en perjuicio de los intereses de los consumidores. Esos acuerdos deben mantenerse al margen del conocimiento público, porque su detección implica sujetarse a la sanción del mismo por parte de la autoridad. El resultado es una conducta de las partes orientada a dejar la menor cantidad de huellas posibles, a fin de hacer difícil la detección. Difícilmente se encontrarán documentos que contengan los acuerdos y será afortunada la autoridad que encuentre evidencia escrita que indirectamente muestre su existencia[52].

De acuerdo con este mismo artículo, son prácticas restrictivas de la libre competencia:

> a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (modificado por el artículo 11, decreto legislativo 807);
>
> b) El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
>
> c) El reparto de las cuotas de producción;
>
> d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807);
>
> e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones;

[52] Véase Bullard González (2003: 769).

f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación o prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios (modificado por el artículo 11 del decreto legislativo 807);

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones (agregado por el artículo 12 del decreto legislativo 807);

i) Otros casos de efecto equivalente (agregado por el artículo 12 del decreto legislativo 807).

3. Justificación de la calificación de antijuricidad por parte de la administración

No es caprichosa, por cierto, la opción del legislador de establecer la especie «responsabilidad extracontractual» por contravenciones a las normas de libre competencia, e imponer para la acción de resarcimiento un requisito de procedibilidad: el pronunciamiento previo de la administración, que califique la conducta generadora del daño como contraria a las normas de libre competencia. Por ello, aquí, en esta especie de la responsabilidad extracontractual, sí se debe hablar de *conducta antijurídica* (y no simplemente «ilegítima» o «dañosa») en el sentido de que no solo se requiere la lesión a un interés jurídicamente tutelado, sino que también «[…] debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar»[53], teniendo en cuenta que «La ecuación causalidad parcial = responsabilidad parcial se aplica también en el caso de concurso de culpa de la víctima y de concurso de más causas a la creación del daño».[54]

Como quedó dicho, estamos en el marco de una figura basada en la tipicidad. Advertimos también aquí una clara influencia del régimen concurrencial español, al que nos referiremos más adelante.

Responde a la naturaleza propia de la conducta prohibida y los supuestos violatorios de las normas de libre competencia que, a su vez, haciendo eco de un régimen jurídico especial definido en el marco del artículo 61 de la Constitución,

[53] Véase Taboada Córdova (2005: 83).

[54] Véase Alpa (2006: 331).

va a determinar: a) en qué consiste la libre competencia protegida; b) cuáles son puntualmente las conductas contrarias al libre funcionamiento del mercado y cuáles las prácticas de abuso de posición dominante que la ley reprocha y castiga; para luego, c) recurrir *ex post* al resarcimiento ante el Poder Judicial.

Debemos recordar las referencias hechas por la doctrina nacional y la extranjera a la singularidad del derecho de la libre competencia y a la necesidad de buscar la protección de esta en beneficio no solamente de una parte afectada sino en beneficio del interés general, de los competidores en el mercado y de los consumidores que participan en él, a la luz de la garantía institucional del artículo 61 de la Constitución.

No es lo mismo —en un primer ejemplo a considerar— recurrir directamente al Poder Judicial, en el régimen contenido en el género «responsabilidad extracontractual», conforme al Código Civil, en el caso de un accidente de tránsito seguido de muerte, que hacerlo ante un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. La ilicitud del primer supuesto resulta evidente, es objetiva, y el juez está plenamente capacitado para determinarla sin intermediación alguna, que no sea el sustento que encuentre en los informes policiales y otros elementos probatorios cuya apreciación podrá ser personal, directa e inmediata.

No ocurre igual en el campo de la libre competencia; en la figura objetiva —«posición dominante en el mercado», en un segundo ejemplo a ser discutido—, la conducta que causa el daño no se aprecia ni se sanciona directamente, sino que tiene que darse en el contexto de un «abuso» de dicha posición, según distintas figuras predeterminadas en la ley. Esto deberá ser apreciado bajo reglas del juego económico por un ente especializado en la materia, que ha recibido del legislador la competencia para ello, de manera exclusiva y excluyente. Solamente después de que el ente especializado (Indecopi, en el Perú) haya dicho lo suyo, se podrá recurrir al juez en busca de resarcimiento; de no hacerse así, se estaría exigiendo que el juez «se ponga en los zapatos» de los técnicos del administrador especializado, con grave detrimento de la eficacia del sistema de justicia y de la seguridad jurídica.

Ha preferido entonces el legislador garantizar que la administración especializada (Indecopi) cumpla de manera exclusiva y excluyente con la calificación de la antijuridicidad de las conductas violatorias de la libre competencia, para que en ellos:

> […] además de acudir a este conjunto normativo [el derecho de la competencia] para la determinación de los presupuestos materiales del resarcimiento, fundamentalmente del modelo de *conducta ilícita*, es necesario tener presentes las peculiaridades, sobre todo procesales, del régimen jurídico de la acción de responsabilidad civil cuando el supuesto de hecho queda integrado en alguna

> de las normas que ordenan jurídicamente la actividad concurrencial […] Es esta una nueva muestra de la singularidad del sistema, por lo menos en cuanto a los elementos instrumentales se refiere[55].

Es precisamente la «singularidad» de la responsabilidad extracontractual derivada de los actos contrarios a la libre competencia, a la que se refiere el jurista español citado, Fernando de la Vega García, la que justifica el alejamiento parcial del Código Civil que ha hecho el legislador peruano en materia de libre competencia; y lo ha hecho para exigir que sea en sede administrativa, usando criterios técnicos analizados y desarrollados con un alto grado de especialidad al interior del Indecopi, donde se determine la antijuridicidad de la conducta dañosa en el marco de la libre competencia.

Esta singularidad es, retomando el tema de la naturaleza de las cosas, la razón por la cual se justifica que el Legislador haya optado en este caso por una ley especial que prevé el cumplimiento de un requisito de admisibilidad de la demanda en los procesos civiles de resarcimiento por responsabilidad aquilina derivada de las prácticas contrarias a las normas de libre competencia.

Para la jurisprudencia administrativa nacional, en sede del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), este criterio viene siendo indiscutido. Se le ha calificado como requisito *sine qua non* en los siguientes resueltos:

> Para que proceda la infracción relativa a la afectación a las prácticas que rigen la libre competencia se requiere, en primer lugar, como requisito *sine qua non*, una declaración del Indecopi, pues dicho ente resulta la entidad pública competente en materia de protección y lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores. (Resolución 540/2005-TC-SU del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)

> En los supuestos de participación en prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de los contratistas, postores o proveedores que se presenten a los procesos de contratación llevados a cabo por las entidades estatales, el ejercicio de la facultad sancionadora del Tribunal estará condicionada a la declaración del organismo nacional competente, que en este caso será el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por lo que debe remitirse el expediente esta entidad a fin de que emita su pronunciamiento sobre la materia. (Resolución 846-2003-TC-S2 del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)

[55] Véase De la Vega García (2001: 39).

4. El sistema español de calificación administrativa previa del ilícito concurrencial

Revisando la legislación y la doctrina especializada española se llega a la conclusión de que el Perú y España han legislado en el mismo sentido en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual por contravenciones a las normas de libre competencia. En efecto, el artículo 12, numeral 3, ubicado, al igual que el artículo 25 del decreto legislativo 701, al final de la sección dedicada a las sanciones, hace referencia a que «[…] la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

Resulta entonces necesario reparar en que el requisito de la calificación previa de antijuricidad impuesto por el artículo 25 del decreto legislativo 701 y por el artículo 16 de la ley 25868 no es privativo del régimen jurídico nacional, sino que encuentra un antecedente singularmente importante en la Ley de Defensa de la Competencia de España, cuyo artículo 12, numeral 3, contiene básicamente la misma disposición. Para recurrir al Poder Judicial en demanda por daños y perjuicios producidos por actos contrarios a las normas de libre competencia resulta necesario —en España al igual que en el Perú— la firmeza de la declaración de antijuridicidad de la conducta en vía administrativa[56].

Cabe advertir, a propósito de la referencia a «la declaración firme en vía jurisdiccional» a la que «en su caso» alude el artículo 13, numeral 2, de la Ley de Defensa de la Competencia de España, que en este supuesto la doctrina ubica un pronunciamiento firme luego de agotado el proceso contencioso administrativo.

En el Perú no hemos llegado tan lejos, por cierto, pues las tantas veces citadas normas permiten recurrir al Poder Judicial en resarcimiento de daños con la sola resolución administrativa firme —esto es, que simplemente se agote la vía administrativa— que haya definido la antijuridicidad de la conducta contraria a las normas de libre competencia para recurrir al Poder Judicial. Esta omisión a la etapa contencioso-administrativa nos parece perfectamente razonable, pues el recorrido obligatorio de la vía administrativa resulta suficiente para garantizar la singularidad de la materia, la especialización que su resolución exige y la aplicación de la ley especial para los casos concretos.

[56] Véase De la Vega García (2001: 344).

Más aún, el pronunciamiento administrativo previo al que venimos refiriéndonos en el marco del artículo 13, numeral 2, de la Ley de Defensa de la Competencia de España constituye, a juicio del citado Fernando de la Vega García[57], un requisito de procedibilidad tal y como lo diseñaron los legisladores. Esto significa que en el sistema español una demanda por daños y perjuicios derivados de conductas contrarias a las normas de libre competencia sería rechazada de plano por los juzgados y tribunales comunes por omitir un requisito de procedibilidad previsto en la ley especial.

Sostiene la misma posición José Messeguer, quien nos ilustra sobre cómo se aplican ante los tribunales judiciales y autoridades administrativas de España:

> Por un lado los tribunales civiles no pueden conocer a título principal de la vulneración de normas de defensa de la competencia, esto es, no pueden declarar su infracción por ser esta competencia atribuida de forma exclusiva un órgano administrativo, como tampoco pueden condenar al pago de indemnizaciones de daños y perjuicios sin previa resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia o, en su caso, sentencia firme en el orden contencioso administrativo que declare la vulneración de las prohibiciones establecidas en aquellas normas (cfs. STS 20-XII-1993, «Armadores de Buques de Pesca c. Campsa», doctrina de la que se hace eco, entre otras, RRTDC 28-VUU1994, expediente 333/93, «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (ii)»)[58].

5. La libre competencia en el marco constitucional y la división de tareas entre la administración y el Poder Judicial

Dado que el presente artículo pone énfasis en la calificación de la antijuricidad en vía administrativa como requisito *sine qua non* para la reclamación de daños y perjuicios ante la autoridad jurisdiccional por actos derivados de conductas contrarias a la libre competencia, resulta indispensable encontrar la raíz constitucional de la división de tareas que el régimen legal peruano de libre competencia ha consagrado.

Dicha división de tareas consiste en encomendar, por una parte, a la administración[59] —con carácter exclusivo y excluyente, así como sobre sólidas bases

---

[57] Véase De la Vega García (2001: 344-347). El autor cita, en apoyo del requisito de procedibilidad, la intervención de los parlamentarios españoles durante la tramitación de la Ley de Defensa de la Competencia en las Cortes Generales.

[58] Véase Messeguer (1999: 70).

[59] En nuestro caso el Instituto de Libre Competencia y Propiedad Intelectual, Indecopi, creado por decreto ley 25868, con el siguiente mandato: «*Artículo 1.* Créase el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi como organismo dependiente

técnicas— la determinación de los actos contrarios a la libre competencia y las sanciones administrativas que estos puedan acarrear; en tanto que se deja en manos del Poder Judicial la tarea jurisdiccional propia de resolver las controversias que se formulen en torno a las reclamaciones de resarcimiento por daños y perjuicios causados a los demás competidores y, eventualmente, a los propios consumidores por los actos antijurídicos así declarados previamente por la administración.

5.1 ¿Se justifica una división de tareas entre la administración y la jurisdicción?

¿Se justifica en el caso de la libre competencia una división de tareas como la planteada? Evidentemente, sí. Para ello debe tenerse en consideración que, en el marco general de la economía social de mercado consagrado en el artículo 58 de la Constitución, el artículo 61, ubicado en el corazón del Capítulo Económico de la Carta, señala la función del Estado en este ámbito: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas».

Enrique Bernales Ballesteros comenta la parte inicial del mencionado artículo 61: «[…] el Estado tiene los deberes de facilitar y vigilar la libre competencia. En otras palabras, debe establecer normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ellas. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las trasgresiones»[60].

Lo anterior supone que, como lo señala el profesor español Joaquín Tornos Mas[61], la intervención de los poderes públicos en el mercado tiene como objetivo «la garantía misma de la libre competencia […] [y] como única función defender una institución que se juzga como de interés general».

En este orden de ideas, el tratadista José Messeguer añade, comentando el sistema español, que «El objetivo directo e inmediato de la Ley de Defensa de la Competencia es garantizar el orden económico constitucional a través de la

del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Tiene personería jurídica de derecho público y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Rige su funcionamiento de acuerdo a las disposiciones que contiene el presente decreto ley».

[60] Véase Bernales Ballesteros (1999: 359).

[61] Véase Tornos Mas (1991: 639).

salvaguardia de una competencia suficiente y de tutela frente a todo ataque contrario al interés público (Exposición de Motivos I y II LDC)»[62].

La doctrina nacional coincide con el objetivo señalado por el profesor español. Según precisa Pinkas Flint:

> La libre competencia es un derecho de todos. El Estado tiene la obligación de impedir que se obstruya la libertad económica. No prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino su abuso.
>
> […]
>
> No olvidemos que el objetivo del Derecho de la Competencia no es el de proteger a las empresas sino proteger en última instancia a los consumidores a través del desarrollo de un mercado procompetitivo y eficiente, libre de distorsiones[63].

Más aún, Flint, citando al autor español Galán Corona, al precisar todavía más el objetivo del decreto legislativo 701, norma fundamental del derecho de la competencia en el Perú, dice lo siguiente:

> Galán Corona considera que ha sido tema de discusión doctrinaria la cuestión de cuál es el objeto de la protección de este tipo de procesos.
>
> Si su objeto de protección es la competencia como institución básica y fundamental de la economía de mercado o, por el contrario, si el objeto de protección es el individuo y su libertad de actuación económica.
>
> Si tiene por objeto de protección individual, la infracción de este precepto [se refiere al artículo 1 del decreto legislativo 701] podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.
>
> […]
>
> Si el objeto de protección del Derecho protector de la libre competencia es la competencia, en cuanto que mediante ella el sistema económico funciona óptimamente y con esta finalidad se prohíben determinadas actuaciones de los empresarios que restringen dicha competencia, es obvio que para todo estudio relativo a este sector del ordenamiento jurídico será preciso partir de una determinada noción de competencia[64].

En la misma línea, Manuel Abanto Vásquez señala que en el campo de la doctrina nacional «La competencia pasa a ser entendida como una coordinadora de las relaciones contractuales de las partes en el mercado, y con ello, como reguladora de un proceso de mercado que se regula a sí mismo»[65].

---

[62] Véase Messeguer (1999: 68).

[63] Véase Flint (2002: 85).

[64] Véase Flint (2002: 340-341), quien cita a Galán Corona (1977: 30).

[65] Véase Abanto Vásquez (1997: 31).

Kresalja, citando a Font Galán, señala lo siguiente:

> […] la libre competencia se concibe como el resultado fáctico y efectivo de la integración de las libertades económicas mencionadas y de aquellas libertades jurídicas coadyuvantes a la realización de la libertad de empresa: libertad de iniciativa económica privada, libre autonomía de la voluntad, y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial, la forma, la calidad, cantidad y precio de los productos o servicios. He aquí los elementos típicos que conforman la libre competencia constitucionalmente reconocida […], fundamento del sistema económico de libre empresa, y principio integrador del orden público económico y configurador del funcionamiento del mercado y, por ende, del tráfico comercial y de la actividad extranjera de la empresa.
>
> […] la nueva disciplina de la competencia —que no constituye sino una parte del fenómeno más amplio del intervencionismo de los poderes públicos de la economía— se asienta en las democracias occidentales sobre los principios de interés general y orden público económico, ante la exigencia de mantener a todos los empresarios competidores en un plano de igualdad y la acuciante preocupación de proteger a los consumidores que, desamparados de toda tutela en los ordenamientos liberales, sufrían y sufren directa o indirectamente las consecuencias de una competencia restringida o desleal, o, en todo caso, los efectos injustificados de una competencia falseada o ineficiente que no realiza ninguna utilidad socioeconómica para la colectividad […][66].

Todo lo anterior no hace sino poner de manifiesto la singularidad de los bienes protegidos por las normas de libre competencia. Son, como lo dice la doctrina, la competencia misma a favor de un mercado que funcione en beneficio de sus participantes y del consumidor, último destinatario de todo el derecho de la competencia.

Como veremos más adelante, esta singularidad aludida justificará que, en el marco de la responsabilidad extracontractual, las normas se alejen parcialmente del Código Civil para establecer un régimen propio, especialmente en el campo procedimental, que obliga a agotar la vía administrativa previa para determinar, en esta sede, la antijuridicidad de la conducta; y a partir de ello (esto es, contando solamente con ello), recurrir en vía de resarcimiento al Poder Judicial.

Hay entonces una división indispensable de tareas entre la administración y el Poder Judicial que la ley ha dispuesto, y que el juzgador está obligado a respetar en el marco de los deberes que le impone la Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

[66] Véase Kresalja (2004: 545).

5.2 Competencias preestablecidas y división de tareas

De lo afirmado resulta que, sobre la base de la garantía institucional de libre competencia (artículo 61) y libre iniciativa privada (artículo 58), sin dejar de lado la protección de los consumidores (prevista en el artículo 65), la Constitución prevé el ejercicio del poder del Estado en el marco de la Norma Fundamental y con los límites que imponen las leyes que dicta el Congreso. Es posible y deseable, entonces, que el poder del Estado sea ejercido para determinar las competencias de sus distintos órganos, tanto en el ámbito de la administración cuanto en el ámbito jurisdiccional.

Así, al amparo de lo previsto en el primer párrafo del artículo 45 de la Constitución —y respetando desde luego la jerarquía dispuesta por el artículo 51, que pone a la Constitución como norma suprema— queda establecido que «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen».

Corresponde, en consecuencia con la ley, determinar el ámbito de competencia de todas las autoridades del Estado respetando el marco constitucional. Queda en manos del legislador definir hasta dónde llegan las atribuciones de la administración y dónde empiezan las del Poder Judicial. Por ello, en el campo de la libre competencia es perfectamente admisible, como en efecto lo hacen las leyes ordinarias, que el legislador predetermine los aspectos que conciernen y competen de manera exclusiva y excluyente a la administración; esto es, a las reparticiones del aparato público que el Estado crea para cumplir con la función de tutela que le impone el artículo 61 de la Carta en cuanto a esta garantía institucional de la libre competencia. Esta repartición es el Indecopi y los órganos especializados en la materia son dos: la Comisión de Libre Competencia y la Sala de Libre Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Pero con iguales atribuciones el legislador define las materias que conciernen y competen al Poder Judicial a través de los órganos previstos en la Constitución y desarrollados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.3 División de tareas en materia de libre competencia

La división de tareas —establecida con toda claridad por el legislador en materia de libre competencia, incluyendo las infracciones a la norma especializada (decreto legislativo 701)— consiste fundamentalmente en lo siguiente:

a) El legislador ha dispuesto el ámbito de competencia de la administración especializada, el Indecopi; para ello ha habilitado al Ejecutivo de modo que organice una burocracia especializada que brinde un servicio de calidad y que atienda

—repetimos: de manera exclusiva y excluyente— todos los asuntos relacionados con el cumplimiento de las normas de libre competencia y con la represión de los actos que la contravienen, pudiendo determinar la antijuridicidad de dichos actos y las sanciones que administrativamente puedan imponerse.

b) No ha previsto el legislador que la administración especializada, el Indecopi, resuelva los conflictos intersubjetivos resarcitorios que puedan ocasionarse a propósito de las contravenciones que la administración define; es decir, los actos contrarios a la libre competencia y, por lo tanto, antijurídicos. De manera que la administración no tiene atribuciones para resolver reclamaciones por los daños y perjuicios que tales conductas antijurídicas puedan haber provocado.

c) Por el contrario, el legislador ha dispuesto con rigor y razón que corresponde exclusivamente al Poder Judicial resolver las controversias intersubjetivas que se generen como producto de los actos antijurídicos que en materia de libre competencia haya determinado la administración. Esto se lleva a cabo a través de la resolución de los litigios que los particulares —sustentados en la antijuridicidad que la administración declara— plantean unos contra otros por los daños que puedan haber ocasionado las conductas contrarias a la legislación de libre competencia; en particular, las prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado.

5.4 Diferenciación de las atribuciones del Indecopi y del Poder Judicial en los casos de infracción a las normas de libre competencia

Un análisis sistemático de las normas sobre libre competencia corrobora la presentación anteriormente formulada.

a) La Constitución consagra la garantía institucional de libre competencia en su artículo 61, cuyo texto hemos trascrito anteriormente.

b) El legislador ordinario, en el marco de la Constitución, ha desarrollado los instrumentos necesarios para cumplir con ese mandato constitucional a través de dos normas claramente definidas y que para el efecto de su interpretación constituyen ley especial en la materia, a saber:

i. El decreto legislativo 701 —modificado posteriormente por diversas normas, entre las que se cuenta en especial el decreto legislativo 807—, que con el propósito de eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en el mercado (artículo 1), y procurando el mayor beneficio a los usuarios y consumidores, establece:

1. Un conjunto de prohibiciones (artículos 3 al 7);
2. Los órganos de la administración competentes para aplicar la ley y conocer las denuncias por los actos contrarios a ella (artículos 8 a 14

que, como veremos, tienen que interpretarse a la luz de la ley 25868, que señala la competencia exclusiva y excluyente del Indecopi en materia de libre competencia);

3. El procedimiento correspondiente (artículos 13 a 22);
4. Las sanciones pecuniarias que la administración aplicará en cada caso;
5. Precisamente en el último capítulo, correspondiente a las sanciones, al cerrar su contenido procedimental (artículo 25, antes de pasar a las disposiciones finales) prevé que, una vez concluido el procedimiento administrativo, cualquier perjudicado por los actos antijurídicos puede ejercer la acción civil de indemnización por daños y perjuicios, como también lo pueden hacer quienes hayan sido falsamente denunciados por las violaciones a la libre competencia previstas en dicho cuerpo de leyes; y
6. En este contexto cabe destacar que, afirmando la competencia exclusiva y excluyente de la administración para definir la antijuridicidad de los actos violatorios de la libre competencia en relación con las sanciones penales, el artículo 19 mantiene con toda claridad la división de tareas entre la administración y la jurisdicción. En efecto, a pesar de las muchas modificaciones que dicho artículo ha sufrido, queda claro que si la Comisión del Indecopi comprueba que quien ha cometido infracciones a las normas de libre competencia lo ha hecho dolosamente, deberá ponerse el hecho en conocimiento del Ministerio Público y será el fiscal quien ejercerá la acción penal sobre la base de los elementos predeterminados por la administración o —cuando menos— contando necesariamente con ellos.

ii. La ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, además de desarrollar la estructura orgánica de la institución, prevé un requisito ineludible en su artículo 16, mediante el cual prohíbe recurrir al Poder Judicial en reclamación de resarcimiento por responsabilidad aquiliana antes de agotada la vía administrativa que defina la antijuridicidad de las conductas que provocaron el daño en relación con las normas de libre competencia, que son de competencia exclusiva y excluyente de la administración.

El análisis sistemático de las normas de libre competencia realizado en los párrafos anteriores a la luz de la *Lex Suprema* deja claramente advertido aquello que, en el marco del artículo 45 de la Constitución, rige en el Perú: una clara división de tareas que jurídicamente se refleja en una diferenciación de competencias mediante la cual el Estado tutela la libre competencia.

En este marco corresponde al Indecopi, de manera exclusiva y excluyente: a) resolver en qué casos se ha incurrido en las prohibiciones de prácticas contrarias a la libre competencia establecidas en el decreto legislativo 701, y ello solamente compete a los órganos administrativos del Indecopi, es decir, la Comisión y luego la Sala de Libre Competencia, cuyo pronunciamiento agota la vía administrativa; b) aplicar las sanciones administrativas previstas en la ley; y c) en casos de conducta dolosa, remitir los actuados al Ministerio Público para que el fiscal actúe conforme a sus atribuciones.

Todo lo que esté más allá de lo que la ley ha reservado a la administración (léase al Indecopi), como el posible resarcimiento civil a favor de los agraviados por las conductas antijurídicas predeterminadas por el Indecopi y/o las sanciones penales por haberse afectado los bienes jurídicos protegidos por el *ius puniendi*, corresponde en materia civil al Poder Judicial y, de manera compartida, al Ministerio Público y al Poder Judicial en materia penal.

5.5 La calificación de antijuricidad en sede administrativa como requisito de admisibilidad de la demanda por daños y perjuicios derivados de contravenciones a las normas de libre competencia

Las normas analizadas no pueden interpretarse de otra manera sin trastocar la sistemática jurídica enraizada en la Constitución y derivada de la correcta interpretación de la ley. Así, hemos visto que el legislador, además de definir la competencia de los órganos del Estado y la administración —Indecopi, por un lado, y Poder Judicial y Ministerio Público por el otro—, impone, con las facultades de establecer limitaciones que el artículo 45 de la Carta le confiere, un pronunciamiento previo antes de recurrir al Poder Judicial en materia civil y al Ministerio Público, para luego llegar al Poder Judicial, en materia penal.

Cabe señalar que

> […] El problema sobre la necesidad de este requisito fundamental [tipicidad] para la responsabilidad civil se plantea, en nuestro ordenamiento jurídico, desde el momento mismo que los artículos 1969 y 1970 no mencionan de modo alguno que deba tratarse de un daño ilícito, limitándose a disponer ambas normas que cuando se cause un daño a otro por dolo o culpa, o, mediante una actividad riesgosa o peligrosa, respectivamente, existirá para el autor la obligación de indemnizar a la victima[67].

En consecuencia, no hay ningún exceso en la determinación orgánica del Estado ni desnaturalización alguna de los derechos de tutela que la Carta garantiza en

[67] Véase Taboada Córdova (2006: 394).

la decisión del legislador de imponer un requisito administrativo previo para recurrir luego al Poder Judicial. Esto permite la singularidad de la protección a la libre competencia, referencia unánime doctrina según se ha dejado sentado en este documento.

La naturaleza especializada de las cosas que autoriza la emisión de leyes especiales en el marco del artículo 103 de la Constitución así lo justifica, lo mismo que la necesidad de buscar eficiencia en la administración que posee la capacidad técnica para resolver sobre aspectos que requieren un sofisticado análisis, como en el caso de la libre competencia y su régimen de prohibiciones. Se exonera al juez, además, de la obligación de repetir dicho análisis como requisito de admisibilidad de las demandas por conflictos de intereses que les planteen en torno a asuntos que se derivan de la antijuridicidad preestablecida por la administración.

5.6 ¿Existe contradicción entre el Código Civil y las normas de libre competencia que exigen la calificación previa de antijuricidad en sede administrativa?

Concretándonos en el campo estrictamente civil y en las posibles demandas de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por prácticas contrarias a las normas de libre competencia, podemos preguntarnos: ¿existe contradicción entre lo establecido por el Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual y la vía administrativa previa impuesta por los artículos 25 del decreto legislativo 701 y 16 de la ley 25868?

Para responder debemos partir estableciendo lo que es la ley general frente a la ley especial. En efecto, uno de los principios de interpretación jurídica elemental obliga a resolver la supuesta antinomia entre lo que establece una ley general, como el Código Civil, y lo que prevé una norma con rango de ley pero de naturaleza especial, como las normas de libre competencia antes citadas. La única interpretación válida es la aplicación de la ley especial al caso concreto enmarcado dentro de la última de las nombradas. Esto es perfectamente congruente con las normas de interpretación de la ley y con las limitaciones que pueden imponerse a los órganos del Estado, conforme al artículo 45 de la Constitución, a condición de que se respete el principio de jerarquía constitucional del artículo 51 de la Carta y la obligación de atender a la naturaleza de las cosas, como lo exige el artículo 103 de la Constitución.

Pues bien, en este caso resulta obligatorio definir que ante una pretensión de indemnización por daños y perjuicios, causados por un acto antijurídico contrario a las normas de libre competencia, debe aplicarse en primer lugar la ley especial

y cumplirse con lo que ella disponga. Así, entre una supuesta antinomia entre el Código Civil (cuyas normas no exigen la calificación previa de la administración) y las normas de libre competencia contenidas básicamente en el decreto legislativo 701 y la ley 25868, estas últimas resultan *ratione materiae* aplicables por encima de las anteriores.

5.7 ¿Perjudica la tutela efectiva de derechos la calificación previa en sede administrativa?

La tutela del derecho al resarcimiento por responsabilidad aquiliana derivada de las contravenciones a las normas de competencia desleal no se perjudica con el requerimiento de agotar la vía administrativa previa. Por el contrario, la calificación administrativa previa protege mejor dicha tutela y la ordena adecuadamente, puesto que su agotamiento no enerva el derecho de reclamación sino que exige, como requisito de admisibilidad de la demanda, que se haya agotado dicha vía. Con ella se garantiza que el ente especializado, aquel que el legislador ha señalado como competente —de manera exclusiva y excluyente— para definir la antijuridicidad de los actos, se haya pronunciado declarándolos como tales.

Todo lo anterior supone que ante la posibilidad de permitir las vías paralelas, esto es, que sin obtener el pronunciamiento firme en sede administrativa se recurra directamente al Poder Judicial, el legislador ha preferido obligar a que se agote la vía especializada para luego recurrir al Poder Judicial, evitando que el paralelismo pueda dar lugar a resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos y sobre el mismo derecho.

En efecto, es en la búsqueda de seguridad jurídica, en el propósito de evitar resoluciones contradictorias emanadas de distintas sedes, que la ley ha entregado la competencia de definir la antijuridicidad a un órgano de la administración; lo ha hecho en aras de la especialización, de la singularidad del tema, de la búsqueda de armonización de criterios y soluciones válidas, por razones técnicas y jurídicas. Y una vez que haya sido declarada determinada conducta contraria a las normas de libre competencia por la única autoridad que puede jurídicamente hacerlo, el juez se ahorrará su determinación de antijuridicidad y procederá a resolver, con mayor prontitud aún, la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios reclamada de conformidad con las normas del Código Civil.

6. Algunas hipótesis de trabajo

6.1 ¿Una demanda de indemnización dirigida directamente al Poder Judicial, sin que la administración establezca la antijuridicidad, debería ser declarada improcedente de plano por un juez?

El artículo 427 del Código Procesal Civil establece los supuestos en los cuales el juez debe declarar improcedente la demanda, presentándose estos cuando: a) el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; b) el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; c) advierta la caducidad del derecho; d) carezca de competencia; e) no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; f) el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o g) contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Según las consideraciones del presente artículo, el juez tendría como motivos para declarar de plano improcedente la demanda de indemnización los que se reseñan a continuación. Por una parte, debió reconocer que no es competente para conocer y resolver el carácter antijurídico de la conducta supuestamente violatoria de las normas de libre competencia, pues:

a) el artículo 25 del decreto legislativo 701 y el artículo 16 de la ley 25868 han establecido la competencia exclusiva y excluyente de los órganos del Indecopi para resolver precisamente sobre dicho carácter antijurídico;

b) la competencia reservada a la vía administrativa para definir dicho carácter antijurídico se sustenta en el artículo 45 de la Constitución y en la peculiaridad de la materia relativa a la libre competencia, que requiere tratamiento técnico y pronunciamiento basado en el interés público tutelado por el artículo 61 de la Constitución;

c) frente a la antinomia que plantea el modelo basado en el principio de atipicidad del artículo 1969 del Código Civil y el establecido por los artículos 25 del decreto legislativo 701 y el artículo 16 de la ley 25868, el juez puede aplicar la ley especial (las normas de libre competencia) dictada al amparo de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución, con lo que evidentemente llegaría a la conclusión de que carece de competencia para resolver este elemento sustancial de la responsabilidad aquiliana, según lo establece el inciso e del artículo 427 del Código Procesal Civil; y

d) el juez puede apoyar su decisión en el sistema español de libre competencia, en el que existe la misma reserva de decisión de la ilicitud de las conductas anticoncurrenciales (que equivalen a la antijuridicidad de las conductas contrarias a la libre competencia en nuestro medio), así como en las opiniones doctrinales y los precedentes jurisprudenciales españoles a los que tiene acceso en nuestro país.

Por otra parte, el juez puede analizar que *el petitorio* contenido en la demanda de indemnización *resultaba jurídicamente imposible*, pues:

a) la única autoridad del Estado competente para resolver el carácter antijurídico de una conducta contraria a las normas de libre competencia recogidas en el decreto legislativo 701, sus modificatorias y conexas, incluida la ley 25868, es el Indecopi, a través de la Comisión y la Sala de Libre Competencia, en primera y segunda instancia administrativa respectivamente;

b) al constituir la determinación de la antijuridicidad de las conductas alegadas un elemento constitutivo ineludible de la responsabilidad extracontractual sobre la que se sustenta la demanda de daños y perjuicios, y al no poder ser esta antijuridicidad resuelta por el juez sino por el Indecopi, resulta jurídicamente imposible para el juez resolver el petitorio de indemnización por daños y perjuicios, por lo que, al amparo de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 427 del Código Procesal Civil, está facultado para declarar improcedente la demanda; y

c) el juez puede apoyarse en la sólida doctrina peruana en materia de responsabilidad extracontractual para concluir que, no pudiendo decidir sobre la antijuridicidad de la conducta contraria a las normas de libre competencia (por estar reservado ello a la administración), el petitorio resultaba imposible de resolverse, al menos por el momento, por lo que correspondía declarar improcedente la demanda.

6.2 ¿Sería admisible que un juez declare improcedente la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en un proceso resarcitorio por conductas contrarias a la libre competencia, por considerar que el Código Civil no exige el requisito de la calificación previa en sede administrativa?

Para responder a esta hipótesis hay que partir de la doctrina nacional sobre las excepciones. Juan Monroy Gálvez considera que «La excepción no es otra cosa que una de las formas que toma la defensa; en este caso se le llama defensa de forma, y consiste en la denuncia que hace el demandado afirmando que hay un presupuesto procesal o una condición de la acción ausente o defectuosa en el proceso que determina una relación procesal inválida o la imposibilidad de un pronunciamiento válido sobre el fondo, respectivamente»[68].

Eugenia Ariano Deho hace referencia a las excepciones de la siguiente manera: «Todas las excepciones del artículo 446 del Código Procesal Civil implican que el demandado levante "cuestiones" de orden procesal, la mayoría de las cuales deben ser analizadas *de oficio, de plano e inaudita altera parte* al calificar la demanda,

[68] Véase Monroy Gálvez (2003: 187).

surge, inevitablemente, el inconveniente que se termine emitiendo un doble juicio sobre lo mismo: el primero al emitir el admisorio; el segundo al resolver la excepción»[69] (cursivas incorporadas).

La misma autora señala, en relación con el proceso que siguen las excepciones, que

> Cuando se plantean las excepciones del mencionado artículo 446, ellas se resuelven previo un auténtico contradictorio: el demandado (o el demandante, de haber reconvención) las plantea, el juez las traslada al demandante (o al demandado, en caso de haber reconvención), el que si quiere las absuelve, luego el juez resuelve. Hay un contradictorio objetivo e inobjetable. Y el juez, al resolverlas, como consecuencia, consuma su poder de pronunciarse sobre la cuestión planteada por la parte. Siendo apelable la resolución, de producirse, ese poder pasa *ad quem*, el que podrá confirmar o revocar esa resolución[70].

Nuestro Código Procesal Civil desarrolla del artículo 446 al 457 lo referente a las excepciones y defensas previas que pueden ser utilizadas dentro del proceso. Específicamente, el inciso 5 del artículo 446 hace mención a la *excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.*

Por otro lado, encontramos que la jurisprudencia nacional se ha pronunciado al respecto estableciendo lo siguiente:

> Por mandato constitucional (artículo 148) y de acuerdo con el Código Procesal Civil (artículo 541), serán susceptibles de impugnación mediante acción contenciosa administrativa las resoluciones que causen estado. Una resolución causa estado cuando es una decisión definitiva, es decir, decide sobre el fondo del reclamo o excepcionalmente cuando al resolver aspectos incidentales crea, modifica o extingue una relación jurídica. En este extremo se entiende agotada la vía administrativa[71].

> La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es aquella en la cual se establece que los jueces no deben admitir la demanda sino hasta después de agotados los recursos jerárquicos establecidos en la vía administrativa. Dicha resolución está referida a los casos en que se impugne resolución administrativa en donde obviamente debe requerirse el agotamiento de medios impugnatorios antes de recurrir al órgano jurisdiccional[72].

En este contexto, una resolución de tal naturaleza sería expedida vulnerando las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico:

---

[69] Véase Ariano Deho (2003: 89).

[70] Ariano Deho (2003: XX; cursivas agregadas).

[71] Expediente 535-97/SCTECA (Sala Corporativa Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo).

[72] Casación 1429-98-Piura.

a) Habría irrespetado el artículo 45 de la Constitución, pues no tomaría en cuenta el límite que le ha puesto el legislador a los jueces del Poder Judicial en cuanto a la atribución de resolver sobre las conductas contrarias a las normas de libre competencia;

b) Tratándose de un régimen especial de responsabilidad extracontractual derivada de los actos o conductas contrarios a las normas de libre competencia, una resolución judicial de tal naturaleza estaría desconociendo el principio de aplicación de la ley especial sobre la ley general, admitido en el marco del artículo 103 de la Constitución, al aplicar, para declarar improcedente la excepción, el artículo 1969 del Código Civil, haciendo caso omiso a la obligación de agotar la vía administrativa contenida en el artículo 25 del decreto legislativo 701 y en el artículo 16 de la ley 25868; y

c) A consecuencia de lo anterior se habría lesionado el artículo 139, numeral 2, de la Constitución, que consagra como parte del debido proceso el principio de independencia de la función jurisdiccional, que supone el deber de los jueces de respetar el no avocamiento a causas pendientes en sede administrativa, particularmente cuando hay dispositivos vigentes que expresamente disponen el agotamiento de la vía administrativa antes de proceder a demandar daños y perjuicios por actos y conductas contrarias a las normas de libre competencia.

Lo descrito supone una directa violación de las garantías del debido proceso, pues, como se verá más adelante, por no haber esperado a que se agote la vía administrativa, el juez está dando por sentado que las conductas alegadas por la demandante son violatorias de las normas de libre competencia.

La calificación de la conducta antijurídica en sede administrativa es precisamente una institución que se utiliza para, entre otros, garantizar la estabilidad jurídica y evitar resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos y las mismas pretensiones. Teóricamente sería posible que una demanda de indemnización se sentencie a favor del demandante y que posteriormente el Indecopi, en el procedimiento administrativo, emita una resolución desestimatoria de la denuncia planteada. Con ello el Poder Judicial resolvería reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por un hecho que la institución competente para resolverlo declara compatible con la libre competencia y, en consecuencia no antijurídico; ¿sería admisible esto en el sistema legal peruano?

Creemos que no, pues una respuesta positiva supondría que la propia autoridad jurisdiccional que ha resuelto la excepción no ha cumplido con el deber de «administrar justicia aplicado la norma jurídica pertinente», pues ha ignorado que no hay resolución administrativa que haya declarado la antijuridicidad de las conductas alegadas por la demandante, y desconocido los artículos 217 y 218 de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establecen el

contenido de las resoluciones y el momento en que estas agotan la vía administrativa que, para el caso concreto, es el pronunciamiento final de la Sala de Libre Competencia sobre el fondo del asunto.

Los elementos anteriores permiten concluir que, además, una decisión de tal naturaleza estaría irrespetando el cumplimiento de deberes que la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los magistrados, en especial los de a) resolver con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso, consagrado en el artículo 184, numeral 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y b) administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente, igualmente incorporado al mencionado artículo de la referida ley, en su inciso 2.

7. El primer aporte jurisprudencial: caso «Lave versus Clorox-Quimpac»

Nuestra jurisprudencia, en la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, resolvió un caso singularmente importante para este tema. Mediante resolución 7, del 14 de marzo de 2007, dicha Sala revocó otra dictada en primera instancia por el Juzgado Civil Especializado, que había declarado improcedente la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por una de las demandadas. Consecuentemente, revocando el pronunciamiento del *aquo*, declaró finalmente fundada dicha excepción.

Se colige de dicha resolución 7 que se trataba de una demanda por daños y perjuicios ocasionados por supuestas violaciones al decreto legislativo 807. En ella, sin pronunciamiento administrativo previo, se buscaba una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por contratos especiales de aprovisionamiento de materias primas celebrados entre las demandadas. Evidentemente, de acuerdo con lo previsto en la normativa, una de las demandadas dedujo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, en atención a lo dispuesto por el artículo 25 del decreto legislativo 701, concordado con el artículo 16 de la ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, lo que no fue acogido por el juez especializado.

En vía de apelación la Sala Civil adoptó el criterio opuesto, en línea con lo establecido por la normativa vigente, concluyendo que si bien le corresponde al Poder Judicial determinar la indemnización por daños y perjuicios causada por actos contrarios a la libre competencia, ello no supone obviar —como lo hemos sostenido en el presente ensayo— el obligado tránsito por la vía administrativa.

Dado que se trata de una resolución pionera en la materia, vale la pena acompañar a la Sala en su razonamiento, hecho en los siguientes términos:

Séptimo: Que […] es de verse que la indemnización peticionada es por los daños y perjuicios que se habrían producido a consecuencia de los acuerdos, contratos, y/o prácticas violatorias del decreto legislativo 807 (prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia) que habrían sido cometidas por las demandadas;

Octavo: Ello conlleva a que el juzgador a fin de determinar la existencia o no de los daños y perjuicios tenga que dilucidar necesariamente en primer término respecto de la existencia de contratos y/o prácticas violatorias del decreto legislativo 807 […];

Noveno: Que, la ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi, señala en el artículo 16 que: «En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del Indecopi, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto ley se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual»;

Décimo: Asimismo, el artículo 21 de la citada ley establece que «Corresponde a la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, conforme a lo dispuesto por el decreto legislativo 701»;

Décimo primero: Que, siendo ello así, y tal como está planteado el petitorio de la demanda, se establece que para el caso de autos, se hace necesario que previamente se establezca en la vía administrativa la existencia o no de contratos y/o prácticas violatorias del decreto legislativo 807 […], materia de competencia del Indecopi conforme al artículo 21 antes citado;

Décimo tercero: Que si bien el primer párrafo del artículo 25 del decreto Legislativo 701 señala que «cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidas por la presente ley podrá ejercitar la acción civil de indemnización por daños y perjuicios»; ello conlleva a establecer que no será la vía administrativa en la que [se] dilucidará la existencia o no de daños y perjuicios, pues ello está reservado al Poder Judicial, sin que ello signifique obviar el tránsito por la vía administrativa, atendiendo a los términos planteados en el petitorio de la demanda; siendo de aplicación el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil.

8. Conclusiones

1. En materia de responsabilidad civil extracontractual se puede identificar una relación de *género* y *especie* entre el régimen general, previsto en el artículo 1969 del Código Civil, y el régimen especial, establecido como consecuencia de conductas contrarias a la libre competencia, regulado por los artículos 3, 4, 5 y 6 del decreto

legislativo 701 en cuanto a cuestiones de fondo, así como por el 25 de la citada norma y el 16 de la ley 25868 en cuanto a la calificación administrativa.

a) *El género*: bajo el sistema atípico consagrado en el Código Civil, se caracteriza porque el juez resuelve todo lo concerniente a los elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana.

b) *La especie*: en el marco de las conductas típicas contrarias a las normas de libre competencia, están preestablecidas en la ley especial (el decreto legislativo 701) y, además, están sujetas a la previa resolución de antijuricidad de la que es competente únicamente la administración especializada, conforme a los artículos 25 del decreto legislativo 701 y 16 de la ley 25868, aunque en los demás elementos se rija por las normas del Código Civil.

2. El desarrollo de nuestra legislación en el sentido de *tipificar conductas antijurídicas y exigir la calificación de estas en sede administrativa*, de manera previa, se sustenta en la siguiente justificación doctrinaria:

a) En materia de libre competencia, *los bienes jurídicos tutelados no son exclusiva ni fundamentalmente privados*, como ocurre en el marco del artículo 1969 del Código Civil; por el contrario, como sustento del mercado, la *libre competencia constituye un bien jurídico de interés general tutelado por el derecho desde una perspectiva constitucional*, de manera explícita en el artículo 61 de la Constitución y de manera implícita en los artículos 58 y 59.

b) Resulta entonces congruente con lo anterior que en el régimen especial se abandone la figura abierta del artículo 1969 del Código Civil para pasar a un sistema de conductas tipificadas en la propia ley (el decreto legislativo 701). Este tránsito hacia la tipificación en el régimen especial tiene un sólido sustento doctrinario, así como antecedentes legislativos en el derecho comparado.

c) En la misma dirección, *la calificación previa por parte de la administración* corresponde al interés general de la *garantía institucional de libre competencia* en el mercado, que constituye un elemento esencial en la reclamación de daños por actos contrarios a ella. También responde a la necesidad de *manejar con criterios técnicos figuras típicas debidamente tasadas* en el marco de la ley, que requieren su aplicación por parte de un ente dotado de capacidades especializadas para hacerlo.

Esto último justifica el requisito establecido en la ley especial —consistente en obtener una calificación previa de antijuricidad de la administración— como requisito de admisibilidad de una demanda por daños y perjuicios ocasionados por actos contrarios a la libre competencia, tal como lo dispone el artículo 16 del decreto legislativo 701 y el artículo 25 de la ley 25868.

Siguiendo este criterio, es destacable que la jurisprudencia administrativa en materia de contratación con el Estado haya considerado que la calificación previa

por parte de la administración constituye un requisito *sine qua non*, lo que marca un derrotero para la jurisprudencia administrativa futura.

En igual sentido, el Poder Judicial ya se ha pronunciado en una oportunidad por la imposibilidad de «obviar el tránsito por la vía administrativa» para reclamar los daños causados por conductas contrarias a la libre competencia previstas en el marco del régimen especial y singular de los decretos legislativos 701 y 807.

3. La *garantía institucional de libre competencia,* que supone la tutela del Estado en la represión de las prácticas contrarias a ella, en particular el abuso de posición dominante en el mercado, se ha desarrollado en el Perú a través de la creación de una *administración especializada: el* INDECOPI y, en concreto, la Comisión y la Sala de Libre Competencia como órganos de primera y segunda instancia administrativa respectivamente.

4. A partir de las garantías institucionales de libre competencia, libre iniciativa privada y defensa del consumidor, las normas han desarrollado una división de tareas coherente entre la administración especializada y el Poder Judicial, que tiene como pilares sustanciales el decreto legislativo 701, modificado principalmente por el decreto legislativo 807, y la ley 25868. Estos regulan *la competencia en sede administrativa para determinar las conductas tipificadas como contrarias a la libre competencia, el procedimiento a seguir para la tramitación de las denuncias por prácticas contrarias a la normativa especializada, las sanciones a imponer y la obligación de obtener una resolución firme que agote la vía administrativa sobre la antijuridicidad de la conducta antes de recurrir al Poder Judicial en vía resarcitoria*.

5. A consecuencia de lo anterior, es posible afirmar que en el marco de lo dispuesto por el artículo 45 de la Constitución, que habilita al legislador —respetando la supremacía de la Norma Fundamental— a imponer límites para el ejercicio del poder a través de los órganos que integran el Estado, se ha establecido una *coherente división de tareas en el campo de la libre competencia*: la *administración* resuelve, de manera exclusiva y excluyente, la antijuridicidad de las conductas contrarias a las normas de libre competencia; y el *Poder Judicial* resuelve las consecuencias jurídicas de estas, así como las demandas resarcitorias por el daño que tales conductas precalificadas por la administración puedan haber causado.

6. De aquí que sea plenamente justificado y de obligatorio cumplimiento, para la administración y para el Poder Judicial, el pronunciamiento previo de la administración para interponer una demanda por los daños y perjuicios ocasionados por tales conductas, en la misma medida en que resulta perfectamente fundada una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa si se recurre directamente al Poder Judicial —sin contar con el mencionado pronunciamiento previo

de la administración— como lo ha declarado recientemente una Sala Civil de la Corte Superior del Callao en resolución que marca un hito en esta materia.

7. La antinomia entre el régimen de responsabilidad extracontractual general del Código Civil y el régimen de responsabilidad aquiliana en materia de libre competencia se resuelve con las normas de interpretación jurídica que obligan a aplicar la ley especial (las normas de libre competencia por encima de la ley general, el Código Civil), particularmente en cuanto al a*gotamiento de la vía administrativa para establecer la antijuridicidad de la conducta contraria a las normas de libre competencia como presupuesto esencial de la reclamación resarcitoria que se presente ante el Poder Judicial*.

8. La ley especial en materia de libre competencia se justifica, al amparo del artículo 103 de la Constitución, por lo especializado del tema, que ha dado lugar a lo que la doctrina describe como «*la singularidad de la libre competencia*», en vista de la complejidad que entrañan el ordenamiento relativo a la libre competencia y el funcionamiento del mercado con un alto componente de análisis económico, a lo que se une la tutela que la Constitución le impone al Estado para procurar el funcionamiento del mercado en pro del bienestar general.

9. Dicha «singularidad» hace necesario que por ley se determine —como lo hacen los artículos 25 del decreto legislativo 701 y 16 de la ley 25868— que tales asuntos deber ser de conocimiento exclusivo y excluyente de la administración especializada; en este caso, el Indecopi.

10. Igualmente, dicha «singularidad» justifica plenamente la existencia del agotamiento de la vía administrativa para habilitar la procedencia de una demanda por daños y perjuicios ocasionada por prácticas contrarias a la libre competencia.

11. La calificación previa de antijuricidad en sede administrativa, a los efectos de permitir la admisibilidad judicial de una demanda por responsabilidad aquiliana provocada por conductas contrarias a la libre competencia, no es un requisito privativo del régimen jurídico peruano. Está igualmente previsto en el artículo 13, numeral 2, de la Ley de Defensa de la Competencia de España y allí se considera que la declaración firme obtenida en vía administrativa constituye un requisito de procedibilidad que permite rechazar liminarmente una demanda en caso se haya omitido.

12. Según las normas procesales peruanas, la omisión del agotamiento de la vía administrativa en el ámbito del Indecopi frente a una demanda por daños y perjuicios provocados por conductas contrarias a la libre competencia, permite que se declare la improcedencia de la demanda por las causales previstas en el artículo

427 del Código Procesal Civil o fundada una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (artículo 445, inciso 5, del Código de Procedimientos Civiles). Las razones para ello radican, en especial, en que (numeral 4 del mencionado artículo) el juez carece de competencia, que es el caso concreto en el que admita una demanda sin que previamente el Indecopi se haya pronunciado sobre la antijuridicidad de la conducta que provoca los daños y perjuicios a resarcir. A lo que debe añadirse que, ausente el elemento de la antijuridicidad —que resulta ineludible para resolver sobre los daños y perjuicios que dicha conducta pueda haber causado en el marco del artículo 1969 del Código Civil— el petitorio deviene en jurídicamente imposible (numeral 6 del artículo 4127), por lo que la vía administrativa deberá recorrerse necesariamente, y el juez, respetándola, deberá pronunciarse sobre la improcedencia de la demanda o hasta que dicha vía sea jurídicamente agotada conforme a lo dispuesto por el artículo 218 de la ley 27444, en su inciso e, o por fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa al amparo del inciso 5 del artículo 446 del Código de Procedimientos Civiles.

13. En el mismo sentido, la falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando las denuncias están siguiendo su trámite ante la autoridad administrativa y esta no se ha pronunciado a través de los instrumentos que señala la Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 27444, artículo 218, inciso e), constituye mérito suficiente para que se declare fundada una excepción descrita precisamente como «falta de agotamiento de la vía administrativa», según los términos del inciso 5 del artículo 446 del Código Procesal Civil.

Bibliografía

Abanto Vásquez, Manuel
1997 *El derecho de la libre competencia*. Lima: Editorial San Marcos.

Alpa, Guido
2001 *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
2006 *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.

Ariano Deho, Eugenia
2003 *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista Editores.

Bernales Ballesteros, Enrique
1999 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: RAO.

Bullard González, Alfredo

2003 *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales.* Lima: Palestra.

De la Vega García, Fernando

2001 *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Madrid: Civitas.

De Trazegnies Granda, Fernando

1988 *La responsabilidad extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2001 *La responsabilidad extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen IV, tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2006a «La teoría jurídica del accidente». En De los Mozos, José Luis y Carlos Soto Coaguila (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil.* Lima: Grijley, pp. 425-450.

2006b «La responsabilidad profesional no existe». En De los Mozos, José Luis y Carlos Soto Coaguila (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Responsabilidad de los profesionales, de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, pp. 357-393.

Díez-Picazo, Luis

1999 *Derecho de daños.* Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón

1994 *Sistema de derecho civil.* Sexta edición. Volumen II. Madrid: Tecnos.

Espinoza Espinoza, Juan

2002 *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

2006 «Sobre la importancia de considerar como supuesto de hecho autónomo a la responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes». En De los Mozos, José Luis y Carlos Soto Coaguila (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Responsabilidad de los profesionales, de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, pp. 447-517.

Fernández Cruz, Gastón

2001 «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica». *Ius et Veritas*. Lima, año XI, número 22, pp. 11-33.

2005 *Código Civil comentado.* Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 19 y ss.

Galán Corona, Eduardo
1977 *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Montecorvo.

Flint, Pinkas
2002 *Tratado de derecho de la libre competencia. Estudio exegético del DL 701*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kemelmajer de Carlucci, Aída
2006 «Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas». En De los Mozos, José Luis y Carlos Soto Coaguila (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. *Responsabilidad de los profesionales, de las personas jurídicas y del Estado*. Lima: Grijley, pp. 659-708.

Kresalja Roselló, Baldo
2004 «La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado». En García Belaunde, Domingo y otros. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 473-576.

León, Leysser L.
2004 *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores.

Lorenzetti, Ricardo
2006 «La responsabilidad civil». En De los Mozos, José Luis y Carlos Soto Coaguila (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil.* Lima: Grijley, pp. 451-494.

Messeguer, José
1999 *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

Monroy Gálvez, Juan
2003 *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Comunidad.

Schlesinger, Piero
2001 «La injusticia del daño en el acto ilícito civil». En Alpa, Guido y otros. *Estudios sobre la responsabilidad civil.* Traducción y edición de Leysser L. León. Lima: Ara.

Scognamiglio, Renato
2001 «Responsabilidad contractual y extracontractual». *Ius et Veritas*. Lima, año XI, número 32, pp. 54-70.

Taboada Córdova, Lizardo
2005 *Elementos de la responsabilidad civil*. Segunda edición. Lima: Grijley.

2006 *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil.* Presentación y compilación de Rómulo Morales Hervias. Primera edición. Lima: Grijley.

Tornos Mas, Joaquín

1991 «Parte IV. Comercio interior y exterior». En Martín-Retortillo, Sebastián (director). *Derecho administrativo económico.* Tomo II. Madrid: La Ley, pp. 555-743.

Vidal Ramírez, Fernando

2006 «La responsabilidad civil». En De los Mozos, José Luis y Carlos Soto Coaguila (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil.* Lima: Grijley, pp. 201-214.

VISINTINI, Giovanna

1999 *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.

2002 *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*. Lima: Ara Editores.

DE LA LEY AQUILIA A DIGESTO 9: PERSPECTIVAS SISTEMÁTICAS DEL DERECHO ROMANO Y PROBLEMAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*

*Sandro Schipani***

Introducción

La ley sobre los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China, de 1986, afronta en el capítulo VI el problema del «estar obligado» a causa de violaciones de los derechos en el ámbito civil. Este capítulo es coherente con la sistemática que caracteriza el conjunto de los Principios Generales que, después de haber tratado respectivamente sobre las personas naturales y jurídicas (capítulos II y III), de los actos y de la representación (capítulo IV) y de los derechos (capítulo V), sistematizan unitariamente los diferentes presupuestos y las diversas formas de tutela del cumplimiento de las obligaciones y del respeto de los derechos, de cuya violación derivan condenas y deberes de carácter privado. Esta sistematización unitaria se realiza sobre la base de dos géneros de presupuestos muy amplios: en efecto, los Principios Generales distinguen, por un lado, el incumplimiento de obligaciones, proveniente de contrato o de otra fuente (artículo 106, inciso 1), y por el otro, las violaciones o lesiones de derechos sobre las cosas o de la persona (artículo 106, inciso 2). Estos dos géneros son tratados en forma específica en las

---

* Me complace dedicar al colega Fernando de Trazegnies la versión en castellano de la ponencia por mí presentada al III Congreso Internacional «Derecho romano. Derecho chino. Codificación del derecho chino» (Pekín, 2005), en la que me ocupo de un tema que constituye una de las especialidades del homenajeado, autor de, entre otros, un profundo tratamiento sobre esta materia intitulado *La responsabilidad civil extracontractual* (de Trazegnies 1988), sobre el cual tuvimos oportunidad de conversar en su casa el 23 de septiembre de 1989, y que todos apreciamos. Respecto del original en italiano, en la presente versión solamente eliminé la remisión a volúmenes de traducciones en chino de las fuentes latinas.

** Profesor ordinario de Derecho Romano en la Universidad de Roma «Tor Vergata». Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires. Director del Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos de la II Universidad de Roma «Tor Vergata».

dos secciones siguientes, que prevén respectivamente el cumplimiento del contrato (artículo 111 y ss.) y la violación, turbación, lesión de los otros derechos (artículo 117 C.C.). La ley sobre los Principios Generales fija luego algunas normas del todo comunes, esto es, el principio que exige el requisito de la culpa, salvo diversa disposición de la ley (artículo 106, inciso 3); el principio según el cual la fuerza mayor comporta la exclusión de toda condena, salvo diversa disposición de la ley (artículo 107); el principio relativo al cumplimiento y a la admisión de cumplimiento parcial (artículo 108); la obligación de indemnización de los daños producidos en el ejercicio de la prevención o tutela de derechos (artículo 109). En fin, después de esas dos secciones hay una dedicada a las diversas formas de reacción frente a tales incumplimientos de las obligaciones y violaciones de los derechos: la cesación de la violación, la remoción del obstáculo, la eliminación del daño, la restitución del derecho, el restablecimiento de las condiciones originarias, el resarcimiento de la pérdida, etcétera (artículo 134).

El encuadre sistemático unificador y las divisiones que dentro del mismo se desarrollan son conformes con el espíritu sistemático del derecho romano. Las categorías generales corresponden a la existencia de principios comunes, y en su interior se colocan supuestos de hecho más específicos. Existe una interacción mutua en la determinación de unos y otros. Los principios comunes orientan un sector de la materia; la variedad de perspectivas es más cónsona con la variedad de las relaciones entre los seres humanos, y permite tener en cuenta sus matices, sobre los cuales es útil fijar la atención para introducir las necesarias distinciones.

Esta elaboración moderna hunde sus raíces en la riquísima elaboración sistemática preexistente, de la cual se alimenta, y ofrece contribuciones en diversas direcciones. Por ende, mis observaciones estarán dedicadas precisamente a algunas perspectivas sistemáticas antiguas, de la edad de la formación del sistema del derecho romano, desde los orígenes hasta Justiniano. En relación con tales perspectivas, emergen tanto continuidad de encuadres como también divergencias; sobre ambas considero que es útil reflexionar. He delimitado el ámbito de mis observaciones a la «responsabilidad extracontractual», sobre la base de uno de aquellos encuadres sistemáticos que considero tienen validez permanente (véase *infra*).

La primera línea de trabajo sobre la cual concentrarse está ciertamente constituida por la ley Aquilia; la segunda, por la sistematización de las fuentes de las obligaciones.; la tercera, por la construcción del Libro 9 del Digesto (D.). Pasemos a observarlas[1].

[1] Sobre algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual en el derecho romano desarrollé una ponencia ya en el primero de nuestros congresos: «El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: culpa y tipicidad» (Schipani 1995: 440 y ss.). En tal ponencia indiqué también sintéticamente la línea de lectura de muchos textos, cuya exégesis profundizada había hecho en mi

1. La ley Aquilia

La ley Aquilia, del siglo III antes de Cristo, preveía algunos supuestos de hecho más bien limitados, según los cuales si una o más personas destruían o deterioraban una cosa ajena, derivaba la obligación al pago de una suma de dinero a título de pena. Estos supuestos de hecho sustituyeron, por un lado, los previstos en leyes precedentes sobre la materia[2], y por otro, constituyen la base sobre la cual se elaboró el principio general de la responsabilidad extracontractual para nuestro sistema.

1.1 Los elementos de la *fattispecie* (tres fases de elaboración de los mismos) y el principio general según el cual la culpa, que provoca un daño, debe ser castigada

El texto de la ley nos resulta bien conocido, y es referido en los Digesta[3]. Las *fattispecie* originarias eran descritas a través de la identificación de cuatro elementos constitutivos: a) los verbos 'matar', 'quemar', 'romper', 'lesionar', según el uso lingüístico más antiguo, configuraban el evento de daño, es decir, destrucción, deterioro material de una cosa, y b) la conducta que materialmente lo produce con un contacto físico entre autor y cosa sobre la cual esta incide (una conducta de tal modo específica, de forma estrictamente impuesta, volvía irrelevante cualquier análisis del elemento subjetivo y de la relación de causalidad); c) la violación del derecho de propiedad, expresada en la indicación de que la cosa era 'ajena'; d) la necesidad de la 'injustificabilidad' de tal violación, es decir, de la ausencia de causas de justificación (el texto antiguo preveía además la «destrucción» del crédito a través de su remisión abusiva, pero la misma cae en desuso)[4].

---

trabajo precedente, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa* (Schipani 1969); seré muy breve sobre cuanto ya expuse en tal ponencia y en el libro, y hago a ellos remisión.

[2] D. 9.2.1 pr.

[3] D. 9.2.2 pr., Gai., Libro VII ad edictum provinciale. Lege Aquilia capite primo cavetur: «*Ut qui servum servamve alienum alienalve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*» («Dispónese en el capítulo primero de la ley Aquilia: "Que el que hubiere matado sin justificación al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año"»).

D. 9.2.27.5, Ulpianus, libro XVIII *ad edictum. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*» («Mas en el tercer capítulo dice la misma ley Aquilia: "Respecto de las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa sin iustificación, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos"»).

[4] D. 9.2.27.4; Gai. 3.215.

La ciencia jurídica republicana y clásica ha reelaborado estas *fattispecie*, reconstruyéndolas en relación con seis elementos constitutivos: a) el evento de daño, constituido por la destrucción, incendio, rotura y lesión de una cosa, al cual se agrega la consideración de la lesión del cuerpo de una persona libre que esté en potestad del *pater familias*[5]; b) la conducta, que pasa a incluir toda acción u omisión considerada «causa» del evento de daño; c) la relación de causalidad entre la conducta y el evento, cuyo análisis se desarrolla como consecuencia del diferente modo de entender la conducta[6]; d) la culpa: en efecto, la conducta debe resultar bastante calificada para poner a cargo de su autor el evento de daño que derive; ello se debe esclarecer, y es discutido sobre todo en caso de concurso de diversas causas convergentes en la producción del evento de daño, en relación con las cuales, precisamente, se desarrolla el criterio según el cual el evento de daño puede ser puesto a cargo del autor de la conducta si esta resulta reprochable por impericia, negligencia, imprudencia —en sustancia, por su 'culpa'—[7]; e) la violación del derecho de propiedad sobre la cosa destruida o deteriorada permanece en primer plano, pero con la admisión de la lesión del cuerpo de una persona libre sujeta a la potestad del *pater familias*, se considera también la violación del derecho de este[8]; y f) la ausencia de causas de justificación se somete a valoración a la luz de la culpa, por lo que ni aun su ejercicio puede hacerse en modo abusivo y reprochable[9].

Gayo[10] fija tres reglas con las cuales reinterpreta algunos puntos esenciales del texto de la ley: a) quien actúa con dolo o culpa lo hace en modo injustificado y debe resarcir el daño; b) las leyes no castigan a aquel que, en el ejercicio de una causa de justificación, provoca un daño; c) no es castigado aquel que sin dolo o culpa provoca un daño.

En la codificación justiniana se completa la reinterpretación del texto de la ley Aquilia realizada por los juristas clásicos. En los Digesta, al centro del título sobre la ley Aquilia se pone en evidencia la referencia a la culpa según una famosa

---

5 D. 9.2.7 pr. Con esta extensión se plantean muchos problemas relativos a la valoración del cuerpo de una persona libre. Véanse también D. 9.1.3 y D. 9.3.7, problemas inicialmente resueltos limitando la valoración a los gastos para las curas y a la disminución de la ganancia, para ampliarse sucesivamente: D. 9.2.13 pr. (véase *infra*).

6 Véase la distinción entre 'matar' y 'causar la muerte' en D. 9.2.7.6; la misma distinción está implícita en D. 9.2.7.3; 9.2.7.7. La discusión sobre la relación de causalidad es sutilmente desarrollada, por ejemplo, en D. 9.2.7.5; 9.2.15.1; 9.2.51 pr. 1.

7 D. 9.2.52.2; D. 9.2.29.2-4.

8 Véase D. 9.2.7 pr. citado, y la consideración de los gastos médicos y de la falta de ganancia actual y futura.

9 D. 9.2.39 pr.; 9.2.31.

10 Gai. 3.211. Para la exégesis de este fragmento, véase Schipani (1969: 249 y ss.).

definición de Quinto Mucio[11] y se orienta, a la luz de este criterio ya presente en la obra de los juristas clásicos, la elección e interpretación de sus contribuciones. El daño es extendido, sea incluyendo la lesión de otra persona que no esté en potestad de otros[12], sea superando el requisito de la lesión material de la cosa ajena, incluyendo, con una innovación de gran potencial expansivo, la lesión de la posibilidad de ejercitar el derecho sobre la cosa misma[13]. En las *Instituciones*, se reformula la *fattispecie* configurándola sobre los siguientes seis elementos constitutivos: a) conducta; b) evento de daño; c) violación del derecho ajeno; d) ausencia de causas de justificación; e) relación de causalidad; f) dolo o culpa.

Sería interesante desarrollar un rápido examen exegético de D. 9.2, o solo de las *Instituciones* de Justiniano (J.) 4.3, pero no es posible hacerlo aquí[14].

---

[11] D. 9.2.31: […] *culpam autem esse, quod a diligenti provideri potuerit non esse provisum* («[…] hay culpa porque habiéndose podido proveer/prever por persona diligente, no lo hizo»), sobre el cual puede verse mi intervención ya citada (*supra*, nota 1), a la cual reenvío; una exégesis más profunda en Schipani (1969: 133 y ss.; 1992a).

[12] Véase el importante y discutido D. 9.2.13 pr. De la consideración de la lesión a una persona libre derivan importantes desarrollos ulteriores, como aquellos conexos al caso de muerte de la persona libre, que aparecen ya entre las líneas de D. 9.2.7.4. Estos desarrollos implican otros notables cambios de las reglas de la ley; en efecto, en caso de muerte de la persona libre que no está en potestad de otros, se pone el problema de la legitimación activa al ejercicio de la acción que, según la ley, correspondía al propietario de la cosa/titular del derecho de potestad sobre la persona sometida.

[13] La destrucción o el deterioro material de la cosa descrita por los verbos contenidos en el texto de la ley, *supra* mencionados, es superada en J. 4.3.16, parte final, donde se conduce al ámbito de la aplicación de la ley Aquilia un caso de daño producido al esconder a un siervo en fuga; este caso precedentemente era perseguido a través de una acción modelada sobre el hecho, creada probablemente en el ámbito de la tutela contra el dolo, precisamente porque en ella no se perfeccionaba la lesión material de la cosa, pero igualmente constituía una lesión del derecho (D. 4.3.7.7).

[14] El título J. 4.3 deriva claramente de Gai. 3.210-219; este ha sido en parte reformulado y en parte integrado con agregaciones: J. 4.3 pr. deriva de Gai. 3.210; J. 4.3.2-3, de Gai. 3.211; J. 4.3.9-11, de Gai. 3.212-214 (con inversiones internas y agregados); J. 4.3.12, de Gai. 3.215-216 (pero con un radical cambio, análogo a D. 9.2.27.4); J. 4.3.13, de Gai. 3.217; J. 4.3.14, segunda parte, de Gai. 3.218; J. 4.3.15, de Gai. 3.218; J. 4.3.16, primera parte, de Gai. 3.219. Se nota, por ende, que en J. existen algunos agregados respecto al modelo gayano: una, bastante amplia, parágrafos 4-8, a la cual se debe relacionar por contenido aquella de la primera parte del parágrafo 14; y otras, menores, parágrafo 1; parágrafo 2, segunda parte; parágrafo 9, segunda parte; parágrafo 10, primera parte; parágrafo 13, parte final; y parágrafo 16, segunda parte. Considero que estos agregados, más que a otros modelos clásicos que no poseemos, están inspirados en los textos recogidos en el Digesto, que estaba ya casi completo: parágrafo 1, por la citación de Marciano, de D. 32.65.4, parte final; parágrafo 2, segunda parte, de D. 9.2.4 pr.; parágrafo 4, de D. 9.2.9.4 y 10; parágrafo 5, de D. 9.2.31; parágrafo 6, de D. 9.2.8 pr.; parágrafo 7, de D. 9.2.7.8 y 8 pr., y para las primeras palabras, tal vez recordadas de memoria, de D. 50.17.132; parágrafo 8, de D. 9.2.8.1; parágrafo 14, primera parte, de D. 9.2.30.3, inicio; parágrafo 16, parte final, de 4.3.7.7. Limitándome a la problemática de la *culpa*, el agregado indicado, constituido por los parágrafos 4-8 y las modificaciones en ellos realizadas de los textos del Digesto, que constituyen la base sobre la que se inspiran, expresan de modo directo el trabajo y la intención de la comisión de Justiniano.

Sin embargo, puede indicarse una primera conclusión: D. 9.2 y J. 4.3 se benefician de la elaboración precedente y fijan para los siglos sucesivos el principio según el cual cualquiera que, no por casualidad, con dolo o culpa, sin causa de justificación, mata o lesiona, o de cualquier manera produce un daño a persona o cosa ajena, está obligado a pagar una suma de dinero a título de pena[15].

En la reprochabilidad de la conducta, que se expresa en las referencias al dolo o la culpa[16], se concentra el fundamento para infligir una sanción a toda conducta en cuyo despliegue no se ha previsto usar aquellas precauciones que evitasen que tal conducta causase un evento lesivo de un bien ajeno jurídicamente protegido («la culpa, que causa daño a otros, se debe punir»). En esta reprochabilidad radica el dinamismo de un principio capaz de extenderse a toda situación lesiva, incluso nueva y que el legislador no se había planteado jamás hasta ese momento.

Este principio, que adquirió madurez en la reflexión de los juristas romanos, ha guiado aquella de los juristas posteriores, para después desembocar en los artículos en la materia de los códigos civiles, que lo prevén (así por ejemplo, el artículo 1382-1383 del Código Civil francés; el parágrafo 823 del BGB/1900, Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil de Alemania); el artículo 2043 del Código Civil Italiano, de 1942; el artículo 2314 del Código Civil de Chile, de 1857; el artículo 1067 del Código Civil argentino, de 1871; el artículo 186 del Código Civil de Brasil, de 2003, etcétera); es también recogido en los *Principios generales* de la República Popular China, en su artículo 106, inciso 2, y considero que debe seguir siendo el principio cardinal de la materia.

1.2 El rol de la punición de la culpa en la prevención del daño

De este principio deseo subrayar, además, su valor en relación con la prevención del daño. La ya citada definición de Quinto Mucio, colocada en el centro del título 9 del Digesto, indica el deber de *providere*; este verbo significa sea 'prever',

---

Ellos encuentran una correspondencia en la modificación de Gai. 3.211 realizada en los parágrafos 2-3, y en el agregado de la primera parte del parágrafo 14. Las primeras constituyen la ejemplificación; las segundas, la sistematización teórica. Sería útil analizarlas brevemente comenzando por las primeras; véase Schipani (1969: 451 y ss.).

[15] No puede compartirse la línea interpretativa sostenida por algunos estudiosos (Giovanni Rotondi, por ejemplo), también sobre la base de cuanto enuncian autores del 1600-1700 (Christian Thomasius, por ejemplo), según los cuales el principio por el cual «la culpa, que produzca una daño a otros, debe ser castigada», habría sido elaborado por la escuela del derecho natural. Esta línea interpretativa pierde de vista formulaciones precisas de los textos romanos y su rol en la misma maduración de los enfoques de tal escuela (no es este, por lo demás, el lugar donde puedo examinar este problema).

[16] Nótese que en latín el sustantivo 'culpa' deriva del verbo *culpo*/'inculpar' y expresa la necesidad de que la conducta que causa el evento sea 'reprochable', según un juicio social.

sea 'proveer'; es decir, también sin haber previsto concretamente el eventual daño, observar aquellas reglas de diligencia, pericia, prudencia, etcétera, que maduraron de la experiencia y del conocimiento del tipo específico de conductas, a fin de evitar que de ellas deriven efectos nocivos para los otros. En otras palabras, se adscriben a la culpa, la impericia, la negligencia, la imprudencia, la inobservancia de normas que frecuentemente de por sí no comportan una verdadera sanción, sino únicamente cuando de ellas derive un daño, una lesión, una ofensa[17]. Es evidente que sancionar la inobservancia de tales reglas cuando la misma provoque un daño invita a su observancia; en consecuencia, el principio en examen está dirigido a hacer observar reglas destinadas a prevenir los eventos de daño[18].

2. Los delitos y las *fattispecie* que a estos se asimilan como fuente de obligación

2.1 Gai. 3.88: la obligación y sus fuentes: en particular los delitos

Las *Instituciones* de Gayo, en la sistematización de la materia de los bienes que se desarrolla en los Libros 2 y 3, después del tratamiento de los derechos reales y del derecho a la herencia, ponen en primer plano la obligación. Las *Instituciones* de Gayo, así, recogen el fruto de una elaboración de muchos siglos, que ha venido delineando la obligación en su unitariedad y especificidad, como vínculo con una colaboración para la prestación debida, con sus diferentes contenidos (dar, hacer, garantizar) y requisitos de posibilidad, licitud, suficiente determinación, voluntariedad, patrimonialidad. Las mismas, además, refuerzan esta construcción

[17] Un texto en el cual resulta ejemplar el proceso lógico de construcción del concepto de culpa, incluyendo en este la falta de pericia y también la misma debilidad, que no justifica a aquel que está obligado a saber que para desarrollar determinada actividad debe disponer de cierta fuerza, es D. 9.2.8. Véase también, por ejemplo, J. 4.3.7. Una perspectiva particular se presenta en relación con J. 4.3.4: la norma violada por el no militar que se ejercita en disparar flechas en un lugar a ello destinado no es una norma dirigida a prevenir los eventos de daño (tal es la norma de no hacer ejercicios peligrosos fuera del lugar a ello destinado), sino una norma 'de policía' que prohíbe a los no militares realizar ejercicios de este tipo.

[18] Las críticas a la eficacia actual de este enfoque se sostienen, como es sabido, en muchos argumentos: el sistema de aseguración; la relación costos (del respeto de las reglas)-beneficios (que derivan de su violación), etcétera. Estos argumentos, que no pueden ser aquí examinados, son relevantes en relación con situaciones particulares, pero no parecen en cambio ser decisivos, porque, por ejemplo, también la aseguración deviene más costosa para quien produce muchos daños. Cierto, la prevención se debe poder valer también de otros instrumentos, entre los cuales, por ejemplo, la sanción directa de las mismas normas de prudencia, como sucede respecto de las reglas de seguridad sobre los lugares de trabajo, o en la circulación de automóviles, reglas para las cuales se encuentran previstas, precisamente, sanciones en caso de violación en sí, aun independientemente de la realización de un daño.

distinguiendo y reuniendo los modos en que surge[19] o se extingue[20] esta relación jurídica específica; o, en el proceso, cuando se incumple y subsisten los presupuestos previstos, y se convierte en la obligación de cumplir la condena[21]. La sistematización de las fuentes de las obligaciones, luego, recibe ciertamente una contribución fundamental, aun si simplificada y perfectible, con la afirmación de que todas las obligaciones derivan de contrato o de delito[22].

De esta división, la categoría que ha sido objeto de mayores profundizaciones ha sido siempre la del contrato[23]. Aquí interesa la categoría del delito privado[24].

2.1.1 Los crímenes y delitos (las cuatro fattispecie de delitos)

Es sabido que el derecho romano se caracteriza por la presencia sea de crímenes públicos, sea de delitos privados. Los primeros son aquellos que lesionan a la comunidad, como por ejemplo el daño nocturno y el incendio de la cosecha[25]; la violación de parte del patrono de la confianza que el cliente ha depositado en

---

[19] Gai. 3.88 y ss.; 3.182 y ss.

[20] Gai. 3.168 y ss.

[21] Gai. 3.180, parte final.

[22] Esta división es objeto de muchos estudios, incluso relativos a sus relaciones con las posibles utilizaciones por parte de los juristas romanos de resultados de la reflexión de los filósofos griegos en la elaboración del discurso sistemático; cf., por ejemplo, Grosso (2001: 852 y ss.).

Respecto de esta división, se cita un texto de Aristóteles, *Ética a Nicómaco* 5.2.12-13; 1130b-1131a, que divide la justicia en justicia distributiva y justicia correctiva, y en esta segunda distingue las 'relaciones sociales recíprocas', en las cuales las relaciones de las personas se reequilibran: según la voluntad (por ejemplo: compraventa, mutuo, fideiusión, comodato, depósito, locación) y no según la voluntad, o constreñidas (por ejemplo, acciones clandestinas: hurto, adulterio, envenenamiento, etcétera; acciones violentas: secuestro de persona, lesiones, homicidio, etcétera). Me parece que la misma pudo haberse tenido presente solo de modo muy general.

[23] Véase Schipani (1992b: 16 y ss.). La categoría del contrato ha sido estudiada, sea en su relación con la anterior definición de contrato dada por Labeón (D. 50.16.19), sea por su superposición a la preexistente cuatripartición del 'contraer' con la cosa, las palabras, lo escrito, el consenso (Gai. 3.89), sea, en fin, en relación con la insuficiencia de la bipartición misma respecto de la necesidad de calificar como fuentes de obligaciones también casos como la gestión de negocios o la tutela, etcétera. A propósito de esta crítica, se subraya la exigencia de simplificación didáctica de este texto de las *Instituciones* y se menciona también la tripartición que el mismo Gayo ha formulado en otra obra suya, más extensa y profunda, en la cual dice que toda obligación nace o de contrato o de delito, o de otros tipos diversos de causas, cada una típicamente determinada (D. 44.7.1 pr.; en realidad, hay quien pone en duda que la obra a la cual pertenece este fragmento, esto es, las *Res cottidianae* o *aurea*, se deba atribuir a Gayo; no es este el lugar para afrontar este problema, pero es opinión difundida ya y existen buenos motivos para considerar que sea de Gayo).

[24] En las fuentes romanas, el término 'delito' indica, sin necesidad de calificación, aquel privado; la locución 'delito privado' es usada solo en la rúbrica de D. 47.1 y en la Constitución de Justiniano Tanta 8.

[25] Véase XII Tablas, 8.8; 8.9; 8.10.

él[26]; la *perduellio*, que incluía varias formas de traición, acuerdos con el enemigo o subversión del orden constituido[27]; el homicidio[28], etcétera, sancionados con la consagración del culpable a una divinidad o con otras sanciones cuya irrogación involucraba a la comunidad misma. En cambio el hurto[29], el corte de árboles[30], las lesiones personales y la ofensa[31], que luego serían reunidas por el pretor en la *fattispecie* general de ofensas injustificadas a la persona[32]; el daño producido por animales, ya *supra* recordado[33]; las hipótesis de daños[34], luego en parte abrogadas y sustituidas por la ley Aquilia sobre el daño injustificado, ya *supra* recordado; la rapiña, extraída por el pretor de la base constituida por la previsión de la ley relativa al hurto, constituyen un grupo de cuatro supuestos que lesionan algunos bienes jurídicos de naturaleza o patrimonial o personal muy cercanos a la vida de cada uno y del respectivo núcleo familiar (es decir, la material disponibilidad de las cosas propias respecto a la sustracción de las mismas, y a su integridad; la integridad física y moral de la persona).

2.1.2 La obligación a una pena pecuniaria como consecuencia de los delitos privados

El tipo de sanción de los precitados hechos ilícitos del segundo grupo era inicialmente variado, y consistía en la muerte o en un sufrimiento o mutilación física por parte de la persona lesionada o de su *pater familias* al autor del hecho ilícito (por ejemplo, para el ladrón descubierto en flagrancia, el azote o la flagelación, y la ejecución capital o la asignación como siervo[35]; para el autor de lesiones graves a un miembro de una persona, el talión[36], etcétera), pero luego se transformó en obligación el pago de una suma de dinero. Esta transformación es fundamental.

'Pena' indica la suma de dinero que el reo pagaba en lugar de la sanción corporal sobre su propia persona; este pago, sobre la base del cual el reo extinguía su responsabilidad por el hecho ilícito cometido, inicialmente era voluntario, fruto de

---

[26] Véase XII Tablas, 8.21.

[27] Véase Livio 1.26.

[28] Ley de Numa referida por Festo en la voz *Parrici<dii>*; luego, XII Tablas, 8.24.

[29] Véanse XII Tablas, 8.12 y ss.; D. 47.2.

[30] Véase XII Tablas, 8.11, sobre el cual D. 47.7.1.

[31] Véase XII Tablas, 8.2-4.

[32] Véase D. 47.10.

[33] Véanse XII Tablas, 8.6; D. 9.1.

[34] Véanse XII Tablas, 8.5; 8.11; D. 9.2.

[35] Gai. 3.189.

[36] Gai. 3.223.

un acuerdo, como podemos deducir además de las XII Tablas[37]; luego, este pago se transforma en obligatorio por ley, para excluir una acción corporal y violenta de una persona privada sobre otra. El concepto histórico-dogmático de 'pena' indica la sanción de pagar una suma de dinero[38]por fuerza de una obligación que nace directamente de la comisión de los delitos mismos[39], a cargo del reo y a favor de la parte lesionada, la cual es, aun como particular, titular del derecho, y de la carga de volver efectiva la punición a la ofensa de los bienes así protegidos[40].

Coherentemente con tal concepto, características de estas obligaciones son: a) la determinación de la medida de la suma de dinero debida como 'pena' se realiza, al margen de la voluntad de las partes, sobre la base de parámetros relacionados en modo indirecto y vario con el interés y el daño, y, en las lesiones injustificadas a la persona, con lo «bueno y equitativo», es decir, con aquello éticamente correcto y concorde con la paridad de tratamiento; b) la solidaridad acumulativa, esto es, si el hecho ha sido cometido por varias personas en concurso, la obligación surge a cargo de cada persona por el total de la suma de dinero, y el pago de parte de una no extinguía la obligación de la otra; c) el concurso acumulativo con las pretensiones reipersecutorias, que tienen la función de reintegrar un daño patrimonial que derive o del incumplimiento de una obligación (véase también *infra* 2.4) o de la falta o inadecuada restitución luego de una usurpación o menor turbación de un derecho real (véase también *infra* 3-45); d) la intransmisibilidad pasiva frente a los herederos del reo[41]; e) la noxalidad, como alternativa entre pago de

---

[37] Véase XII Tablas, 8.2, en la cual se prevé la pena del talión si no se realiza la composición voluntaria entre las partes con el pago de una suma de dinero.

[38] También los crímenes públicos pueden comportar una sanción constituida por el pago de una suma de dinero, pero esta es una 'multa', no una obligación a favor de la parte lesionada (cf. D. 50.16.131.1; D. 50.16.244).

[39] Gayo, en D. 44.7.4, compara el modo de producirse de estas obligaciones con aquellas que, en el ámbito de los contratos (Gai. 3.89), surgen directamente del cumplimiento de la entrega de una cosa (*re*): es decir, él quiere subrayar que, en las obligaciones que derivan de delito, la obligación surge directamente de la comisión del delito, y es el hecho delictuoso mismo la causa obligacional que plasma las consecuencias, a cuya determinación no concurre la voluntad de las partes.

A propósito de los cuatro supuestos que he citado, he indicado también que hubo intervenciones del pretor que, sin embargo, no modificaron el fundamento civilista de estos ni el consecuente enfoque dogmático que ve derivar directamente del supuesto de hecho la relación obligatoria, como fundamento de la acción respectiva.

[40] Me refiero a la noción de 'particular' presente en D. 1.1.1.2.

La doctrina a veces interpreta este protagonismo de los particulares solo como expresión de debilidad de la acción «del Estado», pero considero que ello expresa más bien la inclusión directa y difundida del ciudadano y de las estructuras familiares en formas de tutela que van más allá de la búsqueda de la satisfacción resarcitoria y de la aplicación de criterios de distribución de los daños, y se desarrolla en relación con aquello que se ha ido plasmando como reproche y 'pena'.

[41] D. 47.8.2.27.

la pena y entrega del autor del delito cometido por una persona sometida a la potestad de otros, alternativa en la cual se manifiesta el carácter personal de la responsabilidad (sobre este punto, véase también *infra* 3).

Todas estas características son expresión coherente de una continuidad entre la pena corporal y la obligación que tiene por objeto la pena pecuniaria, que se define, precisamente, en el permanecer primariamente personal; relacionada con el reproche social de un reo, con la 'punición' por una culpa suya (o dolo), y no con una problemática de repartición de los daños.

Gayo, entonces, en el texto de las *Instituciones supra* recordado, ha recogido el fruto de este desarrollo, madurado por más de dos siglos, y ha unificado sobre la base del concepto fuerte de 'delito' las cuatro *fattispecie* mencionadas[42], de las cuales ha puesto en primer plano que son: a) fuente de obligación; b) paralelas al contrato[43].

2.2 El estar obligados «como de delito» y el surgimiento de hipótesis de responsabilidad sin culpa

A los delitos del derecho civil indicados el pretor agrega, ya desde edad temprana (siglos II-I a. C.), la previsión de otros numerosos supuestos de hecho, a propósito de los cuales concede acciones pretorias con características similares a las acciones penales precitadas, que son de tanto en tanto adaptadas. Entre estas acciones se pueden recordar las acciones para garantizar la seguridad de quien pasa o se demora por las calles respecto de cosas que se derramen o sean arrojadas por la ventana, que prevé una responsabilidad de quien habita en la casa aun sin su hecho o culpa (sobre esta, ver también *infra*). Entre tales acciones existen también aquellas contra quien administra una nave, un local, o un establo o caballeriza, por el daño o el hurto de bienes cometido por ellos mismos o por sus dependientes en los lugares donde estos bienes habían sido recibidos[44], que deja ver una responsabilidad por el hecho del tercero que colabora en una empresa,

---

[42] Gai. 3.182-225.

[43] Gai. Se podría subrayar que, en los delitos, el efecto del nacimiento de una obligación no es querido por el autor del hecho; mientras que en los contratos es querido, como se recalca específicamente en Gai. 3.91, al final.

Esta observación sobre la voluntad de los efectos podría relacionarse con cuanto he recordado *supra* (nota 22) a propósito de la división de Aristóteles en cuanto a las relaciones de la justicia correctiva. Sin embargo, el pago de lo indebido, indicado en Gai. 3.91 como una fuente de obligación no querida, no es en realidad siquiera un delito. Resulta confirmada una cierta insuficiencia de la bipartición, y también que la influencia de la bipartición de Aristóteles sobre la bipartición en Gai. 3.88 se debe aceptar en términos generales. 3.182-225.

[44] D. 4.9; D. 47.5.

aun sin culpa de aquel que ejercita tal empresa, en consideración de la confianza que el pasajero ha depositado en él. Entre estas acciones de origen pretorio se puede también recordar la conocida acción por el dolo, luego absorbida en parte por la colocación del dolo como vicio de la voluntad en los negocios jurídicos, que sin embargo no ha agotado su función[45]. Se pueden recordar las acciones por la corrupción del siervo[46], por la violación del sepulcro[47], por la violencia del encargado de la recaudación de los impuestos[48], por el juez que haya juzgado abusando de su poder[49], etcétera.

Bajo el perfil dogmático, la ciencia jurídica romana ha concluido que también de estas acciones creadas por el pretor y de los supuestos por él delineados nacen obligaciones. Gayo sabe que debe tenerlas en cuenta en aras de una construcción del sistema de las fuentes de las obligaciones más completa[50]. En esta reelaboración, él, con referencia a las varias causas de obligación, considera precisamente una serie de causas típicas de obligaciones de las cuales subraya que no son ni contratos ni delitos, y para algunas alude a una similitud de sus efectos con aquellos relacionados con una acción de contrato, aun no siendo contratos[51]; para otras, y ello es para los supuestos del juez que haya abusado de su poder, de las cosas derramadas o arrojadas por una ventana, del comandante de una nave o del dueño de un hotel o establo por los delitos de sus colaboradores, él observa que el autor del hecho resulta estar obligado 'como de delito'[52], pero no configura categorías unificadoras, y prefiere colocar en primer plano la tipicidad de cada una de estas «diversas figuras de causas». Él desarrolla una reflexión esencialmente atenta a la tipicidad, y da solo ejemplos, sin siquiera pretender hacer un elenco completo.

Estas intervenciones del pretor han, a su tiempo, integrado la tutela de bienes tutelados respecto de los delitos *supra* vistos, y ampliado la gama de los bienes tutelados. Algunos de estos supuestos típicos configuran una responsabilidad sin culpa afirmada en consideración de razones particulares de cada uno, que prevalecen frente a la coherencia lógica de la relación entre reprochabilidad de la conducta y punición; se desarrolla aquí la consideración de un rol no aflictivo de la sanción sino resarcitorio, sobre la base de exigencias de repartición de los daños.

---

[45] D. 4.3.

[46] D. 11.3.

[47] D. 47.12.

[48] D. 39.4.1.

[49] Gai. 4.52; D. 5.1.15.1; D. 50.13.6.

[50] D. 44.7.1 pr., sobre el cual *supra,* nota 24.

[51] D. 44.7.5 pr.-3.

[52] D. 44.7.5.4-6. Algunos estudiosos, sin embargo, piensan que esta es una posterior alteración del texto.

2.3 Las obligaciones que nacen de delito y como de delito en la sistematización de las *Instituciones* de Justiniano: J. 3.13.2

La sistemática de las *Instituciones* de Gayo está a la base de la de las *Instituciones* de Justiniano; en estas, sin embargo, se reúnen en forma programática las obligaciones civiles y las pretorias[53]; por lo tanto, deben tratarse los supuestos de hecho que son fuente tanto de unas como de otras.

En las *Instituciones* de Justiniano se tratan sobre todo los cuatros delitos considerados por Gayo en sus *Instituciones*[54]: en J. 4.1-4 se tratan unitaria y sucesivamente el hurto, la rapiña, el daño provocado injustamente y las lesiones y ofensas injustificadas a las personas. La figura del delito permanece con toda la complejidad que tenía para los clásicos a propósito de los bienes tutelados; y el significado de la obligación por una pena, en la cual el perfil aflictivo y punitivo se relaciona con la iniciativa de los particulares (aun con una serie de reconsideraciones significativas, sobre las relaciones con la tutela resarcitoria y con aquella criminal[55]).

Siempre en las *Instituciones*, junto a los delitos indicados se colocan los supuestos de origen pretorio del juez que abuse de su poder en el juzgar; de las cosas derramadas o arrojadas desde una ventana, o colgadas en modo peligroso; del comandante de una nave o de los que están al frente de un hotel o de un establo de animales por los delitos de sus colaboradores (J. 4,5), que amplían la gama de los bienes tutelados. En relación con estas figuras de causas de obligaciones, en vez de conservar el método de la tipicidad, que permite poner en evidencia solo las particularidades de cada supuesto y de los efectos previstos, se utiliza la ambigua locución unificadora presente en el citado texto de Gayo: 'como de delito'[56]. Existen, en consecuencia, obligaciones de delito y como de delito, con un agregado a la categoría del delito de una segunda categoría frente a la cual habrá siempre dificultad para determinar su individualidad y el criterio de distinción respecto a la otra. Estas dos categorías se agregan a una reflexión paralela en materia de contratos, y así se presenta una cuatripartición de las fuentes de las obligaciones: de contrato, como de contrato, de delito y como de delito (J. 3.13.2).

Las hipótesis señaladas como obligaciones 'como de delito' son, por otra parte, como he evidenciado *supra*, heterogéneas. En el intento de volverlas homogéneas, emerge una línea interpretativa que, aun con atenuaciones, quiere reconocer un

---

[53] J. 3.13.1. Es necesario tener siempre presente que cada división en especies es contemporáneamente constitutiva, aun si solo implícitamente, del género unitario, que es precisamente dividido; en el caso específico, el género está constituido por la 'obligación' definida en J. 3.13 pr.

[54] Gai. 3.182-225.

[55] Véanse, por ejemplo, J. 4.3.11 y J. 4.4.8.

[56] D. 44.7.5.3-6.

genérico 'haber pecado'[57] de la persona obligada (en las fuentes griegas se pasa del estar obligado 'como de delito' al haber cometido un 'cuasi delito', con un cierto 'color de culpa'). Ello reflejaría una tendencia divergente respecto al complejo sistema establecido en D. 9, al cual me referiré a continuación.

2.4 Las obligaciones de delito y 'como de delito'. Su distinción de los efectos del incumplimiento de las obligaciones (la distinción de la responsabilidad extracontractual de aquella por incumplimiento de las obligaciones)

La particularidad de la obligación respecto de la variedad de los vínculos, deberes, cargas, etcétera, y las diferentes divisiones de sus fuentes, evidencian todas ellas la distinción entre responsabilidad extracontractual, que deriva de delito y figuras afines, vistas rápidamente *supra*, y responsabilidad contractual, que es consecuencia del incumplimiento de obligaciones. Este último ocurre al interior del específico vínculo obligatorio existente entre las partes, que posee las características *supra* señaladas, surgido de la fuerza de una fuente destinada a ello, y que produce la sustitución de tal primer vínculo con otro cuya prestación está constituida por una suma de dinero del valor de la prestación no cumplida y del daño previsible. En cuanto a algunas fuentes de la obligación, luego, la voluntad de las partes concurre en la modelación de la prestación y las modalidades de la misma, pudiendo inclusive incidir sobre las consecuencias del incumplimiento y sobre los criterios de responsabilidad. Cierto, a veces el mismo hecho puede constituir, sea un delito, sea el incumplimiento de una obligación, y a veces el contenido del acuerdo contractual coadyuva en la definición del ámbito de la licitud y de la ilicitud de la misma conducta del delito, e inclusive puede darse concurso entre las dos formas de responsabilidad: así por ejemplo, entre comodato y hurto[58], entre locación y hurto[59], entre locación y daño injustificado[60] etcétera; las dos formas de responsabilidad, por otra parte, permanecen diferenciadas.

La distinción de la responsabilidad extracontractual de aquella por incumplimiento de las obligaciones ha guiado la reflexión de los juristas romanos y de los posteriores para desembocar en los artículos sobre la materia de los códigos civiles, sea en aquellos en los cuales ella se continúa configurando sobre las categorías de 'delito' y 'cuasi delito' (Código Civil de Francia de 1804, artículo 1370; Código Civil italiano de 1865, artículo 1097; Código Civil chileno de 1857, artículo

[57] J. 4.5 pr.

[58] D. 47.2.72 pr.

[59] D. 44.7.34.2.

[60] D. 9.2.7.8; 9.2.27.11, etcétera.

2314; Código Civil argentino de 1871, artículo 1073), sea en aquellos en los cuales se utiliza la categoría del 'acto' o 'hecho ilícito' (BGB, Código Civil alemán de 1900, artículo 823; Código Civil italiano de 1942, artículo 1173). También los proyectos de unificación del derecho en Europa van en esta dirección, común, como se señaló al inicio, a los Principios Generales del Derecho de la República Popular China (artículos 111 y ss.)[61].

3. La construcción del Libro 9 del Digesto

3.1 El surgimiento de la concurrencia de la persecución penal privada y de aquella pública, y la tendencia a la formación del derecho penal unitario con D. 47-48

En cuanto a las figuras de los delitos y aquellas creadas por el pretor que se asimilan a las primeras, ya a partir del siglo I a. C. asistimos al inicio de un proceso de identificación de nuevos crímenes, de los cuales algunos coinciden con las formas más graves de los hechos ilícitos que se comprenden en las figuras de los delitos privados (por ejemplo, la ley Cornelia sobre lesiones y ofensas a las personas identifica un crimen público en el cual es posible incluir hechos que pueden ser también subsumidos en el delito de lesiones y ofensas injustificadas a la persona), y se desarrolla un concurso alternativo entre sanción aflictiva pública y obligación por una pena pecuniaria privada[62]. A este proceso de «publicización» de la reacción frente a los hechos ilícitos, además de la penetración de la persecución de los hechos ilícitos mismos por obra de los magistrados, y por ende

[61] Véanse los resultados de los trabajos del grupo coordinado por Von Bar, y el del Grupo de Trabajo sobre Actos Ilícitos (de este, véase European Group of Tort Law 2005).

Un encuadre que parece unificar la 'responsabilidad' lo encontramos por último en Francia, en el reciente Preproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones (Catala 2006); en este, en efecto, existe una parte dedicada de modo unitario a la 'responsabilidad civil' (coordinadora: G. Viney), proponiendo con ello una sensible modificación del Código Civil francés vigente (artículos 1146 y ss.; 1382 y ss.). Sin embargo, luego, la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual se introduce nuevamente; en efecto, en relación con los presupuestos de los cuales deriva la responsabilidad, el Preproyecto identifica, sea elementos comunes (artículo 1343 y ss.: el daño resarcible, la relación de causalidad, las causas de exclusión de la responsabilidad, es decir, la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención determinante del hecho del damnificado o de un tercero por el cual el damnificado no responde), sea elementos diversos (artículos 1352 y ss.; 1363 y ss.), por lo que uno es el supuesto del cual deriva responsabilidad extracontractual y otro aquel del cual deriva responsabilidad contractual. El Preproyecto reafirma después el principio propio de la tradición francesa por el cual, en presencia de ilícito contractual, no se puede optar por la responsabilidad extracontractual (artículo 1341, inciso 2), para tutelar las cláusulas específicas que las partes pueden haber convenido con el objeto de regular la responsabilidad contractual misma.

[62] Véanse por ejemplo D. 47.10.5.7, etcétera; J. 4.4.8.

también de la irrogación de penas públicas en ámbitos de tutela precedentemente confiados a la sola reacción de los particulares, se acompaña la posibilidad de hacer valer, asimismo, las pretensiones constituidas por las obligaciones a la pena pecuniaria privada en el ámbito del proceso relativo a los crímenes públicos, que en el entretanto había ido cambiando de forma[63]. Esta posibilidad —el directo acercamiento de los dos tipos de persecución del hecho ilícito dentro del mismo proceso— concentra el valor de la reprochabilidad social sobre la pena pública y abre la vía a una reinterpretación de la pena pecuniaria objeto de obligación, en la cual se acentúa el perfil resarcitorio del daño (se desarrolla la elaboración de la noción de acciones mixtas, que persiguen pena y resarcimiento[64]).

Con este proceso de «publicización» de la reacción frente a los hechos ilícitos emerge un enfoque dirigido a resaltar los perfiles de unitariedad del fenómeno de la represión penal. Esta transformación se guía por la ciencia jurídica que viene elaborando obras específicamente dedicadas a la represión de los hechos ilícitos[65].

Si en las *Instituciones* de Justiniano permanece, como vimos, la sistemática institucional de Gayo, en los Digesta en cambio se recogen los frutos del encuadre antes visto: en efecto, la unidad de los delitos y de los supuestos que se le asimilan, presente en las *Instituciones*, se despedaza; una parte de los primeros, esto es, el hurto, la rapiña y las lesiones y ofensas a la persona, con su designación sistemática de 'delitos privados', son atraídos dentro de un cuadro de coherencias que acentúa el perfil de la reprochabilidad social y se forma un bloque de materia constituido por los Libros 47 y 48 de los Digesta, en los cuales tales delitos son agregados a los hechos ilícitos, cuya persecución se inicia durante el principado en el ámbito de la ya mencionada nueva forma de proceso, y a los crímenes públicos, cuyo origen radica en el sistema procesal de los jurados populares; estos tres grupos de hechos ilícitos constituyen el nuevo, articulado, derecho penal[66]. El cuarto delito, esto es, el daño injustificado, constituye la parte central del Libro D. 9.

---

[63] Me refiero al pasaje del procedimiento de los jurados populares (*quaestiones*) al nuevo procedimiento inquisitorio, extraño al ordenamiento de tales tribunales.

[64] Véanse J. 4.6.18 y ss.

[65] Véanse por ejemplo las obras De los juicios públicos de Marciano, Venuleyo, Meciano, Macro y Paulo; las monografías de Paulo Sobre las penas a los particulares; Sobre las penas a los militares; Sobre las penas de todas las leyes y aquella Sobre los crímenes punidos por el proceso extra ordinem; la monografía de Saturnino Sobre las penas a los particulares; los cuatro libros de Modestino Sobre las penas; las obras de Papiniano, Paulo y Ulpiano; la ley Julia sobre los adulterios; la obra de Marciano Al Senatoconsulto Turpilliano, etcétera.

[66] Xue Jun ha iniciado la traducción de estos dos libros, uno de los cuales (D. 48) se publicó en Pekín el año 2005.

3.2 La composición del Libro 9 del Digesto

En el Digesto, el tratamiento de la ley Aquilia, que como hemos visto constituye la sede del principio general en materia de responsabilidad extracontractual, se desarrolla en un libro cuya composición es obra de los juristas que colaboraron con Justiniano. Al contenido de este libro no se le atribuye ninguna designación unificadora, y sin embargo su construcción constituye un momento unificador y una importante contribución sistemática.

Este libro se abre (D. 9.1) con el examen del daño causado por animales domésticos independientemente de un comportamiento humano, supuesto previsto por la ley de las XII Tablas[67], anterior a la ley Aquilia. El propietario del animal está obligado según las reglas de la noxalidad, sobre cuya base él también puede librarse de la obligación de pagar la pena por el daño producido por el animal entregando a la parte lesionada el animal mismo[68]. El supuesto se caracteriza por la ausencia de culpa de parte del propietario, tanto que si existiese en cambio una culpa suya él respondería por su conducta sobre la base de la ley Aquilia y no por el hecho del animal[69].

Sigue, como se ha dicho, el tratamiento de la ley Aquilia. A esta sigue ulteriormente, en D. 9.3, con un cambio de lugar respecto al precedente orden clásico[70], el tratamiento del edicto del pretor relativo al supuesto de las cosas que se han derramado o que han sido arrojadas desde un edificio en una vía pública o en otro lugar donde las personas transitan o se detienen, provocando muerte, lesiones o daños a personas o cosas, incluso sin culpa o sin hecho alguno de aquel que habita la casa, quien está obligado al pago de la pena pecuniaria fija establecida, en caso de muerte de una persona libre; por cuanto resulte equitativo, en caso de herida de una persona libre; por el doble, si derivan daños a cosas[71]. La razón por la cual aquel que habita el edificio está obligado incluso sin su culpa reside en la necesidad de seguridad para las personas en general, así como de compensar la dificultad de impedir los peligros derivantes de que se construyan edificios por cuya presencia y uso pueda derivar un daño que, aun en ausencia de culpa de un sujeto a cargo del cual ponerlo, no se considera justo que deba ser soportado por el lesionado, por lo que surge de todas maneras una obligación al pago de una suma de dinero[72]. A este edicto se agrega entonces, en el mismo título, el tratamiento del edicto relativo

---

67 Véase XII Tablas, 8.6, citada por Ulpiano en D. 1.1.1 pr.

68 D. 9.1.1 pr.; 9.1.1.12-16.

69 D. 9.1.1.4-8.

70 Véase Lenel (1927: 173 y ss.).

71 D. 9.3.1-5.5.

72 D. 9.3.1.1.

al supuesto de las cosas colocadas o colgadas en el cobertizo o alero del tejado de una casa, por cuyo peligro de caída sobre la vía pública cualquiera puede accionar —con la acción popular— por una pena pecuniaria establecida en vía preventiva frente a aquel que tiene tales cosas en esas condiciones[73].

El libro concluye con el tratamiento de la noxalidad (D. 9.4), también insertada con un cambio respecto al orden precedente[74], que evidencia la responsabilidad del propietario por el hecho de otra persona, el siervo, sometida a su potestad. En verdad, la noxalidad pone en evidencia la responsabilidad general del autor del hecho por cuanto él ha llevado a cabo, aun cuando se trate de una persona bajo potestad de otros: el titular de la potestad misma, que es el único que puede ser llamado a juicio, está obligado a entregar al autor del delito[75]. Él, sin embargo, puede evitar tal entrega pagando la pena pecuniaria que constituye la composición legal por el delito mismo. La noxalidad, por ende, pone en evidencia también que el titular de la potestad está obligado sobre la base de tal cualidad suya, y se debe subrayar que él no está obligado por una culpa suya, tanto que si una culpa existiese, incluso solo por no haber impedido el hecho ilícito habiéndolo podido impedir, él respondería sobre la base de esta conducta omisiva reprochable como autor del hecho ilícito, y no a título noxal por el hecho del sometido.

3.3 La adición al principio general según el cual la culpa que provoca daño debe ser castigada; de particulares hipótesis típicas en las cuales, aun prescindiendo de la culpa, los daños deben de todas maneras resarcirse

Como se ve, el principio general según el cual se debe castigar la culpa que ocasiona a otros, sin causas de justificación, un daño lesivo de un bien jurídicamente tutelado, derivado de la ley Aquilia (*supra* 1.1), se coloca en el centro de este libro del Digesto y se integra agregándole algunos supuestos típicos en los cuales, por razones específicas y propias de cada uno, este principio se deroga y aparecen en cambio otros criterios sobre cuya base un sujeto está obligado al pago de una sanción pecuniaria relacionada con el daño producido; es decir, el criterio de la titularidad del derecho de propiedad del animal doméstico que ha producido el

---

[73] D. 9.3.5.6-13.

[74] Véase Lenel (1927: 159 y ss.).

[75] Véase también Gai. 4.76 y ss. Nótese que la acción no se intenta contra el *pater familias* que tiene al autor del delito bajo su potestad cuando comete el delito, sino contra aquel que lo tiene cuando se intenta la acción; y si el autor del delito se vuelve independiente de la potestad ajena, se intenta directamente contra él; mientras que si luego muere, la acción se extingue. También esta regla vuelve manifiesto que el *pater familias* está obligado sobre la base de una relación con el hecho ilícito fundada solo sobre la relación con el autor del hecho ilícito mismo.

daño o el criterio de la titularidad de la potestad sobre la persona que ha producido el daño, o el criterio del habitar el edificio, gozando de las ventajas, cuando desde este edificio se haya derramado o caído alguna cosa.

En este libro del Digesto se reúnen y componen unitariamente perspectivas que habían madurado en momentos y por exigencias diversos, construyendo la base de un sistema complejo fundado sobre un principio general, aquel de la culpa, capaz de expandirse dinámicamente a cualquier situación concreta, inclusive nueva (*supra* 1.1), y que se integra por hipótesis típicas de responsabilidad sin culpa, previstas por el legislador sobre la base de razones propias de cada una de estas, que inducen a considerar que el daño no sea soportado por quien lo ha sufrido, sino que sea de todas maneras adosado a otro sujeto.

El derecho romano, durante el largo período de la formación de su sistema, desde los orígenes de Roma a Justiniano, no usa el término-concepto 'responsabilidad', que hoy en cambio usamos bastante difusamente. Este término aparece en el lenguaje jurídico a partir del año 1700. Sus primeras corroboraciones las encontramos en Italia e Inglaterra[76], y luego en Francia, aun cuando se usa poco en el Código Civil de 1804[77]. El sustantivo 'responsabilidad' deriva del verbo latín *respondere*, verbo usado para indicar el «responder» a una pregunta asumiendo una obligación, garantizando alguna cosa. Este verbo se usa luego también para indicar el responder a una acusación, a una citación por un juicio a causa de hechos ilícitos y, en fin, para indicar el ser llamado a soportar las consecuencias de un hecho ilícito y una condena[78]. La elaboración dogmática actual del término-concepto sistemático 'responsabilidad' parte de este significado bastante extendido, que permite incluir, en una categoría unitaria, supuestos de hecho bien diferentes, y también aquellos que constituyen la base de la responsabilidad de personas sin culpa en el hecho lesivo o cuya conducta, inclusive, no puede ponerse en relación de causalidad con el hecho lesivo, pero que están obligadas igualmente, sobre la base de diversos criterios de conexión —propiedad y/o uso de una cosa

[76] El término *responsibility*, en inglés, procede de la lengua latina, como muchas otras palabras inglesas del lenguaje jurídico (*contract*, *obligation*, etcétera).

[77] Véanse los artículos 454, inciso 2, con referencia a la 'responsabilidad' del tutor por sus colaboradores; 1384, inciso 5, con referencia a la 'responsabilidad' del padre, la madre, los patrones, comitentes, preceptores y artesanos por el hecho de hijos menores, convivientes, domésticos, vendedores, alumnos y aprendices; 1898 para aquel que da en préstamo una cosa defectuosa; 1992, inciso 2, para el mandatario; 2137, también respecto del tutor a propósito de la actividad de conservación de los registros de las hipotecas.

[78] Sobre el origen de este término, véase Schipani (1992a: 129 y ss.). Allí refiero resultados nuevos sobre el origen de este, que cambian respecto a lo que se afirmó con precedencia. El término está hoy cargado de significados generales también en el ámbito filosófico y ético. Se debe tener presente que su uso en los códigos civiles es todavía bastante limitado.

que provoca el hecho lesivo; dirección de la empresa de cuya actividad deriva el hecho lesivo; dirección de la educación de personas que provocan el hecho lesivo; dirección del trabajo de personas que provocan el hecho lesivo, etcétera—. En el ámbito de este enfoque unitario parece que se buscara el correcto equilibrio entre la regla «la culpa, que provoca un daño, se debe punir» —que si fuese la única regla podría llevar a limitar siempre el resarcimiento del daño a la presencia de la culpa de la persona autora del mismo— y la regla «los daños deben ser resarcidos», según criterios de la llamada responsabilidad objetiva —que si fuese la única regla podría llevar a la necesidad de resarcir todo daño, tal vez sostenible solo en el marco de una total socialización del resarcimiento mismo—.

El Libro D. 9 ofrece la base para este equilibrio: la primera regla, derivada de la ley Aquilia, constituye el principio general, capaz de expansión dinámica y directa; la serie de supuestos típicos en los cuales tal principio se deroga y se usan en cambio otros criterios, sobre la base de los cuales un sujeto, también sin su culpa o hecho, está obligado al pago de una sanción pecuniaria relacionada con el daño producido, integra el principio mismo con el criterio de la tipicidad en el reconocer circunstancias en las cuales el daño debe de todas maneras resarcirse.

Este equilibrio es perseguido, aunque con oscilaciones que unas veces llevan a comprimir o reducir las hipótesis de responsabilidad sin culpa[79], y otras, en cambio, pretenden poner en el mismo plano la responsabilidad objetiva, que puede valer también para sectores enteros, pero siempre específicamente determinados.

3.4 La prevención y las acciones populares

Poco antes dejé en evidencia el rol de prevención respecto del evento de daño que se realiza a través del deber de observar las reglas de diligencia, pericia y prudencia, y a través de la punición de la culpa, que es la falta de observancia de tales

[79] Ya en otra ocasión he indicado que el Código Civil italiano de 1942 reafirma el principio de la culpa (artículo 2043) y lo integra con otras hipótesis típicas de responsabilidad relacionadas con otros criterios: por ejemplo, en materia de responsabilidad por la conducta de terceros (artículos 2047, sobre el daño causado por el incapaz; 2048, sobre la responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y maestros; y 2049, sobre la responsabilidad de patrones y comitentes; así como la ley 117 de 1988, sobre el resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de las funciones judiciales); por cosas y actividades peligrosas (Código Civil, artículos 2051, sobre el daño causado por cosas en custodia; 2052, sobre el daño causado por animales; 2053, sobre la ruina de edificios; 2054, inciso 4, sobre la circulación de vehículos; 2050, sobre la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas; así como el decreto de la Presidencia de la República [DPR] 1124 de 1965, artículo 2; y Código de Navegación, artículos 482 y 469); por riesgos de la producción industrial (ley 1860 de 1962, sobre responsabilidad civil dependiente del empleo pacífico de la energía nuclear; ley 349 de 1986, sobre la responsabilidad por daño ambiental; y DPR 224 de 1988, sobre la responsabilidad por daño de productos defectuosos).

reglas. En relación con los supuestos de hecho por los cuales, debido a razones particulares, se prevé una responsabilidad sin culpa, decae incluso la correlativa función de prevención que cumple el deber de diligencia, pericia y prudencia. El D. 9 admite, en el título 3, el uso, incluso antes de la realización del hecho lesivo, de las acciones populares, mediante las cuales cada ciudadano participa en la actividad de prevención[80].

El recurso a este instrumento fuerte de inclusión de los ciudadanos es una riqueza adicional de esta regulación, aprovechada por pocos códigos civiles (cf. el Código Civil de Chile de 1857, artículos 2333 y 2334[81]) pero que integra muy oportunamente los instrumentos propios de la responsabilidad y amerita ser analizado con atención para reforzar el momento de prevenir el daño respecto a aquel del resarcimiento.

3.5 La distinción entre la tutela de los derechos reales y la responsabilidad prevista en D. 9

Este Libro, D. 9, está inmediatamente después de la regulación de los derechos reales (D. 6-8): propiedad[82], enfiteusis[83], usufructo[84], cuasi-usufructo[85], obras de los siervos[86], uso y habitación[87], y servidumbres prediales[88]. En el ámbito de la regulación de estos derechos se examina su tutela mediante acciones reales, contra las usurpaciones y las menores turbaciones de los mismos; es decir, la acción de reivindicación de la cosa ejercitable por el propietario contra quien posea ilegítimamente la cosa misma con el fin de obtener su restitución[89], o del usufructo[90], o de las servidumbres[91], etcétera; la acción negatoria ejercitable por el propietario

---

[80] Las acciones populares pueden tener una amplia utilización también en otros ámbitos, así como en presencia de daños ya producidos, pero claro, antes de que exista un lesionado; y sobre todo, cada miembro de la totalidad de los posibles lesionados puede tomar la iniciativa para que se eviten, o se remuevan, en la medida de lo posible, las situaciones peligrosas.

[81] Véase la traducción de Xu Diyu (Wuhan, 2003).

[82] Incluida la llamada propiedad pretoria D. 6.2.

[83] D. 6.3.

[84] D. 7.1-4.

[85] D. 7.4.

[86] D. 7.7.

[87] D. 7.8.

[88] D. 8. La elaboración propia del derecho de superficie explica la falta de colocación en estos libros; véase D. 48.18.

[89] D. 6.1-2.

[90] D. 7.6.

[91] D. 8.5.

contra quien ejerza otras turbaciones en relación con la cosa, sosteniendo ilegítimamente la titularidad de un derecho real sobre cosa ajena[92], etcétera[93].

La cercanía de D. 9 al tratamiento de los derechos reales refleja la prevalencia de la tutela de los intereses de los propietarios contenida en tal título[94]; pero la distinción, como quiera que sea, es neta, aun si existe una coordinación relativa a aquellas que podrían ser calificadas como zonas de contacto. La agresión de la propiedad que consiste en la discusión de la titularidad misma del derecho y en la usurpación de la posesión, o también en la pretensión de ejercicio de otro derecho real respecto de la cosa, así como la lesión de los otros derechos reales, no produce en primer lugar, en aquel que la ha llevado a cabo, una obligación de pagar una sanción pecuniaria. El derecho real consiste en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa, y no requiere una cooperación activa de los otros; correspectivamente, la reivindicación de la cosa, o de otro derecho real, tiene como objetivo primario el restablecimiento de tal relación que ha sido turbada; de frente a la acción real rige el principio de que ninguno está obligado a asumir la defensa de la cosa misma[95]: basta, en efecto, que el demandado se retire de la controversia frente al magistrado antes de que esta sea definitivamente instaurada, o basta también que el demandado efectúe la restitución, o el restablecimiento, en el momento en el cual el juez se ha convencido de que el demandado no tiene razón y antes de la condena. Cierto, a veces pueden haber intervenido hechos relativos al goce de la cosa, a la producción, recolección, consumo de frutos, o a la realización de gastos, etcétera, que vuelvan más articulado el objeto de la restitución, pero ello no altera la esencia ni la relativa relevancia de la distinción entre posesión de buena y mala fe a fin de regular estos aspectos de la restitución misma. A veces puede haber intervenido también un hecho ilícito, por ejemplo un hecho de daño injusto a una cosa objeto de acción real; en estos casos, la tutela sobre la base de la ley Aquilia se realiza con un procedimiento independiente, pero, por razones de economía procesal, vemos que también puede tratarse dentro de la acción real; ello, sin embargo, solo con la condición de que el actor renuncie a la independiente acción de delito, condición que confirma la distinción

[92] D. 7.6 y 8.5.

[93] No es posible aquí siquiera una mención sobre los otros instrumentos de tutela, como la acción de regulación de los límites, la denuncia de obra nueva, la garantía de daño temido, la acción de regulación de las aguas, y los interdictos posesorios de despojo y conservación, etcétera, ni sobre la sistemática de su tratamiento (D. 10.1; 39. 1; 39.2; 39.3; 43.16-24).

[94] He indicado líneas antes cómo la tutela por los daños ocasionados a una persona libre, basada en la ley Aquilia, es el fruto del desarrollo apenas iniciado, y lleno de problemas. He indicado, además, cómo en cambio la tutela para el hurto fue atraída en otra parte del Digesto, en relación con la tendencial unificación del derecho penal.

[95] D. 50.17.156 pr. (primera parte); 6.1.80 sobre el cual es fundamental Grosso (1944: 232 y ss.).

estructural entre estos dos tipos de tutela de las cosas[96]. La distinción entre estas dos formas de tutela permanece nítida[97]. Lo mismo vale para la tutela posesoria, para la reintegración frente al despojo —es decir, la sustracción de la posesión del bien que uno posee— o para la conservación de una situación posesoria en acto y la prevención respecto de peligros futuros[98].

3.6 La acentuación de la consideración del daño y de su resarcimiento, y la atenuación, pero permanencia, de la consideración de la punición de un delito

Podemos resaltar que, en el orden sistemático del Digesto, la separación del daño injusto de los otros delitos privados, en el momento en que estos son reunidos en el ámbito del derecho penal, expresa un alejamiento de la concepción según la cual la categoría del delito privado es portadora. Esto es coherente con otros signos de atenuación del enfoque penal respecto de la tutela frente al daño injusto, como la categoría de las acciones mixtas ya recordada. Por una parte, nos damos cuenta de que en este libro del Digesto ya está potencialmente presente un enfoque que puede llegar a cancelar del todo el carácter penal; y que, en consecuencia, arriba a una concepción puramente resarcitoria del daño, con todas sus implicancias de acuerdo con los caracteres del delito *supra* recordados. Ello, además, está en consonancia con las hipótesis de responsabilidad sin culpa. Por otra parte, no podemos esconder el permanente perfil aflictivo incluso en la reacción frente al delito y en el principio de la culpa que permanece al centro de esta regulación, y que, como *supra* fue visto, es más explícito en el tratamiento de las *Instituciones* (*supra* 2). Al parecer, las dos perspectivas buscan un punto de encuentro.

No obstante el hecho de que algunos códigos civiles conservaran la categoría del 'delito', y del 'cuasi delito' (*supra* 2.4), es de D. 9 de donde deriva el conjunto de supuestos previstos (en efecto, fueron excluidas las figuras del hurto, rapiña y lesiones y ofensas a la persona, mientras que se encuentran incluidas, por ejemplo, según el Código Civil francés de 1804, artículo 1382 y ss., el principio general, la responsabilidad por los hechos de los animales propios, por los hechos de las personas de las que se debe responder y por las cosas inanimadas de las cuales se tiene la custodia), y con un desarrollo unilateral, la función se orienta prevalentemente al resarcimiento del daño.

---

[96] Véanse D. 6.1.13.14; D. 6.1.27.2; D. 6.1.36.1. Sobre el punto, véase Schipani (1971).

[97] Véanse las acciones para tutelar la propiedad en el Código Civil italiano de 1942, artículo 948 y ss., y la distinción entre posesor de buena y de mala fe en los artículos 1148 y ss.

[98] Los instrumentos de tutela posesoria son tratados en el Digesto prevalentemente en el Libro D. 43, como fue *supra* indicado; en el Código Civil italiano de 1942, véanse los artículos 1168 y ss.

Sin embargo, el problema merece ser señalado y nuevamente discutido, y es un síntoma el hecho de que un reciente proyecto francés lo reproponga de modo explícito. En efecto, en tal proyecto se prevé la determinación de un 'daño punitivo'; es decir, se prevé (artículo 1371) que en caso de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, el autor puede ser condenado a pagar, además del 'daño compensatorio', un 'daño punitivo', distinto del primero y no asecurable, y con el cual, además, «el juez tiene la facultad de beneficiar parcialmente al Tesoro público». Me parece que esta propuesta revela la percepción de una exigencia que la ambivalencia de los textos de Justiniano tal vez no había eliminado oportunamente, y que el problema puede ser examinado con utilidad, en primer lugar partiendo de cuanto el sistema pone a disposición, adecuándolo a las nuevas exigencias.

3.7 Condena a una pena por aquello que es 'bueno y equitativo' y exigencias específicas de la tutela de la persona

La categoría romana del delito y de la correlativa pena privada incluye la tutela de cosas y personas (*supra* 2); estas últimas, no por su relevancia patrimonial con referencia al daño injusto de la ley Aquilia, sino por su relevancia personal, valorable según aquello que es 'bueno y equitativo' con referencia al delito de lesión y ofensa injustificada a la persona (*iniuria*, *supra* 1.1.), o a veces con una pena fija establecida (*supra* 3.2.). En el ámbito de aplicación de la ley Aquilia, había surgido también la posibilidad de consideración del daño conexo a las lesiones a una persona libre, por los gastos para las curas y por la ganancia disminuida, mientras que la valoración del cuerpo de la persona libre, es decir de la persona como tal, continuó siendo objeto de la tutela ahora recordada. En los códigos de Justiniano, el delito de lesión y ofensa a la persona es sin embargo atraído al interior del derecho penal de los Libros D. 47-48, y esta inserción comporta su posterior destino diferente. El problema de la consideración del daño a la persona libre en el ámbito de la ley Aquilia se acentúa, puesto que en este ámbito la pena pecuniaria privada no es establecida según aquello que es 'bueno y equitativo', para luego desarrollarse, como fue brevemente visto *supra*, hacia el simple resarcimiento del daño.

La compleja historia de la consideración de las lesiones a la persona y de la valoración del llamado daño moral, y, por último, del llamado daño biológico constituye ya de por sí señal de lo delicado de la sistematización del problema.

Me permito plantear el interrogante acerca de si, en caso de ofensas y lesiones a la persona, el enfoque que la base de nuestro sistema ofrece de una obligación a favor de la víctima por una suma de dinero a título de pena privada no constituye la base para un encuadre más correcto que el configurado sobre el enfoque

del simple resarcimiento del daño. La pena privada involucra también un perfil aflictivo para el autor del ilícito, y sería determinada, como en el derecho romano, según cuanto es 'bueno y equitativo', o por un importe fijo, esto es, según un criterio que prescinda de la necesidad de referirse al perfil del daño; la referencia al daño podría agregarse limitadamente al sufrido por gastos para las curas, disminución de la ganancia, etcétera.

Epílogo

Epilogando las perspectivas que emergen y tienen un significado actual, considero que la materia de la responsabilidad extracontractual debe permanecer diferenciada, sea de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (*supra* 2.4), sea de las otras formas de tutela frente a otras violaciones de los derechos sobre las cosas (*supra* 3.5). Luego, la misma debe ser, en primer lugar, expresión del principio por el cual la culpa, cuando produce un daño, debe ser castigada (*supra* 1.1). Al lado de este principio se deben prever una serie de supuestos típicos que admitan criterios de la responsabilidad llamada objetiva, o sin culpa (cada hipótesis típica debe ser discutida específicamente y prevista por el legislador; la experiencia antigua constituye una base que ofrece criterios, como el relativo a la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos, del propietario por el hecho de los animales domésticos, del titular de la empresa por el hecho de los dependientes, de aquel que goza de una cosa por los peligros que esta comporta para los otros, etcétera, y por cierto este elenco debe ser enriquecido) (*supra* 3.3).

El principio de la persecución de la culpa cumple un rol también en lo que hace a la prevención de los daños (*supra* 1.2). Sin embargo, desde el punto de vista únicamente de la responsabilidad por el daño ya acaecido, el objetivo de la prevención del daño no puede considerarse agotado sino que, por el contrario, debe desarrollarse; en este sentido, las acciones populares resultan ser un instrumento oportuno para usar con este fin (*supra* 3.4.).

La tendencia del sistema, ya claramente presente en Justiniano, es eliminar el perfil penal y aflictivo para los supuestos en examen, y prever el simple resarcimiento del daño; pero el constante resurgimiento, incluso reciente, de la atención a «resarcimientos punitivos» debe examinarse a la luz del dato, no cancelado del sistema, por el cual el resarcimiento en cuestión surgió con naturaleza de pena y perfil aflictivo (*supra* 3.6.). La tendencia resarcitoria ha comprendido, luego, la consideración de la persona que, a propósito de la tutela de esta confiada a los particulares, resulta considerada solo por el daño que padezca; una recuperación de la posible función penal de una obligación a pagar una suma de dinero por la lesión que la persona haya sufrido parece particularmente significativa, sobre todo si la determinación de

la suma misma se produce según aquello que es 'bueno y equitativo', es decir, una suma determinada, y se añade al enfoque del resarcimiento del daño, que permanece para los aspectos respecto a los cuales es adecuado (*supra* 3.7).

Bibliografía

Catala, Pierre (coordinador)

2006 *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés*. Libro III, títulos III y XX. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

De Trazegnies, Fernando

1988 *La responsabilidad civil extracontractual*. Dos tomos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

European Group on Tort Law

2005 *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*. Nueva York: Springer Wien.

Grosso, Giuseppe

1944 *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*. Turín: G. Giappichelli.

2001 «Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana». En Grosso, Giuseppe. *Scritti storico-giuridici*. Tomo III. Milán: G. Giappichelli, pp. 852-861.

Lenel, Otto

1927 *Das edictum perpetuum*. Tercera edición. Leipzig: Tauchnitz.

Schipani, Sandro

1969 *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*. Turín: G. Giappichelli.

1971 *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*. Turín: G. Giappichelli.

1992a «Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità». En Milazzo, Francesco (editor). *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Convegno Copanello (1990)*. Nápoles: Scientifiche Italiane, pp. 129-187.

1992b «Osservazioni sulla sistematica delle fonti delle obbligazioni e sulla categoria del contratto». *Faxue Yicong*. Beijing, número 4.

1995 «El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: culpa y tipicidad». Traducción al chino de Fei Anling-Zhang Lihong. En *Diritto romano. Diritto cinese e codificazione del diritto civile. Atti del Congresso di Pechino (1994)*. Pekín.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
junio 2009 Lima – Perú