

PARA LEER EL CODIGO CIVIL



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1986

Para leer el Código Civil I
es un libro que recoge nueve trabajos de profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que fueron miembros de las comisiones que han elaborado el Código Civil de 1984, o que colaboraron con ellas.

Es una obra que presenta estudios a profundidad sobre determinados puntos fundamentales de los diversos libros del Código, que por su importancia, transformaciones, novedad o complejidad, merecen un estudio especial de parte de los profesionales del Derecho. Los trabajos elaborados recorren todo el Código Civil, contribuyendo a su comprensión integral.

Para leer el Código Civil I
está destinado a los profesionales de las ciencias jurídicas en sus diversas modalidades, y también a los alumnos de las Facultades de Derecho. Es una contribución de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a la difusión de esta trascendental obra legislativa peruana.

Carátula: Grabado de Daumier

PARA LEER EL CODIGO CIVIL

PARTE I

DEL CODIGO CIVIL

LIBRO I

DE LAS PERSONAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

IMPRESA NACIONAL

MARCIAL RUBIO CORREA / FERNANDO VIDAL RAMIREZ / HECTOR CORNEJO CHAVEZ / JORGE AVENDÁÑO V. / CARLOS CARDENAS QUIROS / FELIPE OSTERLING PARODI / MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE / JACK BIGIO CHREM / FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

PARA LEER

EL CODIGO CIVIL

PRESENTACION POR FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

SEXTA EDICION

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

Fondo Editorial 1986



PRIMERA EDICION : Noviembre de 1984
SEGUNDA EDICION : Diciembre de 1984
TERCERA EDICION : Marzo de 1985
CUARTA EDICION : Junio de 1985
QUINTA EDICION : Noviembre de 1985
SEXTA EDICION : Julio de 1986

Para leer el Código Civil

Copyright © 1986 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel, Apartado 1761 Lima, Perú.



622540, Anexo 220

Derechos Reservados

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.
Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

<i>Fernando de Trazegnies Granda</i> , Para leer el Código Civil	9
<i>Marcial Rubio Correa</i> , Retroactividad, irretroactividad y ultraactividad	19
<i>Fernando Vidal Ramírez</i> , La teoría general del acto jurídico	43
<i>Héctor Cornejo Chávez</i> , La familia en la ley y en la realidad del Perú	53
<i>Jorge Avendaño V.</i> , Atributos y caracteres del Derecho de Propiedad	97
<i>Carlos Cárdenas Quirós</i> , El pago con títulos valores (A propósito del artículo 1233 del nuevo Código Civil)	111
<i>Felipe Osterling Parodi</i> , Inejecución de obligaciones	133
<i>Manuel de la Puente y Lavalle</i> , La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984	175
<i>Jack Bigio Chrem</i> , La compra-venta y la transmisión de propiedad	195
<i>Fernando de Trazegnies Granda</i> , Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil	213

PARA LEER EL CODIGO CIVIL

Estamos ante un hecho de la mayor importancia para la comunidad jurídica y para la comunidad nacional en general: el cambio de Código Civil.

Para quienes tenemos una relación directa con el Derecho, este hecho equivale a dar una vuelta a la página de la Historia. Es un hito que divide la Historia jurídica del país; al punto que, a raíz de este acontecimiento, para considerar adecuadamente una situación jurídica y encontrar el régimen legal que le corresponde será preciso introducir una nueva dimensión en el razonamiento del abogado: la dimensión del tiempo. Lo primero que tendremos que preguntarnos frente a un hecho social es si ocurrió antes o después de la entrada en vigencia del nuevo Código.

Hemos cambiado, pues, la Ley del Antiguo Testamento del Derecho por la Ley de un Nuevo Testamento jurídico. De ahí que ahora estemos obligados a estudiar la nueva Ley, conocer los campos que cubre, entender su sentido. Pero por sobre todo, más allá de la expresión textual de los artículos del Código de 1984 —que se encuentra en cualquier edición del mismo— lo que nos interesa es comprender ese nuevo aliento que circula a través de las páginas de este nuevo cuerpo legal, nos interesa penetrar en una nueva atmósfera jurídica. En una palabra, no es la le-

tra del Código lo que nos preocupa sino su espíritu; ese espíritu que da la vida a la letra y que continuará inspirando a los juristas como elemento vivificador —y por ello entiendo, cuestionador—, estimulador, promotor de los desarrollos jurídicos futuros, ya sea en el campo de la doctrina, de la jurisprudencia o de la consultoría.

Mucho se ha discutido sobre si era necesario promulgar un nuevo Código. Personalmente, estoy convencido de que el Código anterior, con todas sus excelencias, estaba quedando rezagado frente a la realidad. Las leyes no son otra cosa que la forma como una determinada sociedad encara y resuelve normativamente los problemas a que da lugar la vida en común. Y no cabe duda de que estos problemas han variado notablemente desde el año de 1936 hasta la fecha.

Cuando pensamos en las leyes como solución de problemas de la vida social, de la vida de relación, nos resulta evidente que éstas tienen que cambiar cuando se modifican las condiciones de presentación y de solución de tales problemas. De esta manera podemos decir que un Código debe ser modificado cuando suceden una o varias de estas tres situaciones. En primer lugar, cuando se modifica la consciencia de los problemas, es decir, situaciones que existían desde antes y no eran consideradas problemas pasan a ser sentidas como tales; o se agudiza la consciencia de un problema a tal punto que esta intensificación genera una necesidad de darle una solución jurídica, no sentida antes; o el problema ya percibido anteriormente resulta conceptualizado en otra forma. En segundo lugar, cuando se presentan cambios no ya en la consciencia de los individuos sino en las situaciones sociales mismas, lo que genera problemas que antes no existían. En tercer lugar, cuando ya sea en el campo del Derecho o en otros campos de la actividad humana surgen nuevas soluciones para los viejos problemas.

Pongamos algunos ejemplos de éstos cambios. No cabe duda de que el concubinato ha existido siempre; no es un problema nuevo. Pero antes no era percibido como problema o quizá lo era pero de manera muy poco inquietante. El único régimen legal de la familia consistía en el matrimonio y, por consiguiente, los concubinos no tenían sino que adecuarse a él. Pero ahora sa-

bemos que gran parte de la población vive en concubinato, tenemos consciencia de que ello origina problemas gravísimos en materia de las relaciones entre la pareja y entre ésta y sus hijos, así como problemas muchas veces dramáticos en materia de bienes adquiridos durante el concubinato. Tenemos, pues, aquí un cambio en la consciencia del problema. De otro lado, nos encontramos con nuevas situaciones que plantean nuevos desafíos al Derecho. En la actualidad es posible transplantar órganos y fabricar niños en probetas; lo que era inconcebible en 1936. El Derecho tiene que organizar este campo nuevo que se abre ante él, reglamentando las transferencias, fijando las condiciones, incluso redefiniendo aspectos tan cruciales como lo que es vida y lo que es muerte. En la actualidad no es pensable una ciudad sin circulación automovilística, mientras que en 1936 en Lima mismo existían muy pocos automóviles. Y ello constituye una fuente novedosísima de riesgo, con una gravedad y una frecuencia que nunca fue pensada por los legisladores de 1936... y mucho menos por los romanos en quienes todavía algunos creen encontrar la última palabra. Los aviones no eran un peligro en 1936 porque prácticamente no existía la aviación comercial; y no cabe duda de que generan riesgos cuyo tratamiento jurídico es muy complicado y se resiste a las recetas clásicas. Pero así como han cambiado los problemas, también han cambiado las soluciones. El Derecho mismo ha desarrollado nuevas convicciones y nuevas técnicas. La igualdad de la mujer cuestiona todo el sistema de administración interna y de régimen de bienes del matrimonio tradicional. La distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos ha desaparecido. En otras áreas, se han desarrollado instrumentos eficacísimos que el Derecho no puede dejar de tener en cuenta. En el campo de la administración, un invento como el seguro ha revolucionado la economía del riesgo, permitiendo la seguridad social y la difusión del peso económico de vivir en común a través de los múltiples mecanismos del seguro privado que cada vez adquieren formas más imaginativas a fin de cubrir un mayor número de riesgos. La tecnología ha abierto posibilidades no soñadas para facilitar la vida en común, esa vida que es el objeto directo de la atención del Derecho.

Creo, pues, que existían muy poderosas razones para cambiar el Código Civil; y que los argumentos basados en un falso conservadorismo —que recuerda más bien una cierta flojera intelectual— no podían prevalecer ante la fuerza de la Historia.

El nuevo Código ha incorporado importantísimas novedades al acervo jurídico nacional que permitirán una organización más adecuada de la vida en común de los peruanos. No es posible destacar en estas páginas introductorias todos sus aportes. Basta señalar con el dedo simplemente algunas de sus cumbres más brillantes.

Consciente de las innovaciones en ciertas ramas de la Medicina, el nuevo Código ha regulado las transferencias de las partes del cuerpo humano; y aún cuando sus soluciones no sean totalmente realistas —porque ignora, por ejemplo, situaciones tan obvias como la venta de sangre y de ciertos órganos, encubierta bajo la forma de donación— el sólo hecho de haber introducido el tema en nuestra legislación permite que la jurisprudencia y la doctrina puedan en el futuro encontrar soluciones más completas. Por primera vez en nuestro orden jurídico se establece de manera expresa el derecho al respecto de la imagen y de la intimidad de las personas. Y el artículo 17 señala que la responsabilidad por la infracción de ese derecho es solidaria, lo que significa que no solamente es responsable el infractor directo (el periodista, en el caso de infracciones a través de medios de comunicación masiva) sino también quienes tienen una obligación *in vigilando* (el Director del medio de comunicación, la empresa propietaria del mismo); solidaridad sin la cual tal responsabilidad habría resultado lírica. En materia de personas jurídicas, el Código de 1984 reconoce la existencia de los Comités e incluso de asociaciones y comités no inscritos, lo que contribuye a acercar el Derecho oficial a ese fenómeno de la "informalidad" que percibimos actualmente de manera tan dramática.

En materia de Derecho de Familia, los cambios son bastante radicales. Recogiendo el mandato constitucional, se han borrado las huellas jurídicas de la creencia en la desigualdad entre el hombre y la mujer y entre los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales. Es así como la administración del patrimonio conyugal corresponde a ambos cónyuges; y, lo que es más importante, es posible convenir que cada cónyuge conserve separadamente su patrimonio, sin forzarlos a una comunidad que, aunque bien intencionada, puede en la práctica tener resultados muchas veces desastrosos para la mujer. Es dentro de este mismo espíritu que se ha igualado a los hijos matrimoniales y extrama-

trimoniales para fines sucesorios y se ha regulado de manera justa la herencia del cónyuge que dió lugar a tantos problemas bajo la vigencia del Código de 1936. Es particularmente notable la inspiración humanitaria de la norma que otorga al cónyuge superviviente un derecho gratuito de habitación en forma vitalicia sobre la casa que fue el hogar conyugal.

Las reglas sobre obligaciones y contratos han sido particularmente mejoradas en el nuevo Código. Es importante haber zanjado la famosa polémica entre el nominalismo y el valorismo, estableciendo el nominalismo como pauta genérica pero permitiendo el valorismo como convención entre las partes; lo que constituye un reconocimiento de la nueva realidad económica derivada de una inflación galopante como nunca conocieron los juristas peruanos. En este mismo sentido, cabe destacar la norma que establece que cuando deba restituirse el valor de una prestación, éste se calcula de acuerdo a las condiciones imperantes el día del pago. De otro lado, teniendo en cuenta las complejidades de la contratación moderna y la formación por etapas de la voluntad de las partes, es interesante que se hayan regulado de manera genérica los contratos preparatorios que organizan las relaciones entre las partes desde el momento en que éstas comienzan a entretenerse.

Un aspecto que merece una mención especialísima es el referente a las limitaciones de la autonomía de la voluntad contractual en función de consideraciones basadas en la equidad. Dentro de este orden de ideas, constituye una novedad verdaderamente revolucionaria —con los riesgos de toda revolución— la creación de esa institución denominada “la excesiva onerosidad de la prestación” que recoge los elementos de la teoría de la imprevisión. Tiene una importancia igualmente radical el cambio de la institución de la lesión. En el Derecho clásico, esta figura tenía como misión la defensa de ese propietario de bienes inmuebles, prototipo de la humanidad racional y eje de una sociedad liberal todavía de dimensiones artesanales. El legislador tradicional temía que tal prohombre de la sociedad pudiera ser engañado por esos comerciantes arrivistas con talento para la seducción. En cambio, el legislador de 1984 socializa la lesión y la convierte en un medio de sancionar la desproporción de prestaciones en todo tipo de contratos y en favor de cualquiera de las partes.

El Código Civil de 1984 puede ser quizá criticado por lo que no ha hecho antes que por lo que ha hecho, puede ser criticado porque no ha realizado todas las reformas ni ha introducido todas las innovaciones necesarias antes que por el hecho de haber introducido reformas e innovaciones. Es posible que el nuevo Código peque por defecto antes que por exceso; en ningún caso puede ser acusado de atrevimiento sino antes más bien de timidez.

En efecto, lamentablemente el nuevo Código no ha recogido problemas que están vigentes en la sociedad y que requerían de una intervención del Derecho, ni tampoco soluciones que estaban a la mano y que le hubieran facilitado enormemente su tarea reguladora del bien social.

Los ejemplos son numerosos. El nuevo Código no hace alusión alguna a ese problema tan difícil de la posibilidad de crear la vida fuera de sus condiciones naturales. Los préstamos de seno materno, la fecundación con semen ajeno, el congelamiento de embriones, la concepción en probetas, son ahora situaciones relativamente frecuentes de la vida moderna; y plantean problemas gravísimos para el Derecho de Personas, para el Derecho de Familia y para el Derecho de Sucesiones. ¿Quiénes son los verdaderos padres de un niño concebido en probeta y gestado en un vientre prestado? ¿Quién está obligado a pagar alimentos por un niño nacido dentro de un matrimonio con semen donado por un tercero, si el matrimonio se disuelve por divorcio? ¿El esposo, que es un padre que no es padre? ¿El donante, que es un padre que no es marido y que queda excluido de primera intención por la presunción *pater is est quod nuptias demonstrant*? El caso puede ser angustioso, si el hijo en cuestión resulta mongólico o padece de alguna otra tara que lo convierte en una carga particularmente abrumadora para el padre: los dos "padres" podrían intentar desligarse de tal hijo! Al niño nacido como resultado de la unión de espermia y óvulo de una pareja de casados, pero gestado en un vientre prestado y dado a luz por una mujer ajena a ese matrimonio, ¿debe considerársele hijo de la mujer que proporcionó el óvulo o de la mujer que lo albergó durante el embarazo y lo parió? ¿Cómo funciona la presunción de *mater certus* en este caso? ¿De quién y en qué grado es pariente un niño resultado de un embrión congelado quizá durante más de una generación? ¿Tiene derecho a heredar a sus padres cuando la

herencia ha sido repartida entre los hijos existentes al momento del fallecimiento? ¿Se le aplica la regla de que se le reputa existente a condición de que nazca vivo, a pesar de que puede haber permanecido años en un congelador? Nada nos dice el nuevo Código. Y notemos que en este caso no basta decir que eso hay simplemente que prohibirlo para tranquilizarnos. Aún si se prohíben estas prácticas, ¿qué sucede si alguien infringe la prohibición? Aquí el Derecho no puede aplicar la regla del acto jurídico y considerar que el niño es "nulo" porque tenía objeto ilícito.

En materia de Derechos Reales, se ha conservado una clasificación de bienes manifiestamente basada en una ficción. Es así como bienes muebles (por definición como las naves y aeronaves se han tenido que considerar inmuebles por razones jurídicas. Aquí indudablemente hay un problema de conceptualización no resuelto. De otro lado, la clasificación de bienes y todo el régimen de propiedad está pensado en función de "cosas" materiales. Por ello, resulta una ficción incluir como bienes "muebles" -como si pudieran llevarse y traerse- a los derechos de propiedad intelectual e industrial. Y ello origina también incoherencias; lo legislado sobre la propiedad mueble no se aplica a tales derechos; así difícilmente podríamos transferir un derecho intelectual mediante la tradición o entrega de la cosa, como quiere el artículo 947. En general, los bienes intangibles, tales como los derechos de autor, propiedad tecnológica, *good will*, etcétera, que son tan importantes en la vida actual, no han merecido por el legislador sino una ligera referencia en la clasificación de los bienes. Tampoco se ha tomado en cuenta en materia de Derechos Reales, la existencia de cierto tipo de derechos *sui generis*, tales como los que se derivan de las nociones de patrimonio histórico, patrimonio cultural, patrimonio documental, etcétera de la Nación; con las complicadas consecuencias que ello conlleva por el hecho de que un mismo bien puede así pertenecer a varios patrimonios: el del propietario y el de la Nación. El deseo de aferrarse a categorías del pasado produce resultados surrealistas como la entrega del bien que no es entrega y normas de *calembour* como aquella del artículo 1059 ("Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en posesión del deudor") que casi parece un *koan zen*.

En materia de contratos, se advierte la falta de desarrollo de algunos contratos cuya importancia económica es actualmente

enorme. Así, el contrato de locación de obra parece todavía pensado en función artesanal, para regular la relación del cliente que encarga hacer sus zapatos al zapatero. Pero nada se dice de todas las formas nuevas de contratación de las grandes obras, tales como el contrato llave en mano, el contrato a precios unitarios, el contrato por administración controlada, que son de amplio uso no sólo frente al Estado sino también entre particulares y que merecerían que el Código estableciera sus grandes principios, paralelamente a los clásicos contratos a destajo, suma alzada y por administración.

Finalmente, en materia de responsabilidad extracontractual, el Código ha perdido la oportunidad de incorporar las formas contemporáneas de tratamiento de los accidentes rutinarios, a través de una difusión del riesgo a la sociedad toda. Y, en cambio, ha regresado a una anacrónica posición de la teoría de la culpa... como si fuera posible determinar un culpable en la mayor parte de los accidentes modernos que más parecen casos fortuitos.

Pero estas limitaciones del nuevo texto legal no deben deprimirnos. Un Código no es algo estático. No es la obra del legislador de la misma forma como un cuadro es la obra de un pintor, que queda ya ahí, fijado para siempre; la ley conlleva un dinamismo interno y evoluciona en su aplicación. En el fondo, la ley no es una pinutra sino simplemente un marco establecido por el legislador, que debe ser completado, borroneado y repintado por la práctica diaria de los juristas. En ese sentido, la ley es insoslayable pero, por otra parte, no establece todo sino que determina solamente los límites que no se pueden traspasar y las grandes orientaciones que es preciso seguir: todo lo demás está por hacerse. Por ese motivo, la ley se transforma continuamente en su aplicación, se desarrolla en la jurisprudencia y en la doctrina. El Código, entonces, no es como la pintura para el pintor sino como el hijo para el padre: rápidamente se independiza, madura de acuerdo a circunstancias que le son propias y que fueron ajenas a la mente de ese padre legislador, establece nuevas relaciones y no siempre hace de su vida lo que el padre hubiera querido que hiciera. Y así, este niño que concibió la Comisión Reformadora y que fue adoptado y criado por la Comisión Revisora, tenemos ahora todos nosotros, los miembros de la comunidad jurídica nacional, que ayudarlo a formarse; tenemos que hacerlo hombre.

El Código es, entonces, un material maleable, plástico, que ha sido puesto a disposición de jueces, abogados y del público en general. Con ese material, cada uno intenta hacer su propia escultura, con las limitaciones impuestas por el material mismo. No se puede dejar la ley de lado; pero a través de las interpretaciones y concordancias que con ella se hagan, es posible construir -dentro de los límites de la propia ley- soluciones jurídicas diferentes que varían en función de las convicciones y necesidades de quienes las usan. El Código es un objeto de uso, es un instrumento conceptual de carácter normativo que nos ha sido entregado para que construyamos una vida social que nos permita realizarnos mejor. Aprendamos; pues, a manejar creativamente tal instrumento.

Fernando de Trazegnies Granda

RETROACTIVIDAD, IRRETROACTIVIDAD Y
ULTRA ACTIVIDAD

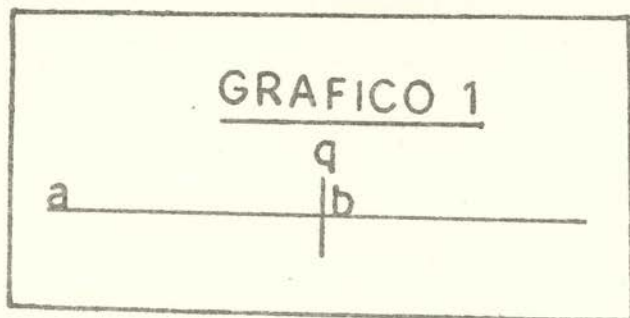
1.— *Planteamiento del problema*

Gran confusión se presenta en el tema que nos ocupa, porque la teoría ha sido poco clara respecto a los términos que titulan este trabajo. Lo que en principio debiera quedar denotado por cada una de dichas palabras, en verdad se ha oscurecido por una compleja red de conceptos y teorías, superpuestas unas a otras y eventualmente contradictorias.

Lo primero que vamos a intentar es clarificar este problema conceptual, pretendiendo que cada uno de los términos antedichos (retroactividad, irretroactividad y ultraactividad), adquieran su verdadero significado. Para ello, nos apegaremos a sus significados etimológicos de la manera más rigurosa posible. Es de notar que, por lo general, la teoría ha desarrollado el problema en términos de retroactividad o irretroactividad, casi nunca en términos de ultraactividad. Recurriremos nosotros a este tercer concepto.

El problema de la retroactividad de las normas jurídicas, se presenta cuando en el transcurso del tiempo, un conjunto de disposiciones vigentes (o una de ellas cuanto menos), es sustituido por otra u otras disposiciones que establecen algo distinto

y, a veces, incluso contradictorio con las primeras normas. Podemos graficar la situación de la siguiente manera:



"A" es la primera norma aplicable a la situación que luego, a partir de "Q" (que es un momento determinado en el tiempo), es derogada y sustituida por "B", que viene a ser la nueva norma jurídica aplicable. "Q" es, entonces, el "punto de quiebre" entre la antigua y nueva normatividad y puede ser definido como aquel momento en el cual la nueva disposición legal "B" entra en vigencia, derogando expresa o tácitamente a la antigua disposición "A".

El punto "Q" es, así, aquel momento en el que "A" deja de regir por ser derogada; y el de iniciación de la vigencia de la norma "B".

De acuerdo a diversas disposiciones constitucionales y legales, el punto "Q" está claramente definido para cada caso:

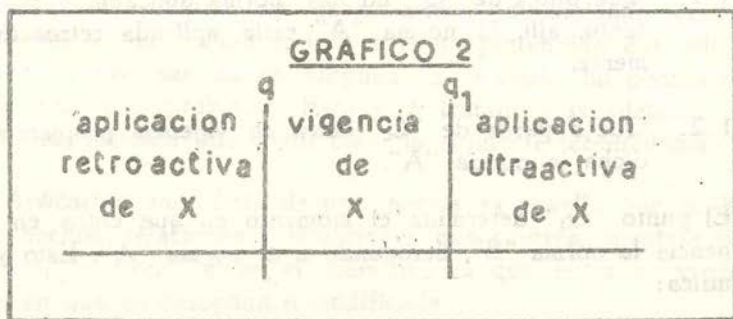
- Cuando se trata de leyes o de normas de rango similar como los Decretos Legislativos, su vigencia se inicia al décimo-sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia norma (Constitución, artículo 195°).
- Cuando se trata de Decretos Supremos, el Decreto Legislativo 217, prescribe en su artículo 3° inciso 2° que rigen desde

el día siguiente al de su publicación salvo disposición expresa en contrario dentro del mismo texto (1).

De esta forma, cuando se propugna que la norma "B" rija antes del momento "Q", estamos pretendiendo que se haga aplicación retroactiva de ella, pues se propone que sea obligatoria desde antes de su vigencia.

A la inversa, cuando se propugna que la norma "A" rija luego del momento "Q", estamos pretendiendo que se haga aplicación ultraactiva de ella, pues se propone que sea obligatoria después de haber sido formalmente derogada.

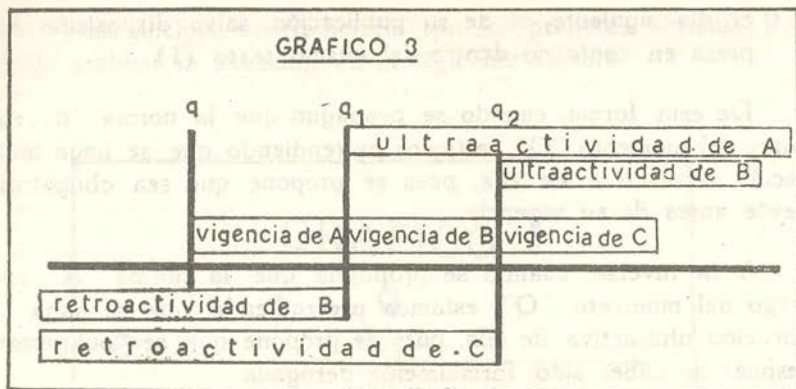
Si partimos de dos afirmaciones correctas que son: "toda norma debe regir a partir de su vigencia"; y, dicha vigencia se mantiene hasta que la norma sea derogada o modificada", podremos bien comprender que, en principio, la retroactividad o la ultraactividad resultan vigencias de por sí excepcionales. En otras palabras, si analizamos la existencia de una ley, podemos trazar este nuevo gráfico:



Si ahora sintetizamos los dos cuadros antes elaborados, y añadimos una tercera norma "C", podremos ver las diversas etapas y superposiciones posibles:

- (1) Según el Decreto Legislativo 217 las resoluciones rigen desde el día en que son notificadas. Ocurre, sin embargo, que de acuerdo a tal Decreto Legislativo, las resoluciones no pueden contener disposiciones de carácter general, cosa a menudo incumplida. Sobre ello ver RUBIO CORREA, Marcial... *El Sistema Jurídico*.- Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.- Parte III; cap. IV.

GRAFICO 3



En el gráfico III las situaciones expresadas son las siguientes:

1. El punto "Q" determina el inicio de la vigencia de la normatividad sobre el tema mediante la norma "A". Esto significa:
 - 1.1. Que antes de "Q" no hay norma aplicable y por lo tanto, allí, la norma "A" sería aplicada retroactivamente.
 - 1.2. Que a partir de "Q" entra en vigencia propiamente dicha la norma "A".
2. El punto " Q_1 " determina el momento en que entra en vigencia la norma "B", derogando a la norma "A". Esto significa:
 - 2.1. Que antes de " Q_1 " la aplicación de la norma "B" sería aplicación retroactiva.
 - 2.2. Que a partir de " Q_1 " entra en vigencia propiamente dicha la norma "B".
 - 2.3. Que a partir de " Q_1 " la norma "A" sólo puede ser aplicada ultraactivamente.
3. El punto " Q_2 " determina el momento en que entra en vigencia la norma "C", derogando a la norma "B". Esto significa:

- 3.1. Que antes de "Q₂" la aplicación de la norma "C" es aplicación retroactiva.
- 3.2. Que a partir de "Q₂" entra en vigencia propiamente dicha la norma "C".
- 3.3. Que a partir de "Q₂" la norma "B" (y también la norma "A") sólo pueden ser aplicadas ultraactivamente.

De esta manera, las combinaciones de tres normas distintas en base a su vigencia propiamente dicha, su retroactividad y su ultraactividad, pueden llevar a que en un lapso determinado (por ejemplo el que transcurre entre "Q₁" y "Q₂"), pueda considerarse que las tres normas son susceptibles de regir en el sistema jurídico de que se trate, a pesar de que en dicho lapso sólo está vigente, estrictamente hablando, una de ellas. Naturalmente, si en vez de tres preceptos tenemos varios más (cosa obvia en el Derecho), el problema de cuál norma es la aplicable puede resultar harto complicado. Así ocurre, en efecto, muchas veces.

Esta problemática es generalmente denominada *conflicto de normas en el tiempo* (2) y se le ha pretendido dar solución a través de diversas teorías, ninguna de las cuales ha podido realmente zanjar el problema. Esto será tratado más adelante. Por ahora, nos interesa que quede clara la siguiente terminología:

Aplicación inmediata de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigor y aquél en que es derogada o modificada.

Aplicación ultraactiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita (3), es decir, luego que termina su aplicación inmediata.

- (2) La teoría habla de conflicto de leyes, pero creemos mejor hablar de conflicto de normas porque este problema se presenta con cualquier tipo de cuerpo normativo (leyes, decretos, etc.).
- (3) La derogación tácita y expresa está regulada en el artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Civil.

Aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

Aún podemos encontrar un cuarto tipo que es la *aplicación diferida* y que es aquel caso en el que la norma, expresamente, ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro, que empieza a contarse después del momento "Q" en que entra en vigencia.

De los cuatro tipos de aplicación mencionados, la aplicación retroactiva conoce aún dos modalidades:

- *Aplicación retroactiva reformativa*: es aquel caso en el que la aplicación retroactiva es absoluta, es decir, modifica totalmente los hechos, relaciones o situaciones ocurridos antes del momento "Q".
- *Aplicación retroactiva ordinaria*: Es aquel caso en el que la aplicación retroactiva modifica los hechos, relaciones y situaciones anteriores al momento "Q", salvo las sentencias judiciales que hayan pasado en calidad de cosa juzgada aplicando la norma precedente, hoy derogada.

De ellas, la aplicación retroactiva reformativa es prácticamente inexistente en el derecho contemporáneo, pero existió en el pasado. Hoy sería inviable constitucionalmente hablando en nuestro medio en virtud de las normas constitucionales que prohíben la retroactividad (artículo 187º) y que declaran la inmodificabilidad de la cosa juzgada (Artículo 253º inciso 2º).

2.—*Los hechos, situaciones y relaciones jurídicas frente al conflicto de normas en el tiempo*

• Adoptaremos en este trabajo, ciertas definiciones operativas que nos permitan desarrollar esta materia. Hablamos de hechos, situaciones y relaciones porque, como se verá posteriormente, son los conceptos a los que se refieren las normas del nuevo Código Civil (artículos III del Título Preliminar, y 2120 y 2121 de las disposiciones transitorias del mismo).

Por *hecho jurídico* entenderemos todo suceso de la realidad que produce efectos para el Derecho. Incluimos aquí tanto los hechos involuntarios (hechos jurídicos en sentido estricto), como los hechos que dependen de la voluntad humana (a los que se llama actos jurídicos).

Por *situación jurídica*, entendemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas, que recibe una persona al adoptar un *status* determinado frente al Derecho. Así, serán situaciones jurídicas las de padre, marido, profesor, ministro, abogado, etc. En cada una de ellas, la persona involucrada se convierte en el eje al que se asignan, y a partir del cual emanan, todo ese conjunto de imputaciones jurídicas.

Por *relación jurídica*, entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos (o más), situaciones jurídicas interrelacionadas. Así, son relaciones jurídicas las de los co-contratantes, las de marido y mujer, las de padres e hijos, las de cada acreedor y el respectivo deudor, etc.

Frente al problema de aplicación de normas en el tiempo, cada uno de estos elementos conceptuales, asumiendo como punto "Q" el punto de quiebre en el que una disposición "B" entra en vigencia, derogando a la disposición "A" que hasta dicho instante venía regulando la materia de que se trate, puede ubicarse de la siguiente manera:

1. Los hechos, situaciones o relaciones pueden haberse iniciado, desarrollado y concluido en sus efectos antes de "Q".
2. Pueden iniciarse después de "Q", sin que hubiesen sido ni siquiera expectativas antes de dicho momento.
3. Pueden haberse iniciado antes de "Q" pero pueden continuar existiendo o produciendo efectos luego de dicho momento, indefinidamente o hasta un determinado momento posterior.
4. Pueden haber ocurrido o tenido inicio antes de "Q" para tener consecuencias luego de dicho momento (bien porque así

se estableció inicialmente, bien porque había una condición suspensiva, bien por razones semejantes).

5. Pueden haber sido expectativas (4) antes de "Q" y convertirse en realidad después de dicho momento. Por ejemplo: una pareja que contrae esponsales para casarse posteriormente y, entre la promesa de matrimonio y la fecha debida para el casamiento, aparece "Q".
6. Puede haberse otorgado una facultad (5) de acuerdo a la norma "A" que fuera retirada por la norma "B" luego del momento "Q". Tal el caso de quien adquiere plena capacidad de ejercicio a los dieciocho años de acuerdo a norma que así lo establece y, dos años después (momento "Q"), se da una nueva norma según la cual la plena capacidad de ejercicio se otorga a los veinticinco años, con lo cual la persona involucrada la perdería por los cinco años siguientes.

De todos estos casos, sólo los dos primeros carecen de importancia para la problemática de la aplicación temporal de las normas. En los demás, sea cual fuere la solución, siempre puede plantearse bien el problema de retroactividad, bien el de ultraactividad.

3.— *Lo esencial del problema: conflicto de principios*

A propósito del problema de la aplicación de las normas en el tiempo, han aparecido diversas teorías que han pretendido, infructuosamente, aportar soluciones definitivas. Siempre, al lado de cada posición general, florecen multitud de excepciones.

Y es que el núcleo de la cuestión no se define entre una u otra de las teorías, sino más bien en una meta-discusión de prin-

(4) La expectativa puede definirse como la aspiración de una persona a obtener una imputación jurídica pero en potencia, pues no se ha verificado el hecho o acto que permite hacerla actual.

(5) Por facultad debe entenderse la atribución jurídicamente otorgada a una persona para actuar válidamente de acuerdo a Derecho en cierta rama de actividad. Es el caso del mayor de edad para ejercer por sí sus derechos, o el del abogado para ejercer la profesión. La facultad no implica, necesariamente, haber ejercitado los actos correspondientes.

cipios que, en sus términos más simples, plantea la disyuntiva entre la seguridad jurídica y la innovación legislativa.

Según algunos sectores de la doctrina, el sistema jurídico debe tener como uno de sus principales objetivos otorgar seguridad a las personas, impidiendo que se modifiquen las normas bajo las cuales adquieren derechos, situaciones o relaciones, mientras éstas surtan efectos. Esta actitud se cristalizó en la denominada teoría clásica, o de los *derechos adquiridos*.

Según ella, son derechos adquiridos "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos" (6). Se diferencia entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. Las facultades, como viene dicho, son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo a Derecho y, en tanto tales, no son derechos adquiridos porque "no entran en nuestro dominio". Tampoco son susceptibles de ser protegidas las expectativas pues constituyen virtualidades no actualizadas y, por lo tanto, tampoco han ingresado en el dominio de la persona.

Naturalmente, las cosas no son tan sencillas. El caso de las expectativas es claro, pero no así el de las facultades pues, por ejemplo, si alguien adquirió plena capacidad a los dieciocho años según la ley actual y, en menos de un año entra en vigencia una nueva ley que establece los veinticinco años como la edad en que se adquiere dicha capacidad, no puede fácilmente sostenerse que no se ha adquirido el derecho a la plena capacidad con la ley anterior. Este, como muchos otros ejemplos, demuestran las limitaciones de definición que tiene la teoría de los derechos adquiridos.

Analizando la teoría de los derechos adquiridos en función de los esquemas temporales diseñados al inicio de este trabajo, podremos fácilmente comprobar que lo que en verdad propugna es que la norma bajo la cual nació el derecho, continúa rigiendo mientras tal derecho surta efectos, aunque en el trayecto exista

(6) Citado por ARECO, Juan Segundo... *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*.- Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1984.- Cap. II; p. 56.

un momento "Q" en el que dicha norma es derogada o sustituida. En otras palabras, lo que formalmente plantea la teoría de los derechos adquiridos es la ultraactividad de la normatividad bajo cuya aplicación inmediata se originó el derecho adquirido.

Los expositores de la teoría, sin embargo, han planteado las cosas de manera distinta: sostienen que el derecho adquirido no puede ser modificado por normas posteriores porque, en ese caso se estaría haciendo aplicación retroactiva de ellas. El argumento es efectista pero no muy consistente. Veámoslo gráficamente.



Según la teoría, el derecho adquirido se origina en algún momento antes de "Q", bajo la norma "A", y se extiende hasta después de "Q". Pues bien, ni aún después de "Q" podría aplicarse a él la norma "B" porque, de acuerdo a esta teoría, eso sería aplicación retroactiva. Sin embargo, si tomamos en cuenta las definiciones dadas anteriormente (y que se fundamentan en las normas constitucionales y legales sobre entrada en vigor y derogación de las normas jurídicas), nos encontramos con que aplicar la norma "B" después de "Q" no puede ser nunca aplicación retroactiva, sino precisamente aplicación inmediata.

En otras palabras, la teoría de los derechos adquiridos no hace sino crear una ficción, llamando aplicación retroactiva a lo que en verdad es aplicación inmediata, en el afán de dar estabilidad normativa al llamado derecho adquirido.

Las insuficiencias de la teoría de los derechos adquiridos, han llevado a otros autores a plantear diversas variantes como la

de las situaciones abstractas y situaciones concretas de Bonnecase (7) que, con criterios distintos, apuntan al mismo fin: sacrificar la aplicación inmediata de la segunda norma, otorgando aplicación ultraactiva a la derogada en virtud del argumento de la seguridad.

Frente a esta opción, se ha colocado desde mucho tiempo atrás otra que reivindica el carácter innovador de las normas y que, por lo tanto, prefiere la aplicación inmediata a la ultraactividad de las normas derogadas. El argumento en que se sustenta reza que las leyes posteriores deben suponerse mejores que las anteriores y, por lo tanto, deben ponerse en inmediata vigencia. La teoría que mejor ha encarnado esta posición es la denominada de los *hechos cumplidos*, y que según Mario Alzamora Valdez expresa lo siguiente: "La teoría del hecho cumplido... afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta; los cumplidos después de su promulgación, por la nueva (8).

La graficación de esta teoría sería la siguiente:



De acuerdo a ella, los hechos número 1 y 2 de la situación o relación deben regirse por la normatividad "A" y los hechos 3 y 4 por la normatividad "B". No hay pues, de acuerdo a esta teoría, un derecho adquirido a que sea la normatividad "A" la

- (7) BONNECASE, J. ... *Introducción al Estudio del Derecho*.- Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1044.- Cap. IV.
- (8) ALZAMORA VALDEZ, Mario... *Introducción a la ciencia del Derecho*.- Lima, Tipografía Sesator, 1980.- Parte VII; Cap. IV; p. 283.

que rija los cuatro efectos de la situación o relación. La normatividad, por el contrario, se aplica de manera inmediata en toda circunstancia. Esto rescata el carácter innovador del Derecho en los términos en que hemos señalado anteriormente.

Variantes de esta teorización pueden encontrarse, entre otros, en Savigny, que estableció una diferencia entre adquisición de derechos (que se regiría de manera similar a lo establecido por la teoría de los derechos adquiridos), y existencia de instituciones (la modificación o derogación de cuyas normas aplicables tiene aplicación inmediata). En esta última parte, Savigny recogía el carácter innovador del Derecho.

Esta somera descripción de las teorías (9) nos permite reafirmar lo señalado anteriormente: en realidad, el conflicto de normas en el tiempo supone una relación dialéctica entre el principio de seguridad y el principio de innovación dentro del sistema. Las teorías han tendido a plantear las cosas en forma disyuntiva, optando principalmente por uno u otro y estableciendo en vía excepcional las moderaciones correspondientes. Sin embargo, en un recto enfoque del problema, desde el punto de vista más abstracto, no tiene por qué aceptarse la disyunción y, más bien, puede pensarse que el problema de la aplicación de la norma en el tiempo debe ser trabajado en base a ciertos principios generales, pero de manera casuística, con la finalidad de lograr la mayor equidad posible en cada caso. Esto es siempre posible mediante la interpretación y la integración jurídicas y es probablemente a lo que alude Mario Alzamora Valdez al decir:

"Concidimos también en que (citando a Borda) 'es imposible pronunciarse en un sentido o en otro. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad porque ello implicaría atajar la evolución del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante a nombre de la justicia y del progreso porque éstos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin ésta no puede concebirse un orden justo, que por ser orden la implica

(9) Buenas descripciones de las principales teorías pueden encontrarse en: ARECO, Juan Segundo... *op. cit.*- Cap. IV; y, en GARCIA MAYNEZ, Eduardo... *Introducción al estudio del Derecho.*- México, Editorial Porrúa S.A., 1960.- Cap. XXX.

Las normas jurídicas son objetos culturales que encarnan valores. Las nuevas normas expresan nuevas valoraciones jurídicas; las antiguas normas, valoración ya superada. La posibilidad de aplicación de estas últimas, estando vigentes otras distintas para regular los mismos casos, estará ligada a cada circunstancia particular que debe ser apreciada por el juez que es quien interpreta el pensamiento de la comunidad" (10).

4.— *Las disposiciones de nuestro sistema jurídico sobre el problema de aplicación temporal de las normas*

En principio, nuestra normatividad trae disposiciones según las cuales las leyes son obligatorias desde el decimosexto día posterior a su publicación y los Decretos Supremos desde el día siguiente a ella. Esta vigencia se extiende hasta que sus normas son modificadas o derogadas. Es decir, el principio general de nuestra legislación es el de la *aplicación inmediata*.

El segundo párrafo del artículo 187º de la Constitución, establece lo siguiente:

"Artículo 187º.

...

Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente".

Las características de esta norma constitucional son dos. La primera consiste en prohibir la retroactividad, es decir, establece el principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Sin embargo, no fija el límite que existe entre aplicación retroactiva y aplicación inmediata pues, como ha sido visto en el párrafo anterior, dicho borde es conceptualizado de distintas maneras por las diversas teorías (llegando la de los derechos adquiridos a considerar como aplicación retroactiva, la aplicación inmediata de la norma subsecuente en el tiempo, tal como fue oportunamente desarrollado). Entonces, a partir de este primer rasgo de la norma constitucional, resulta conveniente establecer una

(10) ALZAMORA VALDEZ, Mario... Op. cit.- Parte VII; Cap. IV; p. 285.

norma reglamentaria por vía legislativa, que opte por definir los términos señalados. Esta norma es el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Civil, y a ella nos referiremos posteriormente.

La segunda característica de la norma constitucional consiste en establecer sólo tres posibilidades de aplicación retroactiva: la penal (cuando favorece al reo); la laboral (cuando favorece al trabajador), y la tributaria (cuando favorece al contribuyente).

La retroactividad penal es un principio universalmente reconocido en dicha rama del Derecho, y consiste en que al reo (aún después de sentenciado), se le aplica la norma más favorable que haya existido para su delito desde que la acción delictiva fue cometida. En este aspecto, la Constitución ha recogido correctamente la excepción de retroactividad.

La retroactividad en materia laboral tiene también reconocimiento en la doctrina, aún cuando en ciertas circunstancias se torna discutible. Lo ha sido en los últimos tiempos en el Perú a partir de la modificación de los topes indemnizatorios por la Ley 23707, que significó un beneficio especial para los trabajadores (cuyas compensaciones habían sido fuertemente erosionadas por el proceso inflacionario ante la pasividad del legislador), al tiempo que abultaron significativa y repentinamente los montos de las provisiones de indemnización que debían guardar los empleadores (11).

La retroactividad en materia tributaria, en cambio, no tiene antecedentes específicos de consideración y, por lo demás, presenta serísimas dificultades. Una resolución relativamente reciente del Tribunal Fiscal (12), ha interpretado el precepto como de

(11) Si bien es cierto que la ley aludida engrosó enormemente los requerimientos para provisión de indemnizaciones, también lo es que los empleadores guardan los recursos correspondientes a su disposición mientras el trabajador sigue prestando servicios y que, en consecuencia, se benefician con las ganancias de capital correspondientes, especialmente en periodos inflacionarios como los actuales.

(12) Resolución del Tribunal Fiscal 17557 del 27 de Enero de 1983.

aplicación restringida a las sanciones tributarias y no extensible a la aplicación retroactiva de la derogación de tributos, por considerar que de permitirse ello, se estaría alentando la evasión tributaria con la expectativa de que en el futuro se derogara tributos hoy existentes. La interpretación del Tribunal Fiscal es razonable y demuestra la debilidad de la norma, formulada en términos tan amplios y generales por el constituyente. Es, de otro lado, la misma opinión que ya expresó en trabajo anterior Armando Zolezzi y que nosotros compartimos (13).

Como hemos ya dicho, la disposición general que establece la irretroactividad en la primera parte del segundo párrafo del artículo 187º de la Constitución, requería de una norma reglamentaria que determinara el punto de quiebre entre la aplicación retroactiva y la aplicación inmediata. Dicha norma es el artículo III del Título Preliminar del Código Civil que establece:

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

Esta norma establece en su primera parte, como regla general, la concepción correspondiente a la teoría de los hechos cumplidos pues, indica que la nueva ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes (debe entenderse, existentes al momento en que ella entra en vigor). Es decir, que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de situaciones y relaciones que le eran pre-existentes. Estamos en la formulación esquemática de nuestro gráfico V (ver supra).

En otras palabras, la disposición del artículo III que comentamos se pronuncia claramente por la aplicación inmediata de la norma jurídica, deshecha lo que hemos denominado aplicación ultraactiva, y sólo ratifica la aplicación retroactiva en los casos que autoriza expresamente el artículo 187º de la Constitución.

(13) ZOLEZZI, Armando... Constitución y Tributación.- En: La Nueva Constitución y su aplicación legal. 9 ensayos críticos.- Lima, Centro de Investigación y Capacitación y Francisco Campodónico F. editores. 1980.- pp. 194-195.

Es, en este sentido, una disposición coherente con las normas sobre vigencia y derogación que hemos mencionado y deshecha las ficciones creadas por la teoría de los derechos adquiridos. A su vez, es un cambio sustancial frente a la doctrina recogida por el Código Civil de 1936, que se había referido a esta problemática en su artículo 1824º en la forma siguiente:

"Artículo 1824º.- Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación, no se violan derechos adquiridos".

Si bien este es el principio general (por lo demás ratificado innecesariamente en el artículo 2121º del nuevo Código), las disposiciones transitorias traen algunas excepciones que establecen la aplicación ultraactiva de determinadas disposiciones del Código de 1936, a partir del 14 de noviembre de 1984 (fecha en que el nuevo Código entra en vigencia efectiva). Ellas están contenidas en los artículos 2117, 2120 y 2122, que establecen lo siguiente:

"Artículo 2117º.- Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto éste lo permita".

"Artículo 2120º.- Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca".

"Artículo 2122º.- La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, ésta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad".

El artículo 2117º es claro y consistente pues hace honor al principio que establece que la transmisión de los derechos hereditarios queda consumada a la muerte del causante. Lo propio ocurre con el artículo 2122º que está destinado a cubrir eventual-

les diferencias entre los plazos otorgados anteriormente y los del nuevo Código. Esto supone dos hipótesis de conflicto:

- Si los plazos que la legislación anterior al nuevo Código daba para la caducidad eran menores que los actuales, regirán aquellos para las situaciones de caducidad que se iniciaron antes del 14 de noviembre de 1984. (Vale la pena aclarar que esta hipótesis no se aplicaría a la prescripción pues sus plazos no han sido ampliados en el nuevo Código).
- Si los plazos que la legislación anterior al nuevo Código daba para la caducidad o la prescripción eran mayores, a partir del 14 de noviembre de 1984 podrán aplicarse los nuevos plazos más breves. Dos ejemplos aclararán la situación:

Prescripción corta de inmuebles iniciada el 14 de noviembre de 1981

Según el artículo 871º del Código de 1936, la adquisición de dominio ocurriría el 14 de noviembre de 1991 pero, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, rige el plazo de cinco años que establece su artículo 950º, por lo que la adquisición ocurrirá el 14 de noviembre de 1989.

Prescripción corta de inmuebles iniciada el 14 de noviembre de 1977

Según la norma de 1936 la adquisición de dominio ocurrirá el 14 de noviembre de 1987. En virtud de su artículo 2122 el nuevo Código respeta este plazo porque, aplicar los cinco años de su artículo 950º a partir de su entrada en vigor, en realidad extendería la prescripción corta en dos años (a doce) para este caso, lo que resulta contradictorio con el sistema en su conjunto y con la reducción de plazo prevista.

A la inversa de los dos artículos comentados, el 2120º presenta un pequeño problema de interpretación por lo que consideramos es una redacción imperfecta en su texto. En efecto, de sus términos, podría dar la impresión de que, reconozca o no el nuevo Código los derechos nacidos de hechos realizados bajo la vigencia del Código de 1936, dichos efectos se rigen por la

legislación anterior. La expresión "aunque este Código no los reconozca" es en este sentido equívoca. Así, el artículo 2120º vendría a consagrar la ultraactividad del Código de 1936 en la normación de los derechos nacidos de hechos ocurridos durante su vigencia y entraría en contradicción con lo que hemos considerado el principio general de aplicación inmediata a partir del artículo III del Título Preliminar (ratificado en el artículo 2121º).

Una adecuada interpretación sistemática de estas tres normas, en cambio, permite concluir una respuesta coherente: cuando la materia haya sido regulada en el Código anterior y también en el Nuevo, rige la teoría de los hechos cumplidos recogida como principio general y, en consecuencia, las normas del nuevo Código tienen aplicación inmediata. Sólo cuando la materia haya sido tratada por el Código de 1936 y ya no sea tratada normativamente en el nuevo Código, estaremos ante la situación excepcional de que trata el artículo 2120º y, por tanto, en este caso si se aplicará la teoría de los derechos adquiridos y procederá la aplicación ultraactiva de las normas del Código de 1936.

Esta interpretación sistemática es la única que hace compatible el artículo III del Título Preliminar con el artículo 2120º, y también la que explica la repetición de la primera de las normas en el artículo 2121º.

5.— *Dos casos de retroactividad no considerados*

La normatividad recogida en el segundo párrafo del artículo 187º de la Constitución, por su supremacía, condiciona las posibilidades de regulación de las normas del Código Civil, de inferior categoría normativa en el sistema. Esto ha llevado a que, no recogidos en la Constitución dos casos de retroactividad reconocidos por la doctrina, tampoco puedan haberlo sido en el Código Civil.

El primero es el de las normas procesales y el caso puede presentarse con toda claridad en la acción contencioso-administrativa que, según el artículo 11º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con las normas respectivas del Código de Procedimientos Civiles, debe sustanciarse como juicio ordinario; entre tanto, el artículo 240º de la Constitución, anuncia un pro-

cedimiento distinto para ella, que podría iniciarse bien en la Corte Superior, bien en la misma Corte Suprema. De darse la nueva ley procesal sobre la materia y de existir en trámite alguna acción contencioso-administrativa a tal fecha: ¿seguiría su trámite ordinario o pasaría al especial? No hay respuesta clara pues, de un lado, la readecuación sería procedente una vez entrada en vigor la nueva ley, pero ello, sería una aplicación retroactiva de sus normas, que no parecería estar permitida por el artículo 187° de la Constitución. El problema puede repetirse en otros procedimientos y demuestra los defectos técnicos del artículo constitucional. Probablemente, la ley de procedimiento respectiva deberá dar las normas de adecuación convenientes.

El otro caso es el de la interpretación auténtica de la ley anterior, mediante una nueva ley interpretativa. Según la doctrina, esta segunda ley se entiende aplicable desde la vigencia de la primera (la interpretada) lo que en la realidad constituye una aplicación retroactiva de sus normas, no contemplada en el artículo 187° de la Constitución. Es probable que en tal situación la solución más coherente sea la de considerar una aplicación retroactiva ordinaria (ver supra) y no una restitutiva que atentara contra eventuales procesos judiciales cuyas sentencias hayan pasado en calidad de cosa juzgada. Sin embargo, esta solución sería doctrinal, no proveniente de los textos normativos de la Constitución y del nuevo Código Civil, que guardan silencio frente al problema. Desde éstos, inclusive, la solución más apegada a la letra parece ser que la ley interpretativa rige desde que entra en vigencia y que sus efectos no pueden ser propiamente retroactivos (14). Esta es otra clara deficiencia del artículo 187° de la Constitución.

6.— *Conclusión*

En el punto "2." de este trabajo, mencionamos seis posibles casos en referencia a la aplicación de las normas en el tiem-

- (14) En materia de leyes interpretativas, ocurre a veces que el órgano Legislativo dicta una disposición modificatoria llamándola interpretativa. Así, se presenta la situación de que materialmente se trata de una nueva norma, aún cuando formalmente no. Esto puede prestarse a abusos que, en todo caso, corresponde solucionar por la vía jurisprudencial.

po. Luego del análisis efectuado podemos concluir lo siguiente frente a cada uno de ellos:

- Cuando los hechos, situaciones o relaciones que se iniciaron, desarrollaron y concluyeron en sus efectos antes de la nueva ley, son irrevisables porque la aplicación retroactiva de la nueva norma es imposible, salvo en los tres casos específicamente reconocidos por la Constitución, con los problemas que hemos identificado en ellos, según cada uno.
- Cuando se han iniciado bajo la vigencia de la nueva normatividad rige el principio de aplicación inmediata y en consecuencia se rigen por ésta. No hay efectos ultraactivos de de la normatividad anterior.
- Cuando se iniciaron durante la vigencia de la normatividad anterior y siguen existiendo o produciendo efectos durante la nueva, rige la teoría de los hechos cumplidos lo que equivale a decir: lo ocurrido con anterioridad a "Q" se ha regido por la normatividad anterior y no procede aplicación retroactiva de la nueva; lo que ocurra de "Q" en adelante, se rige por el principio de la aplicación inmediata de la nueva normatividad.
- Cuando los hechos, situaciones o relaciones hayan ocurrido o tenido inicio antes de "Q" para tener consecuencias luego de dicho momento, regirá el principio de aplicación inmediata, es decir, las consecuencias previstas para momentos posteriores a "Q" se rigen por las nuevas normas.
- Las expectativas que se convierten en actuales luego de "Q" también se rigen por la aplicación inmediata de la nueva normatividad. Esto es reconocido hasta por la teoría de los derechos adquiridos.
- Cuando se tuvo acceso a una facultad de acuerdo a la normatividad anterior, y la nueva la recorta, retira o prohíbe, a partir de "Q" rige la aplicación inmediata de la nueva normatividad, es decir, que la facultad queda recortada, retirada o prohibida.

Casos especiales de aplicación de criterios excepcionales son los expresamente considerados en los artículos 2117º, 2120º y 2122º, en los que rigen sus normas de la manera como las hemos analizado en páginas anteriores.

Rescatamos una vez más, que siempre queda un amplio margen para diseñar soluciones de equidad a través del adecuado recurso a la interpretación e integración jurídicas, según lo afirmado por Mario Alzamora, opinión que compartimos. Finalmente, queda por decir que, en nuestro sistema, no existe obstáculo para que un cuerpo normativo establezca expresamente para sí una aplicación diferida.

LA TEORIA GENERAL DEL ACTO JURIDICO

1.- *Génesis y Evolución*

La Teoría General del Acto Jurídico es una elaboración de la doctrina francesa posterior a la promulgación del Código Francés de 1804. No aparece sino hasta el siglo XIX, pues el acto jurídico, en una formulación teórica, no fue concebido en Roma. Su concepto tampoco fue recogido ni regulado por el Código Napoleón, pese a que el del acto jurídico es de mayor latitud que el de la convención y, como tal, genera una más amplia gama de relaciones jurídicas, todas ellas sometidas al imperio de la autonomía de la voluntad en la medida en que ésta no colisione con el orden público.

La formulación teórica del acto jurídico comprende conceptos aplicables a toda operación jurídica susceptible de constituirse en fuente de relaciones jurídicas y dar lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de derechos subjetivos. De ahí que revista capital importancia.

Pero es significativo señalar que en la doctrina francesa contemporánea, si bien existe un criterio mayoritario, éste no es uniforme en cuanto a plasmar legislativamente una teoría general del acto jurídico en el Proyecto de Reforma del Código Civil

Francés. Los criterios, según citas de Manuel de la Puente (1), estuvieron divididos en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil Francés entre considerar sólo una teoría general del contrato, y hacer referencia a ella cuando se tratara de los demás actos jurídicos; o, estructurarse una teoría general del acto jurídico, a la cual remitirse en lo relativo al contrato, por ser éste una variedad del acto jurídico. Correspondió a esta segunda posición la acogida mayoritaria.

Ha sido influjo de la doctrina francesa que la concepción del acto jurídico se constituyó como institución de Derecho Civil y su teoría, aunque no explicada, fue incorporada en nuestro Código Civil de 1936. El nuevo Código Civil mantiene su filiación a esta concepción del acto jurídico no obstante que la moderna doctrina, a partir del Código Civil Alemán vigente desde 1900, ha introducido el concepto de negocio jurídico. Pero es conveniente anotar que el Código Italiano de 1942 no ha regulado el negocio jurídico, dejando a la doctrina esa tarea, siendo así un concepto ampliamente desarrollado por los juristas italianos. En España, donde la codificación tampoco utiliza el término "negocio", sino que habla de "acto", la doctrina está fuertemente influida por el concepto de negocio jurídico y la teoría general del mismo.

La Teoría General del Acto Jurídico supone, entonces, desentrañar la naturaleza misma del acto, radicar su esencia en la manifestación de una voluntad jurídica, establecer los requisitos para su validez y eficacia, su interpretación, y, en fin, todas aquellas materias que se vinculan para constituir el acto jurídico en fuente de relaciones jurídicas y de derechos subjetivos. Pero en la actualidad, dada la gran acogida que los autores contemporáneos brindan a la concepción del negocio jurídico, la Teoría del Acto Jurídico tiene necesariamente, que orientarse a una comparación con la del negocio jurídico, planteándose una dicotomía que en nuestra opinión, no es tal, pues conceptualmente el acto jurídico y el negocio jurídico están en una relación de sinonimia.

(1) Estudios sobre el Contrato Privado, T. I, págs. 37 y 38.

2.- *Su ubicación en el ordenamiento jurídico*

Aunque la Teoría General del Acto Jurídico se considera comprendida dentro del Derecho Civil, es conveniente, atendiendo al propósito de su estudio, precisar su ubicación en el ordenamiento jurídico partiendo de conceptos fundamentales de la Teoría General del Derecho.

2.1.- *Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo*

Es sabido que el vocablo Derecho es utilizado tanto para designar la norma jurídica como la facultad que la misma norma reconoce en favor del sujeto. El primer significado del vocablo Derecho corresponde al Derecho Objetivo; el segundo, al Derecho Subjetivo. Pero las expresiones "Derecho objetivo" y "Derecho subjetivo" no corresponden a conceptos que se deban contraponer. La normatividad es el Derecho Objetivo; la facultad de obrar, según las normas, es el Derecho Subjetivo. Es tan arraigada la íntima correlación entre los dos conceptos, que la noción del Derecho Subjetivo (facultas agendi) está contenida implícitamente en la del Derecho Objetivo (norma agendi) y que ambos conceptos se complementan. La norma que permite obrar implica la facultad de obrar según la norma, y la facultad de obrar presupone una norma que le señale límites y la garantice.

La Teoría General del Acto Jurídico no puede desligarse de los conceptos que han quedado expuestos. El Acto Jurídico es fuente generadora de derechos subjetivos y es, también, una entidad jurídica que requiere de la normatividad. Para la ubicación de su Teoría General, es imprescindible considerar la división del Derecho Objetivo.

2.2.- *Derecho Público y Derecho Privado*

Es la división clásica y tradicional del Derecho que tuvo como su autor al jurisconsulto romano Ulpiano. Sin embargo, la Teoría General del Derecho reconoce en nuestros días que el propio Ulpiano la concibió tan sólo para fines didácticos, pues no se ha encontrado el sustento teórico y práctico que al explicarla, la justifique.

Las más generalizadas doctrinas que sistematiza la Teoría General del Derecho hacen radicar la distinción en el interés tutelado, en la característica que las normas le atribuyen a las relaciones jurídicas y en el fin del Derecho. Si lo que se ampara es el interés general o colectivo, las normas corresponden al Derecho Público; si lo que se ampara es el interés individual o particular, las normas son de Derecho Privado. Si la característica que las normas le atribuyen a las relaciones jurídicas son de coordinación, en un plano igualitario entre los sujetos que intervienen, la relación es de Derecho Privado; si la característica es de subordinación, porque en las relaciones jurídicas una de las partes es el Estado o un ente público, que actúa con ius imperium, la relación es de Derecho Público. Por último, si lo que la norma persigue es una justicia conmutativa, la relación jurídica entablada corresponde al Derecho Privado; si la finalidad es la justicia distributiva, la norma que rige la relación jurídica es de Derecho Público.

Al lado de estas doctrinas existen también las que niegan la distinción. Pero éstas tienen en común con las doctrinas que la aceptan, el reconocimiento de su utilidad y sentido metodológico.

Establecida la necesidad didáctica de distinguir el Derecho en Público y Privado, y aún cuando con todo fundamento puede hablarse de un género intermedio, lo que contribuye aún más a confundir la distinción, la ubicación que corresponde a la Teoría General del Acto Jurídico es en el ámbito del Derecho Privado.

2.3.- *Derecho Privado y Derecho Civil*

La rama principal del Derecho Privado es el Derecho Civil. Tan es así, que el Derecho Privado puede dividirse en Derecho Civil y Derechos Especiales; éstos son disciplinas normativas desprendidas del Derecho Civil y ocurre con algunas que, en la actualidad, resulta difícil ubicarlas como ramas del Derecho Privado.

El Derecho Civil tiene que ver con todo lo que se refiere a la persona física o jurídica, en sus relaciones jurídicas y en sus

actos patrimoniales. En lo que se refiere a la persona física, el Derecho Civil tiene que ver con su condición de persona humana, sus atributos, estado, relaciones de familia, vocación sucesoria, patrimonio y sus actos patrimoniales; y, en cuanto a las personas jurídicas, en sus relaciones jurídicas, pudiendo las de derecho público también estar comprendidas dentro del Derecho Civil cuando entablan relaciones de coordinación y no actúan como entes subordinantes.

La importancia del Derecho Civil radica en las dos características fundamentales de sus normas: la generalidad y la supletoriedad de su aplicación. Y es por estas características que el Derecho Civil se irradia a todo el Derecho, lo que resulta paradójico, máxime si para conceptualarlo y definirlo se recurre a la vía residual como lo plantean la mayoría de los civilistas, posición que no compartimos pues consideramos que el Derecho Civil es el derecho común por excelencia y, por ello, tiene un contenido coincidente con el del Derecho Privado.

Constituyendo el Acto Jurídico una fuente generadora de relaciones jurídicas las que, en principio, no tienen necesariamente que revestir de alguna connotación especial, su Teoría General se ubica en el Derecho Civil y tiene su plasmación legislativa directa o indirectamente en los textos del Derecho Civil.

3.- *La ubicación de la Teoría General del Acto Jurídico en nuestra Codificación Civil*

Bajo la poderosa influencia del Código Civil Francés, iniciada la vida republicana, recién en 1852 nuestro país contó con un Código Civil. Hubieron antecedentes en el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, trabajado entre 1834 y 1836, y en la fugaz vigencia del Código Civil, promulgado en 1836, por el Mariscal Santa Cruz durante la Confederación Perú-Boliviana (2). Como se sabe el Código de 1852 -que rigió hasta su derogación por el art. 1823 del Código Civil vigente desde el 14 de noviem-

(2) Ver: Basadre, Jorge, Historia de la República del Perú. T. II; y Ugarte del Pino, Juan Vicente, La Obra Jurídica del Gran Mariscal del Perú Don Andrés de Santa Cruz, Revista del Foro N° 3, Lima, 1965.

bre de 1936 y derogado por el promulgado el 24 de julio de 1984- ignoró la teoría del acto jurídico (3).

3.1.- El Código del 36 plasmó legislativamente la Teoría General del Acto Jurídico en la Sección Primera del Libro Quinto que, como se sabe, se ocupó del Derecho de las Obligaciones. Lo hizo bajo el epigrafe de De los Actos Jurídicos y la desarrolló a lo largo del articulado comprendido en ocho títulos, pues los dos últimos -el IX sobre los actos ilícitos y el X sobre la prescripción extintiva- no correspondían a la Teoría General del Acto Jurídico.

El Codificador del 36 ubicó, pues, la Teoría General del Acto Jurídico dentro del Derecho de las Obligaciones. En una interpretación sistemática ello pudo conducir a considerar el acto jurídico como una categoría subordinada al Derecho de las Obligaciones. Sin embargo, no podía ser así ya que, en todo caso, son las obligaciones las que quedan subordinadas a los actos jurídicos, si es que pensamos en las obligaciones convencionales. El acto jurídico es fuente -ya lo hemos señalado anteriormente- de derechos subjetivos y, por ende, de obligaciones y deberes jurídicos. Es fundamentalmente -como también ya lo hemos señalado- fuente de relaciones jurídicas, sin que éstas deban ser necesariamente de carácter patrimonial. De ahí que la interpretación a que podía conducir su ubicación en el Código del 36 era absolutamente equivocada y así lo ha dejado señalado León Barandiarán, su más caracterizado comentarista (4).

3.2.- El nuevo Código Civil, promulgado el 24 de julio y vigente desde el 14 de noviembre de 1984, ha desarrollado la Teoría General del Acto Jurídico, ubicándola en el Libro II, dedicado exclusivamente a su tratamiento legislativo. De este modo, no sólo subsana el defecto de sistemática del Código del 36, sino que le da el realce que su tratamiento legislativo requería al dar contenido a sus normas independientemente del Derecho de las Obligaciones, y en un Libro especial.

(3) Olaechea, Manuel Augusto, Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pág. 3.

(4) Curso del Acto Jurídico, pág. 3.

La ubicación de la Teoría General del Acto Jurídico en el nuevo Código ha sido, pues, el resultado de un consenso ante la importancia de destacar su tratamiento legislativo.

4.- *La irradiación de la Teoría General del Acto Jurídico*

Plasmada legislativamente la Teoría General del Acto Jurídico en la codificación civil, ella se irradia a todo el Derecho Objetivo. Su ubicación en los textos del Derecho Civil no ha sido arbitraria y a ellos llegó con la misma residualidad como se delimita el concepto del Derecho Civil.

El Código Civil que en importancia sigue a la Constitución Política del Estado, aunque en lo formal no establezca una relación jerarquizante con los otros cuerpos legales y aún con las leyes no codificadas, da contenido a normas, como las que plasman la Teoría General del Acto Jurídico, que por su generalidad y supletoriedad, en mayor o menor medida, se irradian a todo el Derecho Objetivo.

LA FAMILIA EN LA LEY Y EN LA REALIDAD DEL PERU

Este estudio que forma parte de la Exposición de Motivos del Proyecto de Libro de Familia del nuevo Código Civil, elaborado por el autor y aprobado por la Comisión Reformadora creada por D.S. N° 95, de 1 de marzo de 1965, mantiene actualidad por dos razones especiales:

La primera consiste en que, si bien el texto final de nuevo Código ha recogido en su casi totalidad el contenido de dicho Proyecto, inclusive en las cuestiones referentes al patrimonio familiar, la unión concubinaria y el status de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no lo ha mantenido en materia tan importante como la de reconocer efectos civiles al matrimonio religioso. Aprobada esta iniciativa del autor, primero a nivel de la Comisión Reformadora y, originalmente, también por la Revisora, fue finalmente retirada por ésta; con lo que, no obstante referirse la Constitución de 1979, en su art. 5, a las formas de matrimonio, se ha mantenido la civil como la única.

La segunda consiste en que, aprobada la iniciativa por ambas Comisiones, fue materia de intensa divulgación en numerosos foros realizados en diferentes lugares del país, por lo cual si, por una parte, es conveniente difundir el texto final del

nuevo Código, resulta igualmente ilustrativo conocer las razones del Proyecto de la Comisión Reformadora.

No es ocioso agregar, en fin, que el análisis comparativo que se hace en el artículo que sigue estaba referido a las normas del Código Civil de 1936 que se trataba de modificar y a las del Código de Derecho Canónico de 1917 entonces en vigencia.

Las formas de celebración del matrimonio

La Constitución de 1979 preceptúa en su Art. 5, párrafo segundo que las formas de celebración del matrimonio y las causas de su disolución serán reglamentadas por la ley.

Literalmente, y más allá de la intención del legislador constituyente, el texto del párrafo transcrito plantea la posibilidad de que el Código en preparación considere como formas de celebración del casamiento, no solamente la civil que introdujo con carácter facultativo o excepcional la Ley de 23 de diciembre de 1897 y que el Decreto-Ley 6889 convirtió en único y obligatorio a partir del 4 de octubre de 1930, sino también el matrimonio canónico que estuvo en vigencia durante los cuatro siglos anteriores y aún el servinakuy u otras formas matrimoniales de derecho aborigen.

El matrimonio canónico

El matrimonio ha sido históricamente regulado en diferentes formas, según que se haya visto en él una institución religiosa, civil o mixta.

En el derecho Romano, el matrimonio sigue una progresiva tendencia que lo caracteriza como institución civil y que se pone de manifiesto en las diversas formas en que el marido adquiere la *manus*: la *confarreatio*, propia de los patricios, para cuya validez sólo es exigible la libre expresión del consentimiento y cuyas solemnidades religiosas no forman el matrimonio; la *coemptio* o venta solemne en que la secularización aparece claramente; y el *usus*, aplicación de la *usucapio* a la posesión de la mujer, en

que es exclusivo el carácter profano. La indole civil de estas formas de matrimonio quiritaro es aún más perceptible en el matrimonio *sine manus*, en el que la mujer sigue formando parte de su familia natural, sin confundir su patrimonio con el de su marido ni quedar sometida a la potestad de éste. La celebración de este matrimonio, que alcanzó consagración definitiva con Justiniano, no exige ninguna formalidad externa, pues es bastante el *consensus matrimonialis*, salvo cuando se trata de grandes dignatarios o personas ilustres que por disposición imperial deben otorgar dotalia instrumental.

El matrimonio queda así caracterizado como acto privado, no oficial y disoluble por divorcio o repudio.

En los primeros siglos de la era cristiana, el nuevo Derecho transige con el matrimonio civil de los romanos (y también de los bárbaros) para hacer más accesible el casamiento a los humildes y combatir el concubinato. Luego, hacia el siglo VI, comienza a fusionarse la legislación civil con la canónica; y tres siglos más tarde la Iglesia toma el matrimonio bajo su exclusiva regulación, hecho que se reafirma con las disposiciones adoptadas por los concilios de Letrán (s. XIII) y de Trento (s. XVI).

La concepción esencial del Derecho Canónico consiste en considerar el matrimonio como contrato y al mismo tiempo como sacramento, calidades ambas que se condicionan recíprocamente: si no hay contrato válido, no hay sacramento; y si no hay sacramento, no hay contrato.

Durante varias centurias, el matrimonio y las cuestiones derivadas de él son consideradas universalmente como de exclusiva competencia de la Iglesia, y ésta los sujetó a una regulación exhaustiva que prácticamente nada dejó de prever y en cuyo acierto debe hallarse la causa de su extraordinaria perduración.

La readquisición del Derecho matrimonial por la autoridad civil proviene de dos fuentes principales: el protestantismo, pues los reformadores rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio; y el Derecho Natural, cuyos teóricos asumen en los siglos XVI y XVII la misma posición.

Más tarde, consumada la Revolución Francesa, el Código Napoleón organizó el matrimonio como institución exclusivamente civil, influyendo con su ejemplo sobre casi toda la legislación del mundo.

Desde entonces y hasta antes de la II Guerra Mundial, las legislaciones adoptan una de tres posiciones principales: la puramente confesional; aquélla en que el Estado se arroga el derecho de regular el matrimonio, pero cuyas normas conservan una coloración confesional o admiten como supletorio el Derecho confesional en caso de insuficiencia de la regulación estatal; y la a-confesional, que prescinde de las normas religiosas aunque en mayor o menor extensión coincida con ella.

Contemporáneamente, el matrimonio civil —o forma civil de conclusión del matrimonio— se da subsidiario, facultativo u obligatorio, según los países.

Es subsidiario cuando rige sólo para ciertos grupos de personas, para enlaces mixtos o para otros casos en que los contrayentes no pueden recibir la bendición eclesiástica; tiene carácter facultativo cuando los interesados pueden casarse a su elección ante un eclesiástico o ante un funcionario civil; es obligatorio cuando la ley desconoce todo valor al casamiento religioso e impone a los contrayentes sin excepción el matrimonio ante funcionarios del Estado. Austria hasta 1941; Inglaterra, Suecia, Italia y algunos Estados de la Unión Americana; Francia y otros países, son respectivamente ejemplo de cada uno de esos criterios.

Entre los países latinoamericanos, los casos de Brasil, Colombia, Bolivia y Costa Rica resultan especialmente interesantes desde la perspectiva abierta por la nueva Constitución del Perú: todos ellos admiten o reconocen efectos civiles al matrimonio católico dentro de determinada medida y condiciones. Brasil es el de data más antigua, Colombia ha asumido esa posición como resultado de un Concordato con la Santa Sede, Bolivia y Costa Rica —que, como se ha dicho, son los países de más reciente regulación familiar y, con Cuba, los únicos que legislan sobre el fenómeno familiar en códigos independientes— la han adoptado, a lo que parece, más bien en función de sus realidades sociales que por consideración de índole teórica.

En lo que concierne específicamente al Perú, el Código Civil de 1852 no estableció otro matrimonio con efectos legales que el celebrado conforme a las disposiciones del Concilio de Trento, es decir, el matrimonio canónico —tal como, por lo demás, venía ocurriendo desde casi cuatro siglos antes, a raíz de la incorporación del Perú a la órbita de la cultura occidental—; si bien, para reclamar los derechos civiles anexos a él, era necesario inscribirlo en el Registro del Estado Civil (Arts. 441 y 443). Aquello se justificaba por el hecho de que la abrumadora mayoría de la población peruana profesa la religión católica.

Esa situación perduró hasta el 23 de diciembre de 1897, fecha en que se reconoció por ley dos formas de matrimonio: la canónica para los que profesaban la religión católica, y la civil para los que declaraban no haber pertenecido a dicha religión o haberse separado de ella, criterio éste que reafirmó la ley de 23 de noviembre de 1903 y que mantuvo la Comisión que preparó el actual Código Civil.

En 1920, el Congreso aprobó una ley que secularizaba el matrimonio; pero, observada por el Poder Ejecutivo en uso de sus atribuciones constitucionales, no pudo entrar en vigencia hasta el 4 de octubre de 1930, esto es, al retirarse el veto gubernativo por la Junta Militar de Gobierno de Sánchez Cerro (Decreto-Ley N° 6889).

A partir de entonces y hasta la promulgación del Código Civil de 1936, se llegó a prohibir a los sacerdotes católicos que celebrasen el matrimonio canónico mientras no comprobasen que los pretendientes habían contraído previamente matrimonio civil.

En la actualidad, derogada esa exigencia, la ley mantiene el precepto de que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, sin que el caso del matrimonio *in extremis* o del matrimonio civil realizado ante funcionarios eclesiástico hagan excepción, al menos explícitamente, a tal precepto.

Ocurre, sin embargo, que la inmensa mayoría de la población peruana sigue considerándose casada cuando sale de la iglesia, y no de la municipalidad. Para ella, el matrimonio civil viene a

ser poco más que un trámite previo al verdadero casamiento. Después de medio siglo de negación oficial de valor al matrimonio religioso, la realidad sigue resistiendo a esa imposición; y aunque se supone que en muchos casos se opta por celebrar ambos matrimonios, con la duplicación de trámites y gastos que ello importa, existen muchos otros en que se celebra sólo el religioso. Estos últimos casos, cuya verdadera magnitud no se conoce, crean el problema de que matrimonios que son verdaderamente tales en la intención y la convicción de los contrayentes, en su funcionamiento real y en el consenso colectivo, resultan ser concubinatos para la ley, con todos los inconvenientes y perjuicios que ello representa especialmente para la mujer y también para los hijos.

La iniciativa que, planteada al interior de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, originó la norma contenida en el segundo párrafo del art. 5 de la nueva Carta, tiene por finalidad enmendar aquella anomalía. Con ella, al mismo tiempo que se hace concordar la ley con la realidad, se entiende respetar también la libertad de conciencia y de creencia, explícitamente consagradas como derechos fundamentales de la persona, ya que los contrayentes podrían casarse en cualquiera de ambas formas.

En tesis general, los obstáculos que es necesario superar en la implementación de la norma constitucional son principalmente tres: que los requisitos o condiciones necesarias para contraer matrimonio válido y lícito, y por tanto la teoría de los impedimentos, así como la actitud frente a la disolución del vínculo, no son enteramente coincidentes en lo religioso y en lo civil; que los registros parroquiales no están bajo control del Estado; y que, con el mismo criterio, se debería reconocer valor legal a matrimonios contraídos conforme a otras creencias religiosas.

Conviene examinar separadamente cada uno de estos problemas:

Desde luego, las coincidencias entre las normas canónicas y las civiles acerca del matrimonio son muy grandes en cuanto a las formalidades (lo cual no puede llamar la atención, si se recuerda que, como lo hizo presente De Bernardi al iniciarse la

obra legislativa de Napoleón, el Derecho Canónico perfeccionó a tal punto esta materia que las legislaciones civiles no han hecho sino copiarlo); difieren en cierta medida en cuanto a los impedimentos; y se contraponen abiertamente en lo que concierne a la posibilidad de disolver por divorcio el vínculo matrimonial y parcialmente en lo que atañe a la separación de cuerpos.

La diferencia, más bien pequeña como se ha señalado, en cuanto a las formalidades previas a la celebración del casamiento y a las de éste mismo, carecen de trascendencia, pues precisamente la Constitución admite la pluralidad de formas, aparte de que tanto las canónicas como las civiles persiguen las mismas finalidades y mantienen una gran semejanza.

Más delicada e importante es la cuestión relacionada con la diferencia que, en cierta medida, se puede advertir en cuanto a las condiciones necesarias para casarse o teoría de los impedimentos.

Forzoso es, a este respecto, empezar por precisar cuáles son y en qué consisten tales diferencias.

Tanto el Código Civil como el Codex Iuris Canonici establecen los impedimentos dirimentes de impubertad, falta de consentimiento, vínculo conyugal pre-existente, consanguinidad en las líneas recta y colateral, afinidad en ambas líneas, raptó y crimen, y como impediente, el de adopción. No obstante, la coincidencia en la amplitud del impedimento sólo se da en los casos de consanguinidad y afinidad en línea recta, de vínculo conyugal anterior y de adopción. En general, también podría registrarse coincidencia en lo que concierne a la falta de consentimiento libre.

Hay un segundo grupo de impedimentos, que son los establecidos por el Código Civil y que no se reproducen en el Codex. Tales son los casos de la minoridad, la sanidad y las prohibiciones establecidas en los arts. 84 a 86 respecto del tutor y el curador y de las personas viudas, divorciadas o cuyo matrimonio anterior fue anulado.

Un tercer grupo se puede conformar con los impedimentos que sanciona el Codex, pero que no vienen establecidos por el texto nacional, tales como los impedientes de voto simple de virginidad, de castidad perfecta, de no casarse, de recibir órdenes sagradas o de abrazar el estado religioso; el de mixta religión; el que prohíbe el matrimonio del católico con quien ha dejado de serlo; y el que obsta el matrimonio con público pecador; y los dirimientes de impotencia, pública honestidad; parentesco espiritual y los que afectan al clérigo con órdenes sagradas, al religioso con ciertos votos y al bautizado respecto del no bautizado.

Es obvio que este último grupo carece de relevancia para el efecto de que ahora se trata, ya que siempre que la Iglesia sea más exigente que la ley nacional no se afecta en absoluto el orden público interno: en tales casos no se da la posibilidad de que logren contraer matrimonio religioso con efectos civiles quienes estuvieren impedidos de casarse por lo civil, que es lo que al Estado le interesa legítimamente. En cuanto a los particulares afectados por tales impedimentos, legalmente podrían casarse civilmente; el problema que con ello generan se sitúa estrictamente en la esfera íntima de su conciencia moral o religiosa. Añádase un comentario pertinente a la impotencia; y es que, aunque el Código Civil no lo menciona como impedimento, permite la anulación posterior del matrimonio por esa causa, lo que aproxima más su posición a la canónica.

Tratándose del primer grupo de impedimentos, o sea, aquéllos en que ambas legislaciones coinciden, el único problema se refiere a la distinta amplitud en que cada una considera ciertos impedimentos, así como, eventualmente, en la posibilidad de que sean dispensados en una legislación y no en la otra (o concretamente en la legislación canónica y no en la civil, pues el supuesto contrario deja incólume el orden público nacional).

En este sentido, no existe problema derivado de la diferente amplitud del impedimento de consanguinidad en línea colateral, en el de afinidad en la misma línea y en el de raptó (que incluye la retención violenta de la mujer, matiz que el Código Civil no incorpora al menos explícitamente); porque, en todos ellos, la amplitud del impedimento es mayor en el Codex. Tampoco se da, pues, el riesgo de una violación del orden público nacional.

El problema queda circunscrito a dos casos de este grupo: el de impubertad y el de crimen, pues en ambos el texto civil es más exigente que el canónico. Este último considera púberes al varón de más de dieciséis años y a la mujer mayor de catorce y permite la eventual dispensa aún a edades menores; en tanto que el Código Civil fija la pubertad en dieciocho años, y sólo permite la dispensa cuando el varón ha cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Aunque la sanción de la infracción del impedimento en la ley civil es más bien benigna, lo que revela que no magnifica su importancia, podría limitarse la validez civil del matrimonio canónico a los casos en que los contrayentes tienen las edades que el Código Civil fija.

En cuanto al impedimento de crimen, los alcances que le atribuye el Codex —es decir, limitándolo al adulterio y al conyugicidio calificados— coincide con los de la mayoría de las leyes civiles del mundo; pero no con la nuestra, que comprende en el impedimento a todo aquél que haya sido condenado como participe en la muerte de uno de los cónyuges o se halle simplemente procesado por tal causa (para contraer matrimonio con la viuda o el viudo de su víctima). En este caso, la solución tendría que ser, alternativamente, adecuar la ley peruana a la posición predominante al respecto en la legislación mundial; o negar validez al matrimonio canónico que se contraiga con infracción del impedimento.

Alguna diferencia en materia de dispensabilidad del impedimento carece de importancia, pues el Codex no concede dispensa en casos que violen el orden público nacional,

Dentro de este mismo grupo conviene señalar una circunstancia peculiar que atañe al error en el consentimiento nupcial; hay coincidencia entre ambas legislaciones en cuanto al error en la persona del otro contrayente; pero en lo que concierne al error sobre algunas calidades de aquél, el Código Civil lo define como "ignorancia de algún defecto sustancial que haga la vida común insostenible" y precisa que "se reputan defectos sustanciales: la vida notoriamente deshonorosa; el haber sido condenado por delito a más de dos años de penitenciaría, relegación o prisión; la enfermedad incurable, trasmisible por contagio o heren-

cia; y cualquier vicio que constituya peligro para la prole"; mientras que el Codex sólo lo considera como invalidante si es que redunda en error acerca de la persona misma. Si ha de interpretarse esta posición en el sentido de que tal error, al fin de cuentas, se reduce al error sobre la persona y no se extiende a la ignorancia de defectos como los puntualizados en la ley civil, la solución podría ser la antes sugerida para otros casos, a saber, que se dejaría abierta al cónyuge lesionado la posibilidad de plantear la anulación del casamiento.

Alguna diferencia existe también en el tratamiento de la *vis compulsiva* como vicio del consentimiento en ambos ordenamientos: en el nacional, debe tratarse de la amenaza de un mal grave e inminente para la vida, la salud, el honor, la libertad, una parte considerable de los bienes del amenazado, de sus ascendientes o descendientes; mientras que en el canónico el enunciado es más comprensivo, ya que sólo exige que una causa externa haya injustamente producido miedo grave al contrayente o lo haya forzado a casarse. A juicio del ponente, ésta es la fórmula que el Código debería asumir, con lo que, además, desaparecería el obstáculo de que ahora tratamos.

En lo que concierne al segundo grupo de impedimentos, esto es, a los que establece la ley civil y no la canónica, la solución en el caso de minoridad podría consistir, alternativamente, en suprimirlo en el Código Civil o en exigir, para la inscripción del matrimonio canónico en el Registro del Estado Civil, la presentación del instrumento que acredite el consentimiento adicional de los padres, ascendientes o consejo de familia. Este último criterio se tendría que aplicar también en lo que concierne al certificado médico pre-nupcial o la declaración jurada supletoria. En lo que atañe, finalmente, a las prohibiciones contenidas en los Arts. 84 al 86 del Código Civil, los contrayentes del matrimonio canónico quedarían sujetos a las mismas sanciones que para el casamiento civil establecen dichos artículos.

La dificultad consistente en que la ley canónica no admite el divorcio y difiere de la ley civil en cuanto a las causales de separación de cuerpos, el obstáculo podría ser salvado recurriendo a una de las siguientes posibilidades: respetar la indisolubilidad

del vínculo canónico libremente contraído por los interesados, referir al fuero civil la decisión al respecto, lo que equivale a circunscribir al acto del casamiento, y no al matrimonio como estado, la validez del celebrado con arreglo al Codex; o, a imitación de la estipulación incluida en algún concordato, el asunto se ventile y resuelva en la vía civil y conforme a las leyes civiles, pero que, en determinado momento, se dé noticias a la autoridad eclesiástica para que intente una reconciliación. En estas dos últimas posibilidades, los interesados asumirían responsabilidad por su decisión ante su propia conciencia: a semejanza del Código Civil vigente, éste se limitaría a recordar que sus disposiciones al respecto dejan incólumes los deberes que la religión impone, fórmula que, por lo demás, existía ya en el Código de 1852.

En cuanto a que los registros parroquiales no se encuentran bajo control del Estado —aparte de que ello no significa necesariamente que ofrezcan menos garantía que los municipales—, el obstáculo desaparece si se exige que, para surtir efectos civiles, el matrimonio canónico debe inscribirse en el Registro del Estado Civil, como, en términos un tanto equívocos, preceptuaba el Código de 1852 en sus Arts. 441-443.

Finalmente, el argumento de que, si se reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, también deberían serles reconocidos a otras formas religiosas de casamiento, no parece suficientemente valedero, no sólo porque alguna de esas formas podría afectar al orden público interno, sino porque la razón principal que obliga a considerar el caso del matrimonio canónico reside en que la mayoría de los peruanos profesa la religión católica: se trata, en realidad, de una consideración sociológica antes que religiosa. Por lo demás, nada impediría a las personas que pertenezcan a otras confesiones contraer matrimonio civil para los efectos legales, sin perjuicio de que también lo contrajeran según sus propias creencias para efectos personales o de conciencia: para esos casos minoritarios, pues, la situación sería igual a la actual.

EL SERVINAKUY

Desde que la nueva Constitución, en lugar de hacer referencia específica al matrimonio canónico, prefirió remitir a la ley de la regulación de "las formas de celebración del matrimonio", y aunque ésta no haya sido la intención del legislador constituyente, ha quedado planteada la posibilidad de admitir el servinakuy como una de esas formas.

Abonaría, desde luego, esa posibilidad, aunque con menos énfasis que en el caso del matrimonio canónico la razón sociológica que se acaba de recordar: el servinakuy, llámasele así o con otros nombres, es una suerte de unión matrimonial de Derecho consuetudinario que se práctica desde hace siglos en extensos sectores de la población campesina del Perú.

Soslayado por mucho tiempo el problema por el legislador, y minimizado incluso a nivel de otros estudios sociales, tampoco ha sido frontalmente atendido en la nueva Constitución. Una fórmula concreta propuesta al interior de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, no para conferir desde luego al servinakuy la calidad de forma matrimonial admisible, sino para empeñar al Estado en una inaplazable tarea de análisis del asunto, no prosperó.

Compete, pues, a la Comisión ocuparse del tema.

El término servinakuy no es quechua ni castellano, sino un híbrido surgido durante la Colonia. Se forma con la abreviación castellana *servi*, alusiva a servicio, y el afijo quechua *nakuy*, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación. El vocablo resulta así suficientemente expresivo aunque eufemístico.

Señálese, por lo demás, que este nombre, aunque es el más conocido como referencia en el Perú occidental, no es unánimemente utilizado por quienes practican esa forma de unión marital. La denominación varía según la región: se llama *warmichakuy* en el Cuzco, *ujtasiña* y *sirvinakuy* en parte de Puno, *uywanakuy*, *servinaki*, o *rimaykukuy* en Ayacucho, *Phaway tinkuska* en Apu-

rimac, Ch'ampatiqraqchay en Huancavelica, Muchada, civilsa o civilia en Junín, La pañaca servinakuy o sirvicia en Huánuco. Mushiapanaki, tinkunakuspa, watanakuy, taatsinakuy, mansiba o sirvinakuy en Ancash. No está, a nuestro juicio, suficientemente esclarecido si se trata sólo de diferentes nombres de un mismo fenómeno, o si aquellos esconden fenómenos diferentes en aspectos esenciales. Aparte de la comprobación de que el fenómeno se da en extensas zonas de la sierra central y meridional del país, no hay todavía datos bastantes para encontrar los elementos que uniformen eventualmente la figura. Esta insuficiencia explica, tal vez, por qué para algunos se trata de un matrimonio de prueba, para otros de un matrimonio por compra, en tanto que hay quienes prefieren denominarlo matrimonio natural, consuetudinario o sociológico.

Se trata, en todo caso, de un fenómeno socio-cultural de muy antigua raigambre, principal pero no exclusivamente en el Perú.

Von Tschudi, en su *Contribución a la historia, civilización y lingüística del Antiguo Perú*, afirma que la "cópula anticipada" existió en numerosos pueblos del Nuevo y Viejo Mundos.

Servinakuy, según George Rouma (*Les Indiens Quitchuas et Aymaras des Hauts Plateaux de la Bolivie*), es el nombre dado al matrimonio a prueba por los indios del altiplano boliviano. La prueba duraba un año y si de ella quedaba satisfecho el indio y si además esta unión tenía frutos se iba al casamiento, pero a veces el servinakuy duraba años.

Estas informaciones y opiniones guardan relación con antiguos testimonios de diversa fuente. "El mozo ha de venir a la casa del suegro cargado de leña y paja y chicha, y entonces el suegro le da su hija diciendo estas palabras: "cata aquí a mi hija; si ella fuese mala, no me pongas la culpa, porque yo te dije la verdad..." (*Relación de la Religión y Ritos del Perú hecha por los Primeros Religiosos Agustinos que allí pasaron para la Conversión de los Naturales*, en la Colección de Libros y Documentos referentes a la Historia del Perú, por C. Romero).

El arraigo del *servinakuy* debió haber sido muy hondo desde que los españoles tropezaron con gran dificultad en su intento, no logrado sino en parte, de extirparlo: el Concilio Provincial de Lima, reunido en 1582, las Sinodales del Arzobispado de 1613 y las Ordenanzas de Toledo prohibieron el "matrimonio a prueba"; a veces bajo penas severas.

No obstante, en 1621, según el testimonio de Arriaga (*Extirpación de la Idolatría en el Perú*), los mismos parientes de la mujer solían oponerse tenazmente al matrimonio si previamente no había hecho convivencia con el pretendiente; y hasta el marido miraba con desprecio a la mujer "nadie *avía* conocido ni querido antes que se casase".

Es probable que, por la novedad del fenómeno a ojos de los conquistadores o por la deficiencia de sus investigaciones o por obra de los prejuicios, estas informaciones, no siempre congruentes, no correspondan por entero a la realidad. Se debe reconocer que esta situación se mantiene hasta hoy en buena parte.

En un meritorio trabajo de investigación basado en experiencias directas, Luis Ernesto Mercado Cárdenas ha recogido algunas aportaciones sobre la materia:

Así, la investigadora Zulma Zamalloa Gonzales, refiriéndose a la cultura campesina del distrito de Sayllpata (Paucartambo, Cuzco), expresa que "el *servinakuy* viene después del *rimanakuy*; consistente en un etapa probatoria, en la que la mujer tiene que servir al hombre y éste trabajar para la mujer, mientras los padres hacen los preparativos del matrimonio, el cual es costoso y dura de tres días a una semana. Esto da lugar a que muchos no se casen por no poder soportar los gastos y se quedan con el *servinakuy*" ("*Ciclo Vital en Sayllapata*", *Allpanchis*, N° 4, Revista del Instituto de Pastoral Andina, 1972).

"Entre los indígenas del Cuzco se usa el matrimonio o *rimayukuy*, declaración de amor entre los padres. Hechas éstas, el novio se lleva a la novia a prueba y la prueba suele ser larga, pues a veces dura dos y tres años, al cabo de los cuales viene la separación que llaman *ttacanacu*, desconocerse, o continúa la pareja amancebada y el hombre siendo el "respeto" de la mujer"

(Basadre, *Historia del Derecho Peruano*, citando a Carlos Romero y a Alejandro Arancibia).

Dícese, de otro lado (Guillermina Calderón, *El Servinakuy en Debate*, citando a Emilio Mendizábal) que "inicialmente fueron los sociólogos quienes se ocuparon de las uniones matrimoniales llevadas a cabo en la población andina. Sea por deficiente información o por error metodológico, esos primeros estudios llevaron a la conclusión de que el matrimonio andino no existía. Estas uniones se llevaban a cabo sin obligaciones ni responsabilidades, dentro de una 'supuesta' institución a la que se le denominó 'matrimonio de prueba' o 'sirvinakuy' término este último tomado de los estereotipos mentales de la población mestiza".

Los codificadores de 1936, por su parte, consideraron que el servinakuy "es un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y la de devolver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo si el enlace no llega a formalizarse o a adquirir carácter duradero" (Actas de la Comisión Reformadora fasc. 20, p. 122).

"El sirvinakuy o concubinato pre-matrimonial —y no 'matrimonio de prueba' como se le nombra vulgarmente—, muy arraigado en los departamentos de Junín, Huánuco, Ancash y Huanavelica, consiste en que el hombre casadero toma una mujer, con conocimiento de sus padres y familiares, y convive con ella algunos meses o años" (Guamán Poma de Ayala, "El Derecho Inca").

Refiriéndose, por su parte, al warmichajuy, Oscar Núñez del Prado ("El Hombre y la Familia: su matrimonio y organización político-social en Q'ero") sostiene que es "aquel en el cual, con un ritual sencillo y algunas frases estereotipadas, se constituye la unión de la pareja conyugal; una unión, que siendo reconocida por la sociedad, garantiza la permanencia de ella. La colaboración económica de las partes, su cohabitación residencial y sexual, y las consecuencias vinculadas a la herencia y la filiación legítima, es decir constituye sociológicamente un matrimonio real y con todos los atributos para establecer una unidad inter-

mediaría entre el individuo y la sociedad, sobre una base conyugal..."

Alfonsina Barrionuevo ("Sirvinakuy: el matrimonio de prueba") ha dicho, por su parte, que "el sirvinakuy es una institución de Derecho natural que se basa, en primer término, en un profundo respeto a sus normas, respaldada por el control de los mayores (la sociedad) cuya palabra todavía es ley en las comunidades de la cordillera; y en segundo término, es un orden de propósitos bien establecidos... No se trata de tomar a 'prueba' una mujer, con el solo fin de convivir con ella y apreciar sus cualidades físicas y espirituales. En el sirvinakuy también el hombre tiene que someterse a un análisis, a una crítica justa de su conducta, de su capacidad tanto para crear y conducir una familia, cuanto para demostrar que puede mantenerla... Superado el año de prueba, con el esfuerzo y la buena voluntad de ambos, (es) infimo el número de parejas que se deshacen..."

En una posición crítica, Núñez del Prado (ob. cit.) dice textualmente: "mucho me temo que gran parte de las sociedades indígenas en que se considera el sirvinakuy como matrimonio de prueba, no (se trate) sino de un error debido a la observación algo superficial o también al hecho harto frecuente de que los observadores tomen como referencia única los patrones de su propia cultura, tratando de identificarlos por su forma, antes que por su función. De aquí que se tome en cuenta sólo la práctica ceremonial con desmedro de la institución fundamental, auténtica... De nuestra parte, estamos en condiciones de afirmar que, por lo menos en Q'ero, no existe el sirvinakuy de que hablan los sociólogos".

De otra parte, se suele describir el fenómeno como un proceso de convivencia entre varón y mujer y se manifiesta en dos fases: una pre-concubinaria y otra concubinaria. En la primera no hay vida en común y puede o no haber relaciones sexuales esporádicas. Comprende dos etapas: el aqllanakuy y el munaykukuy. El primero significa seleccionarse mutuamente. La elección es independiente de la voluntad de los padres o de terceros. En el segundo se desarrolla una vida sentimental amorosa y esotérica: los enamorados son adictos a la adivinación de su futuro.

acuden al watucuy o adivino... El destino (o kausay pacha) del hombre y su familia depende del destino de la mujer que haya escogido... Una vez realizada la unión definitiva, aún en el supuesto de haberse constatado la incompatibilidad del kausay pacha de la pareja no es ya posible separarse... y deben las personas aceptar su nuevo estado hasta el fin"... (Núñez del Prado, ob. cit.)'. La segunda fase del servinakuy —se agrega— corresponde al concubinato, previa la celebración de ciertos ritos para hacer pública la convivencia, estrechar los lazos entre ambas familias y crear las bases económicas de la unión... Este proceso presenta tres etapas: el rimaykukuy (diálogo o conversación en que la joven, luego del rapto, vuelve al hogar paterno acompañada del marido y de los padres y familiares de éste (lo que ocurre también si no ha habido rapto previo). La actitud del varón es entonces muy cortés, poética, suplicatoria. Casi siempre se produce esta visita por la noche); el kintuy o masticación ceremonial de la coca que consolida la unión y en el cual los padres se aprestan a hacer los anticipos de herencia; y el tiakuy o tinkukakuspa, que es ya la convivencia (fusión).

Frente a este cúmulo de apreciaciones, divergentes a veces aun en materia de hechos, Mercado Cárdenas deduce que "muchos han definido el servinakuy a partir de sus rituales y costumbres exóticas: así, por ejemplo, como matrimonio de compra, por los obsequios que se otorgan los 'contrayentes', como un servicio, por los trabajos realizados sea por el varón, por la mujer o por ambos durante las relaciones concubinarias; y como matrimonio de prueba en razón del tiempo de la convivencia para 'probar' la compatibilidad de caracteres o bien las aptitudes domésticas y laborales de cada cual".

En su mencionado trabajo, recoge sin embargo, diversos testimonios de los cuales fluiría la semejanza entre el servinakuy y el matrimonio tal como lo concibe el Código: la comunidad toda, por ejemplo, repudia al hombre o a la mujer que hallándose en servinakuy mantiene relaciones sexuales permanentes o esporádicas con tercera persona (suerte de adulterio al que se llama pantanakuy, que significa 'cambio equivocado'; la comunidad sólo admite que el q'ari (varón adulto) conviva en servinakuy con la p'asña (mujer de 16 a 20 años), que pueden estimarse púberes;

las personas que sufren de alteraciones mentales no participan por lo general en el servinakuy (si bien ello debe atribuirse, no a la insuficiencia del consentimiento, sino a la ineptitud para el trabajo, razón por la cual tampoco participan en el servinakuy los tullidos, ciegos, sordomudos, mancos o cojos); los padres y familiares de la pareja contribuyen, mediante anticipos de herencia o regalos, a la formación de un patrimonio; cada uno de los miembros de la nueva familia —el padre, la madre, los hijos—, tiene su propia función, etc.

Son circunstancias como las reseñadas las que han inducido a varios estudiosos a sostener que el servinakuy —con este nombre o con otro— constituye en verdad un matrimonio 'sociológico' o 'de derecho natural o consuetudinario', suficientemente definido, profundamente arraigado, considerablemente difundido y merecedor por ello, de no seguir siendo ignorado por el ordenamiento oficial del país. Son ellas también, sin duda, las que explican por qué, por ejemplo, el Decreto-Ley N°: 17716 sobre reforma agraria ha acogido la figura.

El panorama asume aún complejidad mayor —o por el contrario, entreabre una posibilidad de solución— si es que, parece, el servinakuy llega a ser en algunos lugares una etapa previa al matrimonio católico, y no al civil. En la comunidad de Sayllapata, dice Zulma Zevallos (ob. cit) "muy pocos son casados civilmente. El poco conocimiento que el campesino tiene de las leyes de su país no lo permite entender cuán importante son los efectos del matrimonio civil, especialmente para el futuro de los hijos".

Sobre la base de su propia experiencia como maestros en escuelas situadas en comunidades indígenas del Cuzco, Mercado Cárdenas señala la vigorosa presencia del cristianismo entre los indígenas: casi no hay uno que no haya sido bautizado, la celebración de festividades religiosas es costumbre muy arraigada y durante el servinakuy se realiza el casarakuy, que es el matrimonio católico.

En definitiva, parece no haber consenso en cuanto a determinar si el servinakuy es hoy una experiencia previa al matrimonio católico, o si, una vez cumplida, se hace permanente sin formalización canónica ni civil, o si es, desde su inicio, un ma-

trimonio sociológico o de derecho consuetudinario" con vocación de permanencia indefinida.

Se conoce, pues, la existencia del fenómeno, el área geodemótica de su práctica, varias de las denominaciones que recibe, algunas de las características que lo tipifican según los lugares, y la presencia de factores ancestrales, educativos, geográficos, económicos y jurídicos que contribuyan a su persistencia; mas no existe todavía, que sepamos, un esfuerzo sistemático para allegar información más completa y detallada, para someterla a una apreciación crítica, para integrar orgánicamente los elementos cuya gravitación sea seriamente comprobada, para configurar, en suma, un cuadro al mismo tiempo completo, coherente, profundo y extenso, sobre cuya base sea posible diseñar una política legislativa y fijar un tratamiento jurídico-legal adecuado (además, por cierto, de otras políticas no jurídico-legales cuya importancia es igual o aún mayor).

En tanto no exista esa base, difícilmente podría el Código Civil asimilar el servinakuy al matrimonio o incluirlo entre las formas de celebrarlo. Todo lo más y de momento, acaso convendría facilitar la formalización civil de aquellas uniones mediante la ampliación, en favor de organismos formados por la autoridad educativa, el jefe del consejo de la comunidad campesina y un miembro de ésta electo por sus integrantes, de la atribución de delegar la facultad de intervenir en la celebración del matrimonio a que se refiere el art. 115 del actual Código Civil, aunque extendiéndola a todas las etapas del trámite y no sólo a la ceremonia final; y la correlativa modificación del art. 29 referente al registro del estado civil, aparte de la labor que siga realizando la iglesia católica en la difusión del matrimonio canónico que ya tendría efectos civiles.

La igualdad de los sexos ante la ley

Consagrada constitucionalmente la igualdad del varón y la mujer ante la ley (art. 2, inc. 3), esta proclamación deberá tener importantes consecuencias en la regulación civil de la familia.

En el Código vigente, se atribuye al marido la dirección del hogar, las decisiones referentes a su economía, la de fijar y mu-

dar el domicilio común, la representación legal de la sociedad conyugal frente a terceros, la administración del patrimonio común, el ejercicio prevalente de la patria potestad sobre los hijos matrimoniales y la carga principal del sostenimiento de la mujer y los hijos. La mujer, además, necesita el consentimiento de su marido para desempeñar un trabajo fuera del hogar. Debe añadir al suyo, el apellido de su marido como una expresión exterior de su condición subordinada. Sólo en situaciones excepcionales, la mujer asume la dirección y representación de la sociedad; a ella sola le está reservado el derecho de pedir la separación de bienes durante el matrimonio, con la excepción del mutuo acuerdo; y a ella sola, en fin, le están dedicadas las figuras de la dote y los bienes reservados.

En armonía con la Constitución, el nuevo Código tendrá que incorporar normas que sancionen el diálogo entre los cónyuges en lugar de la imposición o la supremacía de uno sobre el otro; y, en consecuencia, la dirección conjunta del hogar, incluso en lo que concierne a la economía doméstica y al domicilio común; la representación indistinta del marido y la mujer para las necesidades de la vida ordinaria y la conjunta para los demás actos; el ejercicio por ambos de la patria potestad sobre hijos de matrimonio y de concubinato; el derecho igual de ambos para trabajar lucrativamente para el sostenimiento del hogar; la modificación del régimen patrimonial por uno o más sistemas que den a la mujer las mismas atribuciones que al marido; y acaso la desaparición de las figuras de la dote —que, además, debe desaparecer por causa del desuso y su anacronismo— y de los bienes reservados. En rigor, también debiera modificarse la actual norma acerca del apellido de la mujer casada, a fin de que en cada caso los cónyuges decidan que apellido llevar, o que cada cual mantenga el suyo propio. No obstante, el ponente estima, en lo que respecta a este último punto, que los inconvenientes derivados de quebrar una tradición centenaria no tendrían en este caso particular la contrapartida de ventajas que justifiquen el cambio.

Paternalidad responsable, anticoncepcional, aborto, inseminación artificial

El art. 6º, párrafo 1, de la nueva Carta declara que "e Estado ampara la paternidad responsable". La Comisión deberá

decidir si este enunciado, novedoso en nuestros esquemas legales y al mismo tiempo ambiguo, determinará modificaciones en el ordenamiento civil.

El concepto de paternidad responsable no es todavía bastante nítido: Hay quienes lo vinculan al problema de la explosión demográfica, característico de los países emergentes. El crecimiento apresurado de la población a un ritmo que en los casos más agudos sobrepasa el 4% del año, genera, como es natural, problemas importantes de alimentación, vivienda, salud, educación y empleo, entre otros. Estos problemas llegan a alcanzar contornos catastróficos y, tanto por ello cuanto por la magnitud planetaria del problema, constituye una de las más ansiosas preocupaciones del mundo contemporáneo. En el caso del Perú, la tasa de crecimiento demográfico es de un 2.9%, menor a la de muchos países subdesarrollados pero bastante mayor que la de los países industrializados.

Para quienes tienen presente este problema, la paternidad responsable lleva implícito un significado de control de la natalidad, principalmente a base de anticonceptivos artificiales y del aborto legalizado. Este planteamiento suscita, en concepto del ponente, varias reflexiones:

Conviene recordar, en primer lugar, que la preocupación frente al incremento de la población no es de ahora. Hace dos siglos, Malthus la expresó también en términos dramáticos: el crecimiento de la población en progresión geométrica, frente al de los alimentos en progresión aritmética, lo indujo a vaticinar, con base aparentemente científica, un futuro desastre mundial. Es bien sabido que el vaticinio no se cumplió, porque el desarrollo de la ciencia y de la técnica, no sólo permitió aumentar la producción de alimentos en escala gigantesca, sino que llegó a producir excedentes. El actual progreso de la ciencia y la tecnología no es en modo alguno menos sustancial que el de principios del siglo pasado.

En segundo lugar, el Perú es un país semi-despoblado, tanto en razón de su área geográfica —equivalente a la de Alemania, Francia e Inglaterra juntas—, cuanto por la magnitud de sus recursos naturales y potenciales.

Sería pertinente añadir otras dos consideraciones importantes: a nivel global, no parece que pueda hablarse de escasez de alimentos y otros recursos económico-financieros, pues mientras en una parte del mundo el problema es de escasez, en la otra es más bien de desperdicio; y, en otra perspectiva más directamente vinculada al tema que nos ocupa, paternidad responsable en los países desarrollados se da, presumible pero no cuantificablemente, con tanta frecuencia como paternidad responsable en los países emergentes.

En definitiva la paternidad es responsable cuando no entienden agotarse con el simple acto de procrear, sino asumir, además el deber de contribuir a asegurar a los hijos condiciones adecuadas de realización. La paternidad responsable necesita, así, por una parte, disponibilidad de bienes —porque los haya y porque se esté capacitado para adquirirlos— y, de otro lado, sentido moral de la propia responsabilidad. La paternidad es más irresponsable cuando se tiene bienes y se carece del sentido del deber —y la crisis moral no es privativa del mundo pobre— que cuando, teniéndose el sentido del deber, no se tiene acceso a bienes suficientes para alimentar y formar a los hijos. Irresponsable es la paternidad que se desentiende del problema de la subsistencia y educación de los hijos. Irresponsable es la limitación de la natalidad cuando se quiere dedicar los bienes de que se dispone al mantenimiento de un nivel de desperdicio, lujo o vicio. Es posible que lo primero se dé con mucha frecuencia en los países subdesarrollados. Es seguro que lo segundo se registra en los desarrollados.

La raíz del problema parece inscribirse, pues, en la mala distribución y el mal uso de la riqueza y de la renta, además de hallarse en la producción y la productividad insuficientes; y ello puede darse, y ciertamente se da, tanto a nivel mundial (como lo revela el diálogo tenso entre el Norte y el Sur o la desproporción entre lo que se gasta en ayuda y lo que se destina a armamentos), como a nivel nacional (cuando se gasta en obras faraónicas lo que debiera invertirse en nutrición, vivienda, salud o educación) y a nivel de las familias (como cuando se limita la natalidad para no afectar niveles desahogados de consumo superfluo).

Es obvio que tamaño problema rebasa los ámbitos de lo jurídico-legal y ciertamente los del ordenamiento civil de la familia.

Más si, en fin de cuentas, existe un problema de crecimiento desorbitado de la población, de ello no podría derivarse como solución obligada la del empleo de métodos artificiales de anticoncepción ni por cierto la del aborto, desde que existen otros métodos de limitación racional de la natalidad.

En todo caso, si la sucinta reseña del grave problema que se acaba de hacer fuese correcta, parece obvio que no corresponde al Código Civil preceptuar, permitir o prohibir el empleo de medios anticonceptivos artificiales o naturales. El tema incumbe a otras áreas de la acción pública y privada, así como al fuero inviolable de la conciencia de cada quien.

Considera, pues, el ponente que no es del caso legislar en torno del significado, alcances y consecuencias del principio constitucional que ha proclamado el amparo estatal de la paternidad responsable, en lo que concierne al empleo de aquellos métodos de control de la natalidad.

Regulación legal si es pertinente acerca del aborto: en el campo institucional, en cuanto a determinar los alcances del derecho a la vida del ser humano; en el penal, en lo que concierne a la calificación del aborto como acto ilícito o lícito; y en el civil, en lo tocante al comienzo de la personalidad y en cuanto al pretense derecho de los padres a decidir la continuación o truncamiento del proceso de gestación del hijo.

Sobre el particular, el art. 2 de la nueva Constitución proclama en su párrafo 1 que toda persona tiene derecho a la vida y que, al que está por nacer, se le considera nacido para todo lo que le favorezca. Aunque con algún eufemismo, esta norma proscribiera el aborto. Y lo proscribiera con entero fundamento, a juicio del ponente, pues la persona humana comienza en el momento mismo de la concepción, es decir, de la fecundación del óvulo por el espermatozoide: no sólo considerando que entre ese ser y el que luego habrá de nacer, desarrollarse y morir no hay diver-

sidad esencial ni metamorfosis, sino identidad; sino también, teniendo en cuenta que, como lo atestigua la ciencia, todas las calidades que el hombre desarrollará a lo largo de su existencia están ya presentes en el concebido, dentro de un esquema de programación genética que establece una íntima e indisoluble vinculación de identidad entre el concebido y el nacido.

Incumbe también, al menos teóricamente, a la normación legal de la familia la cuestión de la inseminación artificial de la mujer casada. Obvios y arduos problemas, sobre todo referentes al deber de fidelidad, al adulterio como causal de separación de cuerpos o de divorcio, y a la paternidad, pueden ser generados en este campo. Aparte de apuntar una cierta contraposición que se da entre la preocupación frente a la explosión demográfica y cualquier empeño de facilitar la inseminación artificial, el ponente considera que, importante como es el tema a nivel teórico, no ha llegado el momento de legislar en nuestro país al respecto: no existe en la realidad problema que demande una solución.

Si, no obstante, se considerase oportuno hacerlo, piensa el ponente que habría que distinguir varios supuestos, tales como el de la fecundación artificial de la mujer casada con semen del marido (ordinariamente con el consentimiento de éste, pero también si no lo diera); el de la fecundación con semen de tercero, con consentimiento del donante y del marido; el de la fecundación con semen de tercero, sin consentimiento o contra la voluntad del marido; y, en fin, el de la fecundación y gestación en laboratorio en cualquiera de los supuestos anteriores.

Descartado de momento este último supuesto, pues ni siquiera en vía experimental se ha registrado algún caso, que se sepa, el ponente expresa su posición contraria a la legalización de todos los demás, por razones morales; y que si hubiera de situarse el problema en sus alcances exclusivamente jurídicos, sólo el primero de los casos propuestos podría exonerarse de la tacha de deslealtad de la mujer (que sería pertinente en el tercer supuesto) o de falseamiento de los fines del matrimonio y de la naturaleza de la filiación matrimonial (que podría hacerse en las hipótesis segunda y tercera). Dicha segunda hipótesis tendría que ser considerada como un ilícito (civil en los cónyuges y penal

en el facultativo). La tercera tendría que constituir, además, causal de separación de cuerpos y de impugnación de la paternidad.

El patrimonio familiar

El párrafo final del art. 5º de la nueva Constitución remite a la ley el establecimiento del "patrimonio familiar inembargable, inalienable, transmisible por herencia".

La norma se resiente de cierta oscuridad debido a que la misma denominación utilizada es equívoca o ambivalente ya que en el Código Civil actual se consagra hasta tres figuras vinculadas con los bienes de familia.

En cuanto a lo primero, la expresión *patrimonio familiar* podría parecer referida a los bienes que sustentan la vida de la familia —esto es, lo que el código vigente llama bienes comunes— y a las obligaciones que con tal fin se contraigan. En cuanto a lo segundo, existen, en efecto, las fundaciones de familia; la indivisión de la herencia y el hogar de familia, dentro del ordenamiento actual.

No obstante, la denominación de patrimonio familiar para referirse a un concepto diferente del patrimonio común de la sociedad conyugal se ha generalizado en la doctrina y la legislación de numerosos países, y desde que la Constitución la emplea también no parece aconsejable, ni demasiado importante, denominarlo de otro modo, acaso más exacto e inequívoco, en el nuevo Código.

Por lo demás, el patrimonio familiar de que ahora tratamos podría incidir sobre lo que actualmente se llama hogar de familia o tal vez involucrar las tres figuras antes mencionadas, esto es, ser el nuevo nombre de los "bienes de familia".

De nuestra parte, nos inclinamos en el sentido de que el Código debe implementar la norma constitucional como referida al hogar de familia, suprimir las disposiciones de aquél en cuanto a las fundaciones familiares —que bien pueden referirse por lo

establecido en el título de las fundaciones en general— y suprimir también las normas referentes a la indivisión de la herencia, pues de ella se trata también en el Libro de las Sucesiones.

Aunque parece reconocer antecedentes de muy antigua data, el hogar de familia es relativamente reciente en la legislación nacional, ya que no existió en el Código 1852.

Inmediatamente recogida por el codificador peruano de las leyes suiza y brasilera, se piensa generalmente que su origen contemporáneo se encuentra en el *homestead* norteamericano, especialmente en su modalidad del *homestead exemption*. Extendiendo la investigación a épocas muy anteriores, hay quienes consideran que en la conocida prescripción contenida en el Cap. 24 vers. 6 del Deuteronomio podría ubicarse el antecedente más antiguo de la figura y que también es posible hallar idea semejante en el *herkis* del Derecho griego, del cual lo habrían tomado los romanos, o en el *heredium* establecido por éstos.

Por semejante manera; en lo que concretamente hace a la legislación nacional, se ha creído hallar antiguos y reiterados antecedentes en el Código de 1852, arts. 1579, 1699 y 2238; en los arts. 1153 a 1155 del antiguo Código de Enjuiciamientos Civiles; de modo muy expresivo en la ley de 14 de noviembre de 1900 y en la complementaria de 16 de octubre de 1911; en el art. 617 del Código de Procedimientos Civiles de 1912; y en la ley 6619, entre otras menos próximas al concepto.

A nivel de la doctrina, es notable el caso del jurista don Miguel Antonio de la Lama, quien, a principios del siglo presente, preconizaba la dación por el Congreso de una ley que realmente contenía todos los elementos del futuro hogar de familia.

Como se reseñará más adelante, al promulgarse el Código Civil de 1936, que recogió la iniciativa, se suscitaron en torno a ella encontradas opiniones.

En apoyo del hogar de familia, se suele invocar razones de orden social, económico y moral. Entre las primeras se suele mencionar que contrarresta el éxodo del campo a la ciudad y de los

nacionales hacia el exterior, frena la tendencia a la atomización de la propiedad territorial sobre todo agrícola, consolida el grupo familiar, lo mantiene unido, y neutraliza el fenómeno de desarticulación y dispersión de la familia, factores propios del estilo contemporáneo de vida que vienen ocasionando grave daño al organismo social.

Desde el punto de vista económico, se afirma que el hogar de familia favorece la mediana propiedad agrícola, artesanal o fabril y evita la disolución de empresas individuales que de otro modo desaparecerán al morir su propietario.

A partir, en fin, de un enfoque moral, el hogar de familia reviviría lazos de afecto y solidaridad entre sus miembros y así contribuiría a afirmar los vínculos filiales y fraternos de la familia, prolongaría la vigencia real del hogar a través del tiempo y aseguraría el amparo de los más débiles por los más fuertes en el seno del mismo núcleo doméstico.

Siendo exactos algunos de estos conceptos, otros parecerían pecar de un cierto anacronismo y carecer de la eficacia que sus autores les asignan para neutralizar determinados fenómenos de la vida moderna, como el del éxodo campesino sobre las urbes, que son, por cierto, mucho más complejos y de más ardua solución.

Por el contrario, hay quienes consideran inconveniente la figura, porque inmovilizaría la propiedad de ciertos bienes retornando en alguna medida a la superada figura de las vinculaciones; porque constituiría un duplicado inútil del derecho de habitación; y sobre todo porque, lejos de ser una ventaja para las familias de ajustada condición económica, podría estorbar su desenvolvimiento.

El primero de estos argumentos, que es técnicamente exacto, no nos parece sin embargo suficiente para cerrar paso a la posibilidad de constituir un hogar de familia, ya que la conveniencia o inconveniencia de vincular ciertos bienes por determinados motivos no constituye un dogma jurídico cuya observancia obligue a atar o constreñir las exigencias de la realidad.

Corresponde, en cambio, examinar la objeción consistente en que el hogar de familia podría constituir un duplicado del derecho de habitación, pues esta duda podría erigirse en un cuestionamiento de la sustantividad y la naturaleza jurídica de la figura, y aún podría hacer innecesaria su creación.

A partir del texto del Código vigente, la semejanza aparece obvia a poco que se diga, como dicen los arts. 951 y 952, que "el derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones (del usufructo) en cuanto le sean aplicables" y que "cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación".

No obstante, parecen existir algunas diferencias entre el hogar de familia y el derecho de habitación. Así, en éste el propietario sigue o puede seguir usando o disfrutando del bien, en unión de otras personas de su familia, mientras que en el usufructo el nudo propietario cede esas facultades en favor del usufructuario. Así, igualmente, la finalidad específica del hogar de familia, las formas de su constitución, la especificidad de los beneficiarios, la adquisición o extinción del derecho en virtud de la prescripción, y otras menos relevantes.

La cuestión carece, sin embargo, de importancia por dos principales motivos: que la Constitución ordena la implementación del hogar de familia o patrimonio familiar en el título de los derechos de la familia, por lo cual resultaría impropio que el nuevo Código dejara de hacerlo; y porque, en la hipótesis de que efectivamente el hogar de familia no fuese otra cosa que un derecho de habitación peculiar, de ello no podría inferirse que no cabe legislar sobre él, específicamente o que no quepa insertar su normación en el Libro de la Familia y no en el de los Derechos Reales.

Tal vez la principal observación a la figura no sea del orden jurídico-legal, sino práctico: que, lejos de constituir una ventaja para las familias de ajustada situación económica, pueda llegar a estorbar su desenvolvimiento, ya que, precisamente por ser ingravable, inenajenable, inembargable e inarrendable el in-

mueble sobre el cual se constituye el hogar de familia, su propietario no puede obtener con la garantía de éstos el acceso al crédito que hoy es indispensable en la actividad económica y aún en la vida ordinaria de cualquier particular, ni obtener, por vía de locación o venta, el dinero que puede necesitar con urgencia. Las familias pobres difícilmente tienen la posibilidad de constituir un hogar de familia porque carecen de un inmueble de su propiedad que afectar; o, aún teniéndolo, pueden necesitar ofrecerlo en garantía, arrendar total o parcialmente y aun venderlo como único recurso ante ciertas contingencias de la vida, de modo que, en caso de inmovilizarlo mediante la constitución de un hogar de familia, la figura estaría, no favoreciéndolas, sino perjudicándolas en momentos singularmente difíciles. En otra hipótesis, muy generalizada al presente, las familias suelen lograr la adquisición de un inmueble, quizá el único, financiando su costo mediante préstamos de tipo hipotecario lo que significa que no puede afectarlo como hogar sino cuando haya terminado de pagar su precio. Por su parte, las familias pudientes no necesitarán recurrir a la garantía del hogar de familia para asegurar el porvenir de sus miembros, pues su propia condición económica lo hace innecesario o porque otras formas de seguro les resultarán más accesibles, dinámicas y atractivas.

Es verdad que la nueva Constitución parece liberalizar un tanto la rigidez que tiene el hogar en el Código vigente, desde que, si bien quiere que sea inalienable o inembargable, no pide que se prohíba su eventual arrendamiento total o parcial, lo que puede ser necesario por razones especiales y/o temporalmente; pero como se mantiene las otras restricciones —y éstas han de ser mantenidas en efecto, pues sin ellas no quedaría nada del hogar de familia— subsistirá la posibilidad de que la figura tenga en adelante tan escasa aplicación como hasta hoy.

Contradiendo, en efecto, tanto el pronóstico optimista del Dr. Cockburn, que auguró al hogar de familia una copiosa aplicación y considerables beneficios, como el que pesimistamente anunció Angel Gustavo Cornejo, quien estimaba que la figura sería perjudicial, la realidad desmintió ambas predicciones por el simple camino de un virtual desuso: en 1938, por ejemplo, no sólo por su volumen demográfico sino por la predominancia de la pobla-

ción urbana en la que suele suponerse un mayor conocimiento de la ley— sólo se registraron 39 casos de constitución de hogar de familia; en 1947, el número bajó a 27; y en 1965 había descendido a 12, cifras éstas que, no obstante ser incompletas, parecen revelar una tendencia hacia el desuso total.

Es verdad que con motivo de la dación de la Ley N° 13500 se advirtió un aumento inusitado del fenómeno, más ello no modifica sustancialmente aquella apreciación desde que el llamado hogar de familia en dicha ley difiere considerablemente de la figura tal como está sancionada en el Código Civil, ya que se estableció por vía de autoridad, se contradijo la norma contenida en el art. 471 de dicho cuerpo de leyes y se prescindió de lo preceptuado en los arts. 467 inc. 1°, 462 y 468.

Con estos antecedentes, pudiera considerarse excesivo que la figura, no sólo se mantenga; sino que haya sido elevada a la jerarquía constitucional. En realidad, sin embargo, ni la figura es, necesariamente y por su misma esencia, inviable y obsoleta, ni faltan de ella numerosas ejemplos en la legislación civil comparada.

Respecto de esto último, conviene recordar que con diferentes nombres y algunas peculiaridades, el patrimonio familiar inalienable, inembargable y a veces hereditario existe en el Brasil, Colombia, Uruguay, México, Costa Rica, Argentina, Ecuador y Bolivia, entre otros países americanos, así como en Francia, Italia, Alemania y Suiza, entre los europeos.

Acerca de lo primero, ha de señalarse que, aunque las razones de la inoperancia práctica de la figura en el Perú tiene que ver fundamentalmente con la estructura socio-económica imperante, también se vinculan en alguna medida con las deficiencias de su ordenamiento legal, tal como aparece contenido en el Código Civil de 1936. Esto último, pues, puede corregirse en el nuevo texto, a partir de la norma constitucional.

Este contiene, *prima facie*, dos innovaciones interesantes, a saber: no prohíbe que el hogar de familia pueda ser objeto de locación-conducción; y añade la trasmisibilidad hereditaria a las características del hogar de familia.

Desde que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, parecería, pues, que en el nuevo Código Civil podría permitirse el arrendamiento del hogar de familia, más esto sólo debería, en nuestro concepto, ocurrir en dos casos: el de exigirlo así, a juicio del juez, una emergencia sobreviente y de carácter temporal, o el de necesitar la familia para su mismo sostenimiento reducirse a una parte del inmueble para alquilar la otra. Extender a otros supuestos aquella posibilidad desnaturalizaría la figura y podría llegar a privarla por entero de su propia razón de ser.

En lo concerniente a la transmisibilidad hereditaria del hogar, el Código actual establece que aquél dura mientras viva el constituyente y sólo por excepción permite que se prolongue por disposición del propietario o hasta que llegue a la mayoría el más joven de los hijos. Acierta en la innovación la Carta de 1979, en opinión del ponente, al modificar esta situación, pues el hogar se establece no tanto en beneficio del constituyente, sino de aquellos miembros de su familia que de él dependen y principalmente de su cónyuge y de sus hijos menores. Por tanto, la regla general debería ser que el hogar subsista mientras dichos familiares vivan, sin que el aplazamiento de la participación deba originar como ahora ocurre, un derecho indemnizatorio de los herederos mayores de edad.

La ley deberá, por otra parte, perfeccionar el régimen actual del hogar de familia precisando sobre qué bienes, si sólo los propios de uno de los cónyuges o también sobre los comunes, es posible constituirlo; si sólo el jefe de la familia pueda establecerlo, como lo preceptúa el Código vigente y entonces quién tiene tal carácter a tono con la Constitución, o si debiera permitirse, como creemos, que la constituya también tercera persona; si las deudas por cuyo pago se puede embargar los frutos del hogar son las que actualmente prescribe la ley o si, como pensamos, debiera eliminarse las referentes al seguro de incendio.

Otras modificaciones del régimen actual, que tampoco deriven de la norma constitucional, serán explicadas al tratar específicamente de la figura. Ellas inciden en la administración del hogar, los casos de extinción y, tal vez, en el trámite para su constitución y eventual oposición.

El concubinato

Una de las innovaciones más importantes de la nueva Constitución, porque se refiere a un problema de graves contornos en el Perú, incide en el concubinato.

Aunque no existen datos suficientes al respecto, algunos de los que recogió el Censo Nacional de 1972 resultan ilustrativos. Sobre un total de 2'642,992 mujeres mayores de 12 años que, en esa oportunidad, declararon hacer o haber hecho vida marital, resultaron:

Casadas	1'609,164	60.88%
Viudas	316,770	11.98%
Separadas	65,241	2.46%
Divorciadas	12,910	0.48%
		75.80%
Convivientes	638,907	24.17%

Es de presumir que el número real de hogares concubinarios es mayor del que aparece en el cuadro que antecede, ya que, por consideraciones de prestigio social o de pudor social, si así quiere llamársele, o por convicción, personas que son convivientes para la ley se declaran o se sienten realmente casadas.

Pero aún ateniéndonos a las cifras del Censo, es obvio que el número de hogares constituidos sobre una base no matrimonial es alto. Los datos transcritos no permiten sub-clasificar todos esos casos; pero presumiblemente entre ellos hay que distinguir al menos tres situaciones distintas:

- a) Los casos de verdadero concubinato, semejante al que se da también en otros países, esto es, aquellos casos en que un varón y una mujer, sin ser casados, hacen vida de tales;
- b) Los casos de matrimonio católico exclusivamente;
- c) Los del llamado *servinakuy* o designado con otras denominaciones usuales entre los campesinos indígenas de la sierra central y meridional del país.

Ahora bien, las dos últimas situaciones no son en realidad casos de convivencia concubinaría. El canónico es un verdadero matrimonio. El servinakuy ha sido calificado de "matrimonio sociológico" y ambos son fenómenos cuya existencia, evidente y masiva, se ha empeñado en ignorar la ley peruana a veces por consideraciones extra-jurídicas. Convivencia marital concubinaría sólo la hay en la primera de dichas situaciones.

No obstante, la nueva Constitución no ha acogido el planteamiento —propuesto durante los debates por el autor de esta nota— de iniciar una política legislativa tendiente a dar una solución racional y realista, al mismo tiempo que justa, al problema del servinakuy; y ha remitido a la ley, en términos equívocos la posibilidad de reconocer efectos civiles al matrimonio religioso, como ya se ha expresado.

En contraste, sí se ha ocupado del concubinato propiamente dicho, a cuyo respecto preceptúa que "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

Quedan, así, comprendidos los casos en que un varón y una mujer, que no son casados, pero que podrían serlo, hacen vida marital; pero excluidos los que no son casados ni podrían serlo. Este criterio nos parece correcto.

En realidad, la nueva Constitución, al incluir la norma que se acaba de transcribir, no ha hecho sino culminar una línea de tendencia que se inició hace mucho tiempo.

En el campo del Derecho Civil, ya la Comisión Reformadora del Código de 1852, cuyo trabajo culminó con la promulgación del actual Código Civil de 1936, abordó el problema de las uniones de hecho, si bien el aspecto que más le preocupó fue el del eventual enriquecimiento del concubino a costa de su compañera en el caso de que aquél abandonara a ésta (aspecto, sin duda, importante pero no único de las uniones de hecho).

En esa oportunidad, se discutió acerca de cuál podría ser una solución adecuada del mencionado problema; y se recordó las distintas soluciones planteadas a nivel de la doctrina jurídica: la de considerar la unión concubinaria como una sociedad de hecho, a los efectos de que, una vez disuelta también de hecho, los ex-socios se distribuyeran el activo líquido; o la de considerar este caso como el de una locación de servicios, a fin de que la mujer pudiese exigir el pago de remuneraciones no canceladas por el trabajo realizado durante el concubinato. Se hizo notar entonces, sin embargo, que ambas soluciones resultaban forzadas. Mal podía afirmarse la existencia de una sociedad mercantil a aún civil, desde que no existía la *affectio societatis*, esencial al concepto de sociedad; y menos aún ver en la relación concubinaria una figura de locación de servicios.

La Comisión Reformadora terminó por aceptar el criterio expuesto por uno de sus miembros, el Sr. Olaechea, en el sentido de que el problema de la posible expoliación de la mujer abandonada por su concubino podría ser resuelto, sin necesidad de legislar sobre el concubinato, mediante la aplicación de la norma contenida en el art. 1149, según el cual "aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución".

A base de este criterio, la jurisprudencia de los tribunales ha reconocido en diversas oportunidades el derecho de la concubina a exigir que se le reconozca la propiedad sobre una parte del patrimonio acumulado en común, aunque sujeto a la probanza respectiva, que frecuentemente es muy difícil en lo que concierne al grado de participación de cada interesado en la adquisición de bienes durante la convivencia.

En otros campos ajenos al Derecho Civil, existen también antecedentes importantes, algunos de los cuales afrontaron el problema de las uniones de hecho de un modo mucho más directo.

Así, las leyes N° 8439 de 20 agosto de 1936 (es decir, contemporánea del nuevo Código Civil) y N° 8569 de 27 de agosto de 1937, aunque sin nombrar expresamente el caso de la concubina, resultan comprendiéndola con referencia a la compensación por tiempo de servicios en caso de fallecimiento del trabajador;

y más recientemente se hizo explícito el reconocimiento del fenómeno concubinato, primero en el D.L. Nº 17716, de 24 de junio de 1969, sobre reforma agraria, al tratar de la caducidad del contrato de compra-venta por fallecimiento del campesino sin haber cancelado el precio; y después en el D.L. Nº 20598 de 30 de abril de 1974, sobre empresas de propiedad social, al regular la transferencia de certificados de retiro al fallecimiento del trabajador.

Como es notorio, en casi todos estos casos el problema que ha concitado la atención del legislador ha sido el referente a la propiedad de bienes; pero no ha considerado otros aspectos importantes, como el de los alimentos, la herencia o la indemnización del daño moral.

La nueva Constitución no ha hecho, pues, otra cosa que culminar una tendencia que ya venía desarrollándose por algunas décadas; y tampoco ha abordado los problemas alimentario, hereditario o indemnizatorio a que se acaba de hacer referencia.

Toda normación sobre esta materia puede ser objeto de controversia. Los antecedentes y la legislación comparada traen sobre el concubinato ejemplos de variado tratamiento:

En Roma, el concubinato, aunque poco honroso para quienes lo practicaban y especialmente para la mujer (que perdía, si era ingenua y honrada, la consideración social y el título de *mater familias*)... no era ilícito, ni era practicado arbitrariamente, sino que estaba sujeto a determinadas reglas. No llegaba a ser, sin embargo, un matrimonio.

Entre los germanos también existió el concubinato; sobre todo para las uniones entre libres y siervos; el cual fue después sustituido por el llamado matrimonio morganático.

En la legislación medieval de España se acogió, con más o menos amplitud y en vista de viejas costumbres, el matrimonio de bendiciones, el matrimonio de yuras o juramentado y la barraganía.

En el campo de la legislación comparada contemporánea, dos casos, entre los de más antigua data, merecen especial mención: el de la ley soviética, que al principio reconoció el "matrimonio de hecho", hasta que el 8 de julio de 1944 volvió al antiguo sistema que negaba valor legal a esa forma de unión; y el Código de México para el Distrito Federal, de 1932, que reconoce, en ciertas circunstancias, un derecho alimentario y otro hereditario a la concubina, aunque sin convertir al concubinato en matrimonio.

Entre las legislaciones americanas la evolución parecería seguir un curso semejante al de México: originalmente mostraron renuencia para aceptar el concubinato como fenómeno jurídico de tipo matrimonial y al presente parecerían orientarse en sentido inverso, como en el caso de Bolivia, que acepta la "unión conyugal libre", y en cierta medida el puano, a través de la nueva Constitución.

En cambio, en Rumania China Popular y Cuba podrían ser ejemplos de la actual tendencia del mundo socialista al matrimonio la protección de la ley, rectificando así la orientación primigenia de la Unión Soviética.

Con relación a este problema, es pertinente mencionar una preocupación generalizada: si en la medida que se legalice el concubinato no se está des-estimulando el matrimonio. En realidad, ninguna legislación está en contra del matrimonio; pero el tipo de garantías que se ofrezcan a la unión concubinaria y los derechos que de él se deriven pueden tener aquel efecto indeseable. Esta es, presumiblemente, la razón de que un sector de la doctrina se incline en el sentido de que la ley debe ocuparse del concubinato, pero con miras a su gradual extinción. Esta podría ser la posición del Código de Familia de Cuba. No es, infortunadamente, la de la nueva Constitución peruana.

Conviene precisar, en todo caso, la limitada extensión de la reforma constitucional: ella no alcanza sino al concubinato *strictu sensu*; y sólo lo alcanza en algunos aspectos patrimoniales, mas no en los personales.

El nuevo Código debe precisar el tiempo y las condiciones del concubinato para que funcione como una sociedad de bienes. En cuanto a lo primero, todo plazo es ciertamente arbitrario. En la Comisión Principal de la Constituyente se llegó a sugerir uno de veinte años. La idea no fue secundada. En el Derecho Comparado se halla ejemplos en que la duración mínima de la unión para surtir ciertos efectos se fija en cinco años (o haber tenido hijos, alternativa importante ajena a todo plazo). Tal es el caso del Código de México para el Distrito y Territorios Federales. El Código de Familia de Bolivia no señala plazo alguno para que la "unión conyugal libre" sea tenida como un matrimonio legal en cuanto a los efectos que produce.

El ponente, considera que un plazo de cinco años puede ser aceptable:

En cuanto a los demás requisitos concurrentes a los que la nueva Carta se refiere bajo el nombre de "condiciones", el concepto no aparece claro. Desde luego, la denominación no tiene el alcance técnico de la *condición* como modalidad del acto jurídico; parece más bien empleado en su sentido vulgar, como sinónimo de elementos o requisitos. Más tampoco aparece claro a qué otros requisitos podría el legislador sujetar el reconocimiento de una unión concubinaria como una sociedad de bienes, aparte de lo de ausencia de impedimento nupcial y singularidad que la propia norma constitucional exige. Acaso se podría puntualizar al respecto la nota de voluntariedad en la decisión de los interesados y precisar la cohabitación, la fidelidad y la asistencia como caracteres del hogar de hecho.

El Código deberá, asimismo, remitir la calificación de los bienes de los concubinos como propios o comunes, el ejercicio de las facultades de administración y disposición de aquéllos y éstos, así como las cargas que pesan sobre unos y otros, a lo que se establece para la sociedad de gananciales en el Título referente al régimen patrimonial del matrimonio.

Otras dos materias deberán ser concretamente reguladas con normas propias, es decir, distintas de las que el Código trae para el matrimonio: la de la prueba del concubinato, que, a nues-

tro juicio, deberá referirse a la posesión constante del estado a partir de la fecha aproximada, cuestión para cuya probanza podrán usarse, en cuanto sean aplicables, los medios que señala el texto procesal civil, siempre que exista un principio de prueba escrita; y la del fenecimiento de la sociedad de bienes, que sólo podrá producirse por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, caso este último en que, en determinadas circunstancias, el concubino abandonado o inocente podrá ejercer un derecho indemnizatorio.

Hijos matrimoniales y extramatrimoniales

El párrafo final del art. 6 de la nueva Constitución proclama que "todos los hijos tienen iguales derechos"; y agrega que "está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad".

La innovación significa también la culminación de una línea de tendencia universal al respecto:

Las antiguas legislaciones consagraron, no solamente una diferencia muy grande entre ambas filiaciones, sino que deprimieron a la ilegítima; en lo cual no hacían sino reflejar un estado social de ánimo muy arraigado.

Los más radicales distinguieron, no sólo a los hijos legítimos de los ilegítimos a bordes, sino que sub-clasificaron a estos últimos en naturales y espurios; volvieron a sub-dividir a los últimos en fornezinos, sacrílegos y mánceres; y sub-clasificaron una vez más a los primeros en adulterinos o notos e incestuosos (incluyendo a los nefarios).

La tendencia universal contemporánea se dirige a reducir la distancia que anteriormente existía entre los hijos legítimos e ilegítimos. En algunos casos, se ha suprimido la diferencia (Constitución Cubana, Constitución de la República Española, Código de Familia de la Unión Soviética, de Rumania, de Cuba, de Bolivia y otros).

Entre nosotros, el Código Civil de 1852, aunque sin semejante drástica, mantuvo la diferencia entre legítimo e ilegítimo y la sub-clasificación de éstos en naturales y no-naturales (con especial y casi exclusiva referencia a los adulterinos).

El actual Código Civil, aunque ha suprimido formalmente esa sub-clasificación, la mantiene materialmente en varios casos, como el del art. 315, que restringe la posibilidad de legitimar por sub-siguiente matrimonio tratándose de hijos adulterinos e incestuosos.

La Constitución de 1933 guarda silencio al respecto.

Importante como es la innovación —y discutible también—, no tiene, sin embargo, efectos demasiado espectaculares o novedosos:

En efecto, eran ya escasas las diferencias legales entre ambas clases de hijos. En el campo del Derecho Civil se circunscribían básicamente al apellido, la legitimación, la patria potestad y la herencia. En cuanto al primero, el art. 361 del Código establece que el hijo ilegítimo solamente lleva un apellido: el del padre o la madre que lo reconoció, o si ambos lo hubieran reconocido, el del padre. Es preciso admitir, sin embargo, que ésta diferencia resultó en la práctica poco significativa, ya que, por la vía del desuso, los hijos ilegítimos reconocidos por ambos padres han llevado en la práctica ambos apellidos. Ya se mencionó, por otro lado, la diferencia establecida por el art. 315 entre los hijos adulterinos e incestuosos para el efecto de la legitimación por sub-siguiente matrimonio.

En cuanto a la patria potestad, el hijo ilegítimo, conforme a lo dispuesto en el art. 395, está bajo la de uno solo de sus padres, mientras que sobre el legítimo la patria potestad se ejerce por ambos.

En lo que concierne a la herencia, el art. 762 reduce la cuota del hijo ilegítimo a la mitad de la que corresponde al legítimo, cuando concurren unos y otros; el art. 765 limita la herencia del cónyuge a la cuarta parte de la herencia, en el caso de haber hijos legítimos (lo que no rige en el caso de haber

sólo ilegítimos); y el art. 712 hace perder la facultad de libre disposición al testador que mejora a sus descendientes dejando hijos ilegítimos reconocidos; norma que, aparentemente, no es de aplicación cuando hay sólo hijos legítimos. La innovación constitucional borra las mencionadas diferencias.

Discutiblemente, podría tener también efecto en el parentesco legal derivado de la adopción. Se podría argüir, acerca del art. 33, que al limitar el parentesco proveniente de la adopción al adoptante y al adoptado y sus descendientes legítimos, está recortando un derecho a los legítimos, lo cual contrariaría la norma constitucional.

Otras diferencias, de haberlas, serían poco significativas.

La norma bajo comentario no contiene, en realidad, innovación en cuanto a la prohibición de mencionar la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, porque, con parecidos alcances, ya existía esa norma en la legislación nacional. La novedad consistiría en haberla elevado a jerarquía constitucional.

Es importante destacar que la declaración de que "todos los hijos tienen los mismos derechos" no significa que hayan de desaparecer del Código Civil todas las disposiciones contenidas en los Títulos sobre Filiación Legítima, Adopción, Filiación Ilegítima ni las pertinentes del Título de Patria Potestad, desde que los derechos de los hijos se ejercen frente a sus padres, lo que implica la necesidad de saberse quiénes son éstos.

Ahora bien, la vinculación de una persona con sus padres aparece muy clara, aún desde antes del nacimiento de esa persona, cuando es habida en relaciones matrimoniales.

Este fenómeno se debe a dos razones principales: en primer lugar, el matrimonio ata a los cónyuges con el deber de fidelidad, que importa la renuncia que cada cual hizo, libre y voluntariamente, a la posibilidad de tener trato sexual con tercero, e impone a ambos el débito sexual. Por el principio de que, mientras no se demuestre lo contrario, se presume que las per-

sonas cumplen sus deberes y se comportan honorablemente, se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido.

Esta vinculación lógica y automática, que otorga certidumbre y fijeza al status del hijo legítimo, no se da en el hijo ilegítimo. Este podrá, por lo general, señalar ciertamente a su madre, pero será mucho menos fácil que ubique ciertamente a su padre.

En segundo lugar, el nacimiento de un hijo legítimo constituye, ordinariamente, un acontecimiento que, no sólo no se oculta, sino que más bien se exhibe y hasta se publica; que se espera por los padres y sus relacionados como un evento venturoso; y que, por lo mismo, señala a los progenitores incluso desde antes de nacer el hijo.

Lo contrario suele ocurrir tratándose de la filiación ilegítima, salvo la que tiene su origen en un concubinato ostensible.

Mientras tratándose del hijo legítimo, el emplazamiento en su status surge del hecho del matrimonio de sus padres y del juego de presunciones bastante robustas en cuanto a los términos mínimo y máximo de fetación, cuando se trata del hijo ilegítimo no existen tales factores. De hecho y de derecho, no hay más que dos maneras de que el hijo ilegítimo lograse emplazamiento: el reconocimiento voluntario y la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad.

En consecuencia, todo lo referente a la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* tratándose del hijo legítimo, así como al reconocimiento voluntario y la investigación judicial tratándose de los ilegítimos, habrá de quedar básicamente en pie. Quedará también vigente el status del llamado "hijo alimentista"; e igualmente el del hijo ilegítimo no reconocido ni declarado, ni alimentista.

En cambio, podrá desaparecer la figura de la legitimación por devenir innecesaria o inútil, ya que convertir en matrimonial al hijo extramatrimonial no tendrá relevancia alguna en cuanto

a su efectos. Sólo una consideración de índole subjetiva podría explicar su mantenimiento. En general, los códigos que han suprimido la diferencia entre los hijos han eliminado también la legitimación. El de Rumania, por ejemplo, se refiere a ello en el prefacio del Prof. Ionesco.

De otro lado, los hijos deberán dejar de ser denominados legítimos e ilegítimos, pues estas calificaciones parecen aludir al hecho de estar dentro de la ley o fuera de ella, lo que contradiría el espíritu de la Constitución. De esto, empero, no deberá inferirse que recibirán la misma denominación, pues ello confundiría la normación referente al reconocimiento voluntario, la declaración judicial de paternidad o maternidad, el asentamiento de partidas de nacimiento y otras cuestiones semejantes. Los códigos que suprimen la diferencia entre los hijos o los igualan en sus derechos optan por llamarlos hijos de padres casados y no casados, como hace el de Bolivia; o habidos dentro del matrimonio o fuera de él, como el de Costa Rica.

El ponente cree que estas denominaciones son aceptables.

JORGE AVENDANO V.

ATRIBUTOS Y CARACTERES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

I

En materia de atributos de propietario, el art. 923 del nuevo Código tiene su antecedente en el art. 850 del Código de 1936. Haremos un examen comparativo de ambas normas, así como de todas aquellas que tienen relación con los atributos del derecho de propiedad en la nueva legislación civil.

El Código Civil de 1936 decía que el propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley. El primer comentario que merece esta regla se refiere al derecho que tiene todo propietario a "poseer" el bien. El término "poseer" ha sido sustituido acertadamente por la palabra "usar" en el art. 923 del nuevo Código. Digo acertadamente, porque en el Código Civil antiguo se incurría en un círculo vicioso ya que el art. 850 decía que el propietario tenía derecho a poseer y, por otro lado, el art. 824 establecía que es poseedor quien ejerce de hecho cualesquiera de los poderes inherentes a la propiedad. Es poseedor, en consecuencia, quien usa. Había pues una doble remisión. De otro lado, se había omitido la indicación expresa del derecho a "usar", como si esto último significase lo mismo que poseer. Evidentemente el legislador de 1936 quiso utilizar el término poseer

como sinónimo de usar, pero en rigor ambas cosas no son lo mismo porque poseer puede consistir en usar también en tan sólo disfrutar.

Ambas fórmulas legales se refieren también al derecho que tiene todo propietario de reivindicar el bien. Esta inclusión es criticable porque la reivindicación es la materialización de la persecutoriedad y ésta corresponde en realidad a todo derecho real. La persecución no es privativa del derecho de propiedad. Por consiguiente, no es acertado colocar este atributo, que es común a todos los derechos reales, en el mismo nivel que los demás atributos que en conjunto tipifican y distinguen el derecho real por excelencia.

Veamos cómo se ha procedido a propósito de la definición de los demás derechos reales. El nuevo Código define la posesión en el art. 896 señalando los poderes o facultades que configuran ese derecho, pero para cada uno hace mención de la facultad persecutoria de que goza el poseedor a través del interdicto y de la acción posesoria ordinaria. Lo mismo ha hecho el Código a propósito del usufructo en el art. 999, indicando las facultades o derechos que tipifican el usufructo pero sin indicar el atributo persecutorio. Y lo mismo podríamos decir de las servidumbres en el art. 1035, y de la prenda en el art. 1055. Recién a propósito de la hipoteca en el art. 1097 El Código menciona expresamente el derecho de persecución pero lo hace en términos genéricos y como una consecuencia o efecto del derecho ya definido.

El art. 850 del Código antiguo, luego de enumerar los derechos del propietario, señalaba que esos derechos debían ejercitarse "dentro de los límites de la ley". La redacción de la norma, sin embargo, no permitía precisar si esta limitación se refería únicamente al derecho de disposición o a todos los atributos del derecho de propiedad. Dicho en otras palabras, el Código no aclaraba si sólo el derecho de disposición debía sujetarse a los límites de la ley, o también los derechos de usar y de disfrutar. Si nos atenemos al antecedente constitucional de ese Código, debemos optar por lo segundo ya que el art. 34 de la Constitución de 1933 señalaba claramente que la ley debía fijar los límites y modalidades del derecho de propiedad. Estos límites se referían al derecho de propiedad en general, esto es, a todos sus

atributos. Había entonces que entender el art. 850 del Código Civil dentro del marco de lo dispuesto en la Constitución vigente en ese momento. El nuevo Código ha resuelto el problema porque se refiere al ejercicio de todos los poderes inherentes a la propiedad y dice que todos ellos deben encuadrarse dentro de los límites de la ley.

Otro punto importante en lo referente a los atributos del propietario es su necesaria armonía con el interés social. A pesar de que la Constitución de 1933 establecía este principio en el art. 34 ya mencionado, el art. 850 del Código Civil omitió hacer referencia al interés social. La Constitución de 1979 repitió el uso obligatorio de los bienes en armonía con el interés social en su numeral 124. Era entonces indispensable que el nuevo Código recogiese esta vinculación entre el ejercicio de los poderes del propietario y el interés social. Había sin embargo que hacer un esclarecimiento previo: tanto la Constitución de 1933 como la de 1979 hablaban del "uso" en armonía con el interés social. Este término podía ser objeto de una interpretación restrictiva y literal, en cuyo caso sólo uno de los atributos inherentes a la propiedad, el derecho a usar, estaría limitado por el interés social. Según otra interpretación más amplia se podía entender el uso como sinónimo de ejercicio, en cuyo caso todos los derechos del propietario debían necesariamente armonizar con el interés social. Esta segunda interpretación ha primado en los redactores del Código de 1984 y por esto el art. 923 no alude al uso sino al ejercicio de la propiedad en armonía con el interés social.

La regla del Código Civil no puede ser tachada de inconstitucional. No sólo el uso debe armonizar con el interés social sino también -y quizás principalmente- el disfrute. Precisamente en este atributo está el contenido económico del derecho de propiedad y por esto se impone con mayor urgencia que armonice con el interés social. El uso de los bienes no interesa tanto al interés social como su explotación o disfrute.

El derecho a usar es servirse del bien, utilizarlo para lo cual existe. Se usa una casa habitándola, se usa un automóvil valiéndose de él como medio de transporte. En cambio se explota una casa arrendándola, se disfruta de un negocio industrial haciéndolo

lo producir. Es en el disfrute donde la propiedad adquiere contenido económico, importancia social y a veces también política. Por ello es éste el atributo que debe más urgentemente armonizar con el interés social. Esta es la que podríamos llamar la "zona del conflicto social".

A este respecto es interesante señalar el antecedente de la ley de alquileres N° 21938, expedida durante la vigencia del art. 34 de la Constitución de 1933. Allí se estableció un límite en el monto de la merced conductiva de los bienes inmuebles destinados a casa habitación y cuyo valor de autovalúo no excediese de 40 sueldos mínimos vitales de la provincia de Lima. Dicha limitación, evidentemente fundada en el interés social, no mereció jamás un cuestionamiento de carácter constitucional a la luz del art. 34 de la antigua Constitución ni tampoco conforme al 124 de la nueva Constitución.

Una crítica que se hizo con frecuencia al art. 34 de la Constitución antigua es que no contenía una sanción. Es decir, la norma constitucional se limitaba a establecer un precepto de carácter declarativo al disponer que el ejercicio de la propiedad debía armonizar con el interés social. Pero no decía qué ocurriría en caso de que un determinado propietario ejerciese su derecho sin guardar la necesaria armonía con el interés social. Los críticos de la Constitución de 1933 señalaron en algunas ocasiones que la norma carecía de eficacia en razón de no tener sanción. Tampoco hubo leyes posteriores que recogieran para casos específicos el principio del interés social como elemento rector. Hay a este respecto sólo una excepción: el art. 13 de la ley de Reforma Agraria N° 15037, posteriormente modificado por el art. 15 del D.L. 17716. En ambos se hizo expresa mención del art. 34 de la Constitución y se señaló expresamente los casos en que el ejercicio de la propiedad rústica se consideraba en disconformidad o desarmonía con el interés social.

El art. 924 del nuevo Código Civil pretende salvar la omisión constitucional y establece que cualquier persona o entidad que sufra o esté amenazada de un daño porque otro se excede o abusan en el ejercicio de su derecho, pueda exigir al juez que las cosas se restituyan al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños

irrogados. El ejercicio excesivo o abusivo de la propiedad no necesariamente afecta el interés social. Podría vulnerar tan sólo un interés particular o privado, en cuyo caso la regla del Código sería aplicable. Pero también lo sería en caso de que se trate de un daño que afecte el interés social, en cuyo caso el grupo social perjudicado tendría expedito su derecho para exigir que las cosas se repongan al estado anterior o que se adopten las medidas correctivas a juicio del juez, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

II

Los caracteres del derecho de propiedad, como complemento de los atributos del propietario, configuran y delimitan este derecho de propiedad como el más completo de los derechos reales. La doctrina señala cuatro caracteres: es un derecho real, es un derecho exclusivo, es un derecho absoluto y es un derecho perpetuo. Por ser un derecho real, la propiedad confiere a su titular las facultades de persecución y de preferencia; y además establece respecto de la cosa una relación directa e inmediata. Por ser un derecho exclusivo, la propiedad es erga omnes, esto es, se puede oponer a todos y excluye de su ámbito a todo otro titular. Por ser un derecho absoluto, la propiedad confiere a su titular todas las facultades posibles sobre el bien. Acá se insertan precisamente los atributos del propietario referidos en el acápite anterior. Y por ser un derecho perpetuo, la propiedad sólo se extingue cuando el bien desaparece o cuando es abandonado, no así por el simple no uso del titular.

Vamos a centrar estos comentarios en los dos últimos caracteres del derecho de propiedad, es decir, su condición de derecho absoluto y de derecho perpetuo.

Derecho absoluto. La propiedad es un derecho absoluto porque confiere todos los atributos sobre el bien. El propietario puede usar, disfrutar y disponer. Tiene sin embargo limitaciones, algunas de las cuales ya vimos a propósito del art. 923 del nuevo Código. Allí se consigna la necesaria armonía entre el ejercicio de la propiedad y el interés social; y se indican asimismo los límites que la ley puede poner, y de hecho pone, al ejercicio de los poderes del propietario. La propiedad sigue siendo, sin em-

bargo, un derecho absoluto porque comparativamente con todos los demás derechos reales, ella confiere la plenitud de las facultades sobre la cosa. Así, la posesión en tan sólo el ejercicio de algunos poderes inherentes a la propiedad; las desmembraciones del dominio (usufructo, uso, etc.) autorizan también el ejercicio de sólo algunos atributos de la propiedad y las servidumbres son actos de mero uso en predio ajeno. Puede entonces decirse que la propiedad es un derecho absoluto, si bien este carácter no es irrestricto o ilimitado porque tiene distintas limitaciones que derivan del interés social, de la necesidad y utilidad públicas.

El art. 925 del Código de 1984 tiene su antecedente en el art. 851 del Código de 1936. Ambas normas se refieren a las restricciones de la propiedad que nacen de la ley. El sustento constitucional de estas restricciones o limitaciones se encuentra en el art. 34 de la Constitución de 1933 y en el art. 124, segundo párrafo, de la Constitución de 1979.

El art. 925 difiere sin embargo con su antecedente el 851 del Código anterior, ya que conforme a este sólo cabían restricciones legales de la propiedad derivadas del interés público, mientras que conforme al numeral 925 del nuevo cuerpo de leyes las restricciones de la propiedad que nacen de la ley pueden resultar de la necesidad y utilidad públicas y también del interés social. Acá el interés social juega un rol diferente. No se trata de la necesaria e ineludible armonía que debe haber entre el ejercicio de los derechos del propietario y el interés social, sino de la base o sustento que debe tener el legislador para imponer restricciones a la propiedad. De otro lado, el concepto de interés público consignado en el antiguo art. 851, ha sido sustituido por el de "causa de necesidad y utilidad públicas". Esta frase, que trae reminiscencias de la expropiación, debe entenderse nuevamente como la base o fundamento de la legislación limitativa de la propiedad. El concepto de necesidad alude a lo indispensable, aquello de lo cual no puede prescindirse. La noción de utilidad se refiere mas bien al beneficio o ventaja que la comunidad o el público han de obtener como consecuencia de las restricciones de la propiedad. En ambos casos lo que los arts. 851 y 925 nos dicen es que este tipo de restricciones no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico.

La propiedad de los bienes muebles no sufre generalmente restricciones legales. Estas se refieren principalmente a los inmuebles y, con mayor precisión, a los predios. La propiedad predial se encuentra sujeta a múltiples restricciones legales por razón de su ubicación, uso y explotación. Así por ejemplo, los monumentos históricos están sujetos a restricciones legales, como lo está la propiedad predial en general. Es importante señalar a este respecto lo dispuesto en el art. 957 del Código Civil de 1984. Esta norma, que es nueva, establece que la propiedad predial está sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas. Llamaba la atención que en el Código Civil no hubiese norma alguna relativa a estas importantes restricciones o limitaciones de la propiedad predial. Este tipo de restricciones han estado consignadas en el antiguo Reglamento de Urbanizaciones y en el actual Reglamento Nacional de Construcciones, pero carecían del rango necesario a través de su reconocimiento en el Código Civil. La zonificación es una parte del llamado Plan Regulador y se ocupa de la organización integral de las ciudades. El Plan Regulador es el conjunto de normas y disposiciones técnicas, legales y administrativas mediante las cuales se regula el desarrollo y la expansión de las ciudades. Pues bien, la zonificación forma parte de dicho plan regulador y mediante ella se propone la mas adecuada utilización de la tierra. La zonificación se concreta en el denominado plano de zonificación, en el cual se muestran los diferentes usos asignados al suelo urbano. Allí se indican los usos permisibles en cada una de las zonas señaladas en el plano de zonificación, así como también las densidades de población, los coeficientes de edificación, las características de cada lote, los porcentajes de áreas libres y la altura de las edificaciones.

La habilitación es un proceso que implica un cambio de uso de tierras rústicas o eriazas y que requiere la ejecución de servicios públicos (luz, agua, desagüe, veredas, etc.) Hay habilitaciones pre-urbanas, habilitaciones para uso de vivienda, habilitaciones para usos especiales y habilitaciones para usos industriales. Toda habilitación de tierras debe estar de acuerdo con el Plan Regulador de la ciudad anteriormente mencionado.

La sub-división es un proceso de partición de tierras. Ella puede ser con o sin cambio de uso pero en todo caso sólo es factible cuando esté en concordancia con el Plan Regulador o la zonificación correspondiente.

Derecho perpetuo. Como se ha señalado anteriormente, la perpetuidad del derecho de propiedad radica en que ella no se pierde por el simple no uso. A diferencia de los demás derechos reales, la propiedad se pierde solamente en razón de la prescripción adquisitiva ganada por otro. Los demás derechos reales, como por ejemplo el usufructo, pueden perderse por el sólo no uso, sin que otro gane por prescripción (véase el art. 948 del Código de 1936). Ahora bien, para analizar la perpetuidad de la propiedad, es necesario comparar los plazos de la prescripción adquisitiva de dominio con los de la extintiva de la acción reivindicatoria. El Código de 1936 presentaba a este respecto un vacío de 10 años. En efecto, el art. 1168 inc. 1 establece que la acción real prescribe extintivamente a los 20 años, mientras que el art. 871 dispone que se adquieren inmuebles por prescripción a los 30 años. Ha habido debate acerca de lo que ocurre durante los 10 años de diferencia entre el vencimiento de la prescripción extintiva y el cumplimiento del plazo de la prescripción adquisitiva. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema apoyó en repetidas oportunidades la tesis de que la acción reivindicatoria no prescribía nunca en razón de ser la acción correspondiente a un derecho perpetuo. Por consiguiente, la norma del art. 1168 inc. 1 debía entenderse referida a todas las acciones reales excepto la reivindicatoria.

La doctrina jurisprudencial antes referida se ha concretado en una disposición expresa en el nuevo Código. Es el art. 927, según el cual la acción reivindicatoria es imprescriptible. Agrega la norma: no procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción. Hay pues una declaración expresa de que la acción correspondiente al derecho de propiedad no prescribe extintivamente. Sólo se acaba el derecho cuando otro ha adquirido el bien por prescripción. Y en este caso no es que se extinga la acción sino que la propiedad se ha transmitido. Es ésta la razón por la cual el antiguo propietario ya no goza de la acción reivindicatoria.

El tema nos conduce a examinar el art. 2001 inc. 1º del nuevo Código Civil. Allí se establece que prescribe extintiva-

mente a los 10 años la acción real, entre otras acciones. Hay una aparente contradicción con lo dispuesto en el art. 927 antes comentado. En efecto, podría ocurrir que el propietario no posea pero que tampoco lo haga un tercero. Hay, en consecuencia, abandono o desposesión del bien durante 10 años. ¿Significa esto que en aplicación del art. 2001, la acción reivindicatoria del propietario habría prescrito extintivamente? La respuesta es negativa en razón de la expresa disposición del art. 927. La acción reivindicatoria es imprescriptible. Por consiguiente, el art. 2001 deberá entenderse referido, nuevamente, a todas las acciones reales excepto la reivindicatoria.

A propósito de la prescripción adquisitiva, resulta oportuno hacer una referencia a los nuevos plazos de prescripción consignados en el Código de 1984. Los plazos de prescripción de los bienes muebles no han sido cambiados. En cambio, los relativos a los bienes inmuebles han sido apreciablemente reducidos. El art. 950 del nuevo Código establece que los bienes inmuebles se adquieren por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante 10 años. Este plazo se reduce a 5 años cuando median justo título y buena fe. En consecuencia, los antiguos plazos de 30 y 10 años han quedado ahora reducidos a 10 y 5 años, respectivamente. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 2122 del Código de 1984 dispone que la prescripción iniciada antes de la vigencia del nuevo Código se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia el nuevo Código (es decir el 14 de noviembre del año en curso) transcurriese el tiempo requerido en dicho nuevo Código para la prescripción, ésta surtirá su efecto aunque por las leyes anteriores se necesitare un lapso mayor. Quiere esto decir que recién a partir del 14 de noviembre de 1989 el plazo de la prescripción adquisitiva corta será de 5 años, y recién a partir del 14 de noviembre de 1994 el plazo de la prescripción adquisitiva larga será de 10 años. Hasta esas fechas seguirán vigentes los plazos de prescripción consignados en el Código de 1936.

El tema de la perpetuidad del derecho de propiedad nos conduce inexorablemente a estudiar lo referente a la extinción de dicho derecho. El art. 968 del nuevo Código, que fue incluido en el nivel de la Comisión Revisora, es una disposición nueva

en nuestro sistema civil. El Código de 1936 no tenía ninguna disposición semejante.

Con relación a esta norma quisiéramos formular diversos comentarios:

a) La fórmula confunde las causales de extinción absoluta del derecho de propiedad con los casos de pérdida de la propiedad. En los primeros, la extinción se produce por una causa inherente a la cosa misma objeto de la propiedad y es por esto que se considera que hay una extinción absoluta del derecho: al haber desaparecido la cosa, se extingue el derecho que recae sobre ella. De este modo en nada se ve afectada la perpetuidad de la propiedad. En cambio cuando hay pérdida de la propiedad ella afecta al actual propietario y, salvo una situación excepcional que se presenta en el abandono, la propiedad siempre pasa a otro. Por esto se dice que se trata de una pérdida relativa, esto es, circunscrita a determinada persona o titular.

El art. 968 confunde ambas instituciones jurídicas al incluir en sus incisos 2 y 3 causales de extinción absoluta mientras que los incisos 1 y 4 prevén casos de pérdida relativa.

b) La fórmula del nuevo Código es incompleta porque no ha previsto algunas causales de extinción del derecho que la doctrina expresamente reconoce. Así, se extingue la propiedad cuando la cosa objeto del derecho queda colocada fuera del comercio de los hombres. Ello ocurre, en vía de ejemplo, cuando un río forma un nuevo cauce en un terreno de propiedad privada: para el propietario del terreno ocupado ese derecho se ha extinguido por cuanto el terreno ha pasado a formar parte del dominio público del Estado. Otro caso no incluido es el de los llamados animales alzados. Se señala que la propiedad de los animales se acaba cuando ellos recuperan su libertad o de alguna manera se pierden para su titular.

c) El abandono previsto en el inc. 4 del art. 968 materia de examen, tiene su antecedente en lo dispuesto por el art. 822 inc. 4 del Código Civil de 1936. Evidentemente, el inc. 4 del art. 968 del nuevo Código se refiere únicamente al abandono de los predios porque su parte final hace expresa alusión a ellos al

indicar que pasan al dominio del Estado. En el Código Civil de 1936 estos bienes prediales abandonados se denominaban "tierras públicas" y pertenecían al Estado.

El abandono ha de ser voluntario. En esto se diferencia de la pérdida de la cosa que es involuntaria. Como consecuencia de lo anterior el abandono debe ser hecho por persona capaz. La capacidad será la requerida para disponer a título gratuito.

— ¿En qué consiste el abandono? Es la desposesión del bien, la falta u omisión del ejercicio de los derechos inherentes a la propiedad, esto es, la falta de uso, la falta de disfrute. ¿Puede perderse por abandono sin que otro adquiriera por prescripción? La respuesta es afirmativa. En el derecho antiguo, dada la perpetuidad del derecho de propiedad, se exigía que otro adquiriese para que el propietario actual perdiera su derecho. Sin embargo, hoy en día se acepta la pérdida de la propiedad por abandono (dejación voluntaria) sin que otro la adquiriera por prescripción. En este caso el derecho de propiedad pasa al Estado. Nada nos dice el Código, sin embargo, con respecto a otros bienes que no sean predios. Tampoco nos lo decía el Código de 1936. Pero hay disposiciones referentes a la apropiación de los bienes muebles, que es un modo de adquisición originaria. Como quiera que el bien abandonado es un bien sin dueño, debemos considerar que respecto de ellos cabe esta apropiación prevista en los arts. 929 y siguientes del nuevo cuerpo legal.

CARLOS CARDENAS QUIROS

EL PAGO CON TITULOS VALORES
(A PROPOSITO DEL ARTICULO 1233
DEL NUEVO CODIGO CIVIL)

A la memoria del doctor Alfonso
Quirós Valverde (1920-1984)

Entre las disposiciones del nuevo Código Civil del Perú, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295 de 24 de julio de 1984, conviene destacar, por ser usual su aplicación práctica en las relaciones contractuales, el artículo 1233.

Según el texto de dicho artículo, "la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

El presente estudio está dedicado al análisis de los antecedentes y alcances del precepto transcrito, así como las omisiones en que incurre.

1) *Antecedentes del artículo 1233*

El artículo en cuestión se inspira en el artículo 1248 del Código Civil de 1936 y en el antecedente inmediato de éste, el

artículo 1170, segundo y tercer párrafos, del Código Civil Español, cuyos textos son, respectivamente, los siguientes:

Artículo 1248.- La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

Artículo 1170.- (...) La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo 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".

Como es de verse el legislador de 1936 se limitó sólo a suprimir la expresión "mercantiles", contenida en el segundo párrafo del artículo 1170 del Código Español, reproduciendo en lo demás su texto (salvo ligeras variaciones adjetivas), así como el del tercer párrafo de la misma norma.

El texto final del artículo 1248 del Código de 1936, transcrito líneas arriba, surgió como sigue:

En la 135ª Sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, celebrada el 13 de enero de 1926 (1), el doctor Manuel Augusto Olaechea presentó su Ponencia relativa a la Sección Tercera, Títulos Primero y Segundo, del Libro Quinto del nuevo Código Civil dedicado al Derecho de Obligaciones.

El artículo 214 de la ponencia establecía en sus párrafos segundo y tercero lo siguiente:

(1) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano creada por Decreto Supremo de 26 de agosto de 1922. Quinto Fascículo. Segunda edición. Lima, 1928, pgs. 176 y ss.

"La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

Explicaba su autor respecto al contenido del texto que, "con referencia al pago hecho con documentos, el Anteproyecto define que la entrega de éstos no produce desde luego los efectos del pago propiamente dicho, como tampoco no opera (sic), en su caso, novación, sino cuando esos documentos han sido pagados, o si se perjudican por negligencia imputable al acreedor" (2).

En el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del nuevo Código Civil (3) se reprodujo el texto del precepto transcrito anteriormente en el artículo 204, segundo y tercer párrafos.

Posteriormente en el Proyecto de Código Civil entregado al Ministro de Justicia en marzo de 1936, por los miembros sobrevivientes de la Comisión Reformadora la norma aparece como artículo 1239, con el siguiente texto (4):

"La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

Se expresa sobre el particular en la Exposición de Motivos del Proyecto lo siguiente (5):

(2) Op. cit., pg. 180.

(3) Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú. Lima, 1926, pg. 32.

(4) Proyecto de Código Civil. Lima, 1936, pg. 181.

(5) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, pg. 25.

"... en lo que concierne al pago con documentos, resuelve que la entrega de éstos no produce los efectos del pago, ni opera novación, sino cuando los documentos han sido cancelados, o si se perjudican por negligencia imputable al acreedor".

La Comisión Revisora del Proyecto citado, nombrada conforme a lo dispuesto por la Ley N° 8305, no introdujo reforma alguna al texto del artículo 1239, salvo en lo relativo a su numeración, pues pasó a ser el artículo 1248.

En las Actas de la Comisión no consta que hubiese habido debate alguno en relación con su texto.

Por su lado, el texto final del artículo 1233 del nuevo Código Civil surgió como sigue:

Por Decreto Supremo N° 95 de 1° de marzo de 1965 se creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, habiéndose encomendado al doctor Jorge Vega García uno de sus integrantes la redacción del articulado correspondiente al Derecho de Obligaciones.

En el artículo 97 de su Anteproyecto (5a), el doctor Vega García reprodujo textualmente el artículo 1248 del Código de 1936.

Posteriormente, el doctor Felipe Osterling Parodi propuso un nuevo Anteproyecto (5b), cuyo artículo 100 establecía lo siguiente:

"La entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.

(5a) En "Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil". Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1980. Tomo II, pg. 152.

(5b) En "Proyecto y Anteproyectos...", pg. 185.

Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”.

Este artículo fue reproducido textualmente en el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión mencionada, y que fuera entregado oficialmente en julio de 1981, conforme aparece en su artículo 1254 (5c).

La Comisión creada por la Ley N° 23403, a la que se encargó la revisión de dicho texto, publicó en el mes de febrero de 1984 en el diario oficial “El Peruano” un denominado “Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora” (5d). En este documento, el artículo bajo comentario, con ligeras modificaciones adjetivas a la redacción del precepto reproducido anteriormente, aparece como artículo 1201.

Luego de la revisión final del Proyecto en su integridad por parte de la Comisión, esta norma pasó a ser el actual artículo 1233.

2) Alcances del artículo 1233 del nuevo Código Civil

Resulta preciso advertir de antemano, aun cuando parezca ocioso hacerlo, como lo comenta José León Barandiarán (6), que el precepto bajo comentario es de aplicación sólo si se cumplen dos condiciones: la primera, que el acreedor acepte recibir del deudor títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago (“pues de otra manera se infringiría la regla fundamental de que ha de hacerse el pago mediante el propio debitum y no con otra cosa o en otra forma”); la segunda, que no se haya estipulado que la entrega de dichos documentos extingue la obligación original.

Sobre este último particular conviene indicar que el hecho de emitirse títulos valores y que los mismos sean recibidos

(5c) Proyecto de Código Civil. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Edición Oficial. Julio 1981.

(5d) Pg. 72.

(6) Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones), Tomo II, 1939, pg. 210.

por el acreedor no implica que éste quiera novar la obligación original. Para que ello se produzca será preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente. En concordancia con lo expuesto, el nuevo Código Civil establece en su artículo 1279 que "la emisión de títulos valores o su renovación... no producen novación". La entrega de los títulos será pues pro solvendo y no in solutio, salvo pacto distinto (*).

El artículo 1233, como su propio texto lo puntualiza, a diferencia del artículo 1248 del Código de 1936 que no lo afirmaba en forma expresa, si bien se interpretaba en ese sentido, admite el pacto en contrario.

Ahora bien, en la medida que el acreedor que consiente en recibir títulos valores sea diligente y cuide que tales documentos no se perjudiquen, mantendrá vigente la obligación original, así como sus accesorios.

Por el contrario, tal obligación y sus accesorios se extinguirán si el acreedor actúa en forma negligente y, por ejemplo, no protesta los documentos en su debida oportunidad o no promueve las acciones cambiarias correspondientes dentro de los plazos legales.

Los efectos prácticos de la norma son pues indiscutibles.

De un lado, como puede observarse, se busca proteger al acreedor diligente, al mantener en vigencia la obligación original,

(*) Precisa mencionarse que el artículo 74 de la Ley Procesal de Quiebras Nº 7566, referido a los efectos retroactivos de la quiebra de un deudor comerciante, contiene en su párrafo final una norma que constituye excepción a este principio. El texto de dicho artículo prescribe lo siguiente: "Son nulos y de ningún valor, relativamente a la masa, los siguientes actos o contratos ejecutados o celebrados por el deudor comerciante, desde los diez días anteriores a la fecha de cesación de pagos hasta el día de la declaratoria de quiebra:

- 1º Todo pago anticipado por deuda civil o comercial, cualquiera que sea la forma en que se verifique.
- 2º Todo pago de deuda vencida que no se ejecute en la forma estipulada en el contrato.

Para la aplicación de este precepto se estima que la entrega en pago de efectos de comercio, equivale a pagar en dinero".

que no fue extinguida por la falta de pago de los títulos valores que se entregaron con ese objeto.

De otro lado, se pretende proteger al deudor del acreedor negligente, cuando por causas imputables a éste se produce el perjuicio de los títulos valores.

El artículo 1233 del nuevo Código Civil ha mantenido, en lo sustancial, el excesivo laconismo, justificadamente criticado, del artículo 1248 del Código Civil de 1936.

Esta última norma se refería a la entrega de pagarés a la orden, letras de cambio u otros documentos, sin precisar a qué tipo de documentos aludía.

Esa cuestión ha quedado superada en el nuevo Código Civil, pues el artículo 1233 se refiere ahora a la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago. De este modo, quedan comprendidos en la disposición, respectivamente, el cheque, así como la letra de cambio, el pagaré y el vale a la orden.

En consecuencia, no existe posibilidad de duda en el sentido que el precepto sólo se refiere a la entrega de documentos de crédito que expresan pago, como son los títulos valores mencionados. Han quedado sin solucionar, empero, cuestiones de gran importancia como las siguientes:

- i) No se aclara el sentido de la expresión "perjudicado" que se emplea en su texto y que es de vital importancia, pues del perjuicio del título o de su pago, depende que se produzcan los efectos jurídicos a que se refiere el precepto.
- ii) Tampoco se esclarece si la regla es de aplicación tanto a los documentos que deben ser pagados por terceras personas por cuenta del deudor, como a aquellos que dicho deudor hubiese aceptado, girado o emitido al portador o a la orden del acreedor, y que se entregan a éste.
- iii) Finalmente, no se resuelve qué efectos produce la entrega o endoso a terceros, por parte del acreedor, de los títulos recibidos del deudor.

Analicemos a continuación cada uno de los temas planteados.

3) *Perjuicio del título valor*

La expresión "perjudicado" que emplea el artículo 1233 proviene de la legislación española, en la que tiene un sentido perfectamente definido, por lo que corresponde acudir a ella con el propósito de aclarar sus alcances.

El artículo 489 del Código de Comercio Español de 1829 establecía que la letra de cambio perjudicada era aquella que no se presentaba para su cobranza el día de su vencimiento y que, en defecto de pago, no se protestaba en el siguiente.

Esta regla fue reproducida por el artículo 443 del Código de Comercio Peruano de 1853.

Posteriormente, ni el Código de Comercio Peruano de 1902, ni la vigente Ley de Títulos-Valores, con la única excepción del tercer párrafo del artículo 11 de la Ley de Sociedades Mercantiles transcrito más adelante, el que sin embargo no define sus alcances, han utilizado la expresión "perjudicado", pues su antecedente inmediato en la materia no es más la legislación española.

El Código de Comercio Español vigente, en su artículo 469, indica en qué casos queda una letra perjudicada: cuando no se presenta a la aceptación o al pago dentro del término señalado y cuando no se protesta oportunamente.

El artículo 483 precisa cuáles son los efectos del perjuicio de la letra: pérdida del derecho a reintegrarse de los endosantes y del librador que puede haber hecho provisión de fondos al librado.

Al respecto comenta el Profesor Joaquín Garrigues (7) que "este perjuicio significa unas veces pérdida de un derecho po-

(7) Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Edit. Porrúa, México, 1979, pg. 924.

seido por el titular y otras impedimento para adquirir la acción cambiaria contra los obligados en vía regresiva. Dentro del concepto del perjuicio de la letra cabe, en efecto, distinguir dos supuestos:

- A) Unas veces se trata realmente de un plazo legal de carácter preclusivo impuesto para el ejercicio de un derecho cambiario; el plazo para presentar a la aceptación las letras giradas a un plazo desde la vista o para presentár al pago toda clase de letras.

El derecho cambiario nace en estos casos con una vida limitada y se pierde o decae si el plazo transcurre inútilmente. Si, por el contrario, el titular ejercita su derecho presentando la letra, no hay propiamente interrupción de un plazo de prescripción, sino eliminación definitiva de la decadencia.

- B) Otras veces, más que de plazo para ejercitar un derecho se trata de plazo para el cumplimiento de una obligación que es requisito previo al nacimiento del derecho (*conditio iuris*): levantamiento de protesto antes de las veinte horas del día siguiente al que se hubiere negado la aceptación o el pago. Si ese requisito no se cumple por el portador, la acción cambiaria ejecutiva no llega a nacer. Si se cumple, nace la acción ejecutiva cambiaria, que luego se podrá ejercitar en el momento que se quiera dentro del plazo de la no prescripción”.

En este orden de ideas, cabe afirmar que la expresión “perjudicado” se aplica, entre otros, a los siguientes casos:

- Cuando no se presenta la letra a la aceptación, si hubiese sido girada a cierto plazo desde la vista.
- Cuando no se presenta al pago dentro del plazo correspondiente si hubiese sido girada a la vista.
- Cuando no se presenta al pago el día del vencimiento.
- Cuando no se protesta oportunamente.

Igualmente, tratándose del cheque, éste se perjudicará si, vencido el plazo de presentación del mismo, la disponibilidad de fondos llegase a faltar por causas no imputables al girador (artículo 177 de la Ley de Títulos-Valores).

El concepto se extenderá al supuesto que el acreedor, por su culpa, después de protestados los títulos valores, no hubiera iniciado la acción correspondiente dentro del plazo prescriptorio.

Sobre este último punto conviene manifestar lo siguiente:

- A) El artículo 17 de la Ley de Títulos-Valores precisa en su primer párrafo que el documento de cambio apareja ejecución si reúne los requisitos exigidos por esa ley y el Código de Procedimientos Civiles.

De otro lado, el segundo párrafo del mismo artículo señala que, sin embargo, el tenedor podrá optar por el ejercicio de sus acciones en la vía ordinaria o de menor cuantía, según el caso.

- B) Ahora bien, de acuerdo con el Decreto Ley N° 20236 sobre juicio ejecutivo, los títulos que aparejan ejecución y que se fundan en protesto, pierden su mérito ejecutivo, a los seis meses de verificada esa diligencia (artículo 8, inciso 1°).

El artículo 9 del mismo Decreto Ley puntualiza que si el protesto adolece de algún defecto legal o no se ha recabado dentro de los términos que corresponden o si han transcurrido los seis meses fijados en el inciso 1° del artículo 8 ya citado, sin haberse interpuesto la demanda, puede prepararse la acción ejecutiva por medio del reconocimiento del documento que contiene la obligación.

El precepto agrega que, tratándose del inciso 4° del artículo 2° del mismo Decreto Ley (es decir, de las letras de cambio, pagarés y vales a la orden y cheques debidamente protestados o con la constancia de su rechazo), deberá observarse la disposición del artículo 59 de la Ley de Títulos-Valores.

En este orden de ideas, debe entenderse que es de aplicación a los títulos-valores indicados en el párrafo precedente el artículo 59 mencionado, cuando transcurrió el plazo de seis meses sin interponerse la acción ejecutiva correspondiente.

- C) El artículo 59 de la Ley de Títulos-Valores precisa que si el protesto o la comprobación de rechazo en el caso de los cheques, no se hubieran obtenido dentro de los respectivos plazos, el tenedor podrá recuperar la acción documental solamente contra el obligado principal y su avalista, si éstos reconocieran el título en diligencia preparatoria y se les notifica la respectiva demanda antes del vencimiento del plazo prescriptorio que corresponda. Empero, no readquiere las acciones contra los demás obligados subsidiarios.

De este artículo se derivan varias cuestiones:

- Es posible recuperar lo que la ley denomina "acción documental", en los casos señalados por el artículo citado.
- Empero, esa acción no tiene la misma naturaleza que la acción cambiaria derivada de un título-valor protestado, puesto que para promoverla será preciso contar con el reconocimiento del título.
- Otro elemento que ratifica la diferencia entre una y otra acción, está en el hecho que el tenedor del título pierde las acciones contra los demás obligados subsidiarios. Así, caduca la acción de regreso, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 196 de la Ley de Títulos-Valores.
- Puesto que el artículo 59 se aplica al caso que no se haya promovido la acción ejecutiva dentro del plazo de seis meses, debe entenderse que, de optarse por seguir siempre esa vía, previo cumplimiento de los requisitos que la norma exige, igualmente habría caducado la acción de regreso.

Empero, ese efecto no se produciría de plantearse la acción en la vía ordinaria o de menor cuantía, según el caso, dentro del plazo prescriptorio.

- D) Se aprecia una contradicción entre las normas legales citadas, puesto que la caducidad de la acción de regreso sólo

se entendería producida de accionarse en la vía ejecutiva, más no si la acción se promoviese en la vía ordinaria o de menor cuantía.

En ese primer caso se habría perjudicado el título, máxime cuando no resulta factible readquirir las acciones contra los demás obligados subsidiarios, aun cuando reconociesen sus firmas.

Puesto que no es posible admitir que se perjudique un título tan solo parcialmente, cabe sostener que se habrían producido los efectos del pago respecto de la obligación primitiva, con la consiguiente extinción de las garantías personales o reales que se constituyeron para asegurar su cumplimiento.

Por lo expuesto, se hace impostergable estudiar una pronta armonización legislativa de ambas reglas.

- 4). *¿Qué títulos valores comprende el artículo 1233? ¿Sólo aquellos que debe pagar el propio deudor o también los que debe pagar un tercero por cuenta de éste?*

Puesto que la norma no hace distinción alguna, no existe justificación para descartar de sus alcances uno u otro caso: ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus.

No existe inconveniente, por ejemplo, para que el comprador gire uno o varios cheques a la orden del vendedor y haga entrega de los mismos con el objeto de pagar el precio del contrato o que simplemente endose a favor del vendedor cheques girados a su orden por terceros.

Como menciona Felipe Osterling Parodi (8), una opinión distinta a la expuesta es sustentada por los doctores Rosendo Badani Chávez (9), Angel Gustavo Cornejo (10) y Gustavo Palacios Pimentel (11), "quienes comentando el artículo del Cód.

(8) El pago con efectos de cambio, separata de "Theuris", año 1, número 1, octubre-diciembre de 1965, pg. 4.

(9) Obligaciones y Contratos, pg. 193.

(10) Derecho Civil. Exposición Sistemática y Comentario, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. I, pg. 341.

(11) Elementos de Derecho Civil Peruano, pg. 277.

go expresan que la regla tiene aplicación sólo cuando se trata de documentos que debe pagar un tercero por cuenta del deudor”.

Angel Gustavo Cornejo llega a sostener así 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 representen y a virtud que cuyo recibo quedaría extinguida la obligación existente entre el que da los documentos y el que los recibe...”.

5) *¿Qué consecuencias se derivan de la entrega a terceros, por el acreedor, de los títulos recibidos del deudor?*

El artículo 1233, como su antecedente inmediato el artículo 1248 del Código de 1936, guarda silencio sobre este particular.

Hubiera sido deseable que la norma previese que en el caso planteado la obligación original se extingue, siendo indiferente lo que ocurra con los títulos valores entregados por el acreedor al tercero.

A este respecto, comentando el artículo 1248 del Código de 1936, explicaba Osterling Parodi (12) lo siguiente:

“Como hemos visto, el artículo 1248 del Código Civil establece que se produce el pago de la obligación primitiva cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor. No existiría culpa del acreedor —pues la culpa es una noción esencialmente personal— si entrega los documentos a un tercero y ellos se perjudican en poder de este tercero.

Aplicando la regla del Código en este caso la obligación primitiva no se habría extinguido. Y ello conduciría a que el deudor, cuando fuera aceptante, girador o suscriptor del documento, pudiera verse confrontado con dos acciones judiciales distintas, destinadas a hacerle cumplir dos veces una misma prestación. Somos cuidadosos en advertir que se trataría de una simple con-

(12) Op. cit., pgs. 4 y 5.

frontación con dos acciones judiciales, sin que esto signifique que el deudor estuviera obligado a pagar, en definitiva, dos veces.

Sería el caso del deudor que acepta letras de cambio giradas por el acreedor a su propia orden. El acreedor, a su vez, endosa en garantía esas letras de cambio a una tercera persona. Si las letras de cambio se perjudican en manos de este tercero, por culpa o sin culpa del tercero, no se extinguiría la obligación primitiva, porque no existió culpa del acreedor. Y, al no extinguirse la obligación primitiva, el acreedor podría exigir el pago al deudor. A su vez, el tercero, tenedor de los documentos perjudicados, quien los recibió en garantía, podría ejercitar acción por derecho común contra el aceptante, o sea el mismo deudor, para el pago de los documentos.

Hemos consignado el caso de entrega de letras de cambio por el acreedor a un tercero, en garantía, pues si la entrega se verifica en propiedad el acreedor ya habría recibido su importe del tercero y, por tanto, nada tendría que reclamar del deudor".

Estas reflexiones son plenamente aplicables al artículo 1233 del nuevo Código Civil.

Un problema semejante al planteado se presentaría para el deudor, si los títulos-valores de los cuales es tenedor y que deben ser pagados por un tercero, fueran endosados por él a la orden del acreedor y a su vez éste los endosara a la orden de otro tercero en cuyo poder se perjudican. En este caso, puesto que el perjuicio no se produjo por culpa del acreedor, éste estaría en aptitud de exigir al deudor el pago derivado de la obligación original que aún subsiste.

Las situaciones comentadas, que no son precisamente poco frecuentes justificaban plenamente una manifestación explícita del legislador al respecto. Es lamentable que no se haya resuelto la materia y que se haya dejado librada a la interpretación.

6) *Consecuencias del pago de los títulos-valores*

El artículo 1233 señala inicialmente que la entrega de títulos-valores que constituyen órdenes o promesas de pago sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados.

Al pagarse los títulos se extinguirán automáticamente dos obligaciones: de un lado, la obligación original, cuya acción, según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo comentado (del cual constituye excepción el artículo 18 de la Ley de Títulos-Valores), quedó entretanto en suspenso, así como sus accesorios; y del otro, la obligación derivada de los títulos valores.

Es exacto afirmar en este sentido que el pago de los títulos tendrá el efecto "de extinguir dos obligaciones representativas de una misma prestación" (13).

Veamos un ejemplo: Cayo vende a Ticio un inmueble. Para cumplir con el pago del precio correspondiente, Ticio entrega a Cayo un cheque girado a la orden de éste. Una vez cancelado el mismo se habrán extinguido dos obligaciones: la de pagar el precio de venta y la contenida en el título-valor.

Como expresa Ludwing Enneccerus (14), "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 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".

La cuestión no ofrece por tanto mayores dificultades.

7) *Consecuencias del perjuicio del título-valor*

Analicemos ahora el segundo supuesto contemplado por el artículo 1233: la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, extinguirá la obligación primitiva cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Aquí se presenta una situación distinta a la comentada anteriormente pues no se está ante un supuesto de pago. Confrontamos un caso de novación.

(13) Osterling Parodi, op. cit. pg. 5.

(14) Cit. por León Barandiarán, loc. cit., pgs. 210-211.

Empero, ésta no se produce entre la obligación original y la obligación que nació de la entrega de los títulos, pues esta segunda obligación surgió sin extinguir la primera.

La novación opera, por el contrario, entre la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan los títulos-valores antes de perjudicarse, de una parte, y la nueva obligación que nace de los títulos perjudicados, de otra.

El perjuicio de los títulos determina la extinción de esas dos obligaciones que coexistían y su sustitución por otra: la que surge de los títulos valores perjudicados.

Evidentemente, para que tal efecto se produzca será preciso que el perjuicio del título se deba a culpa del acreedor.

La sentencia del Tribunal Supremo Español de 6 de julio de 1966 (15) declaró que para que el perjuicio del documento produzca los efectos del pago, con arreglo al artículo 1170 (del Código Civil Español), es preciso que se deba a "acción culposa, o sea de responsabilidad", no produciendo los efectos del pago el perjuicio del documento, debido a simple omisión o negligencia. Esta solución es, en nuestra opinión, contraria lo dispuesto en la norma, que no plantea distingo alguno en relación con la culpa.

El artículo 1320 del nuevo Código Civil establece a este respecto 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".

Sólo el acreedor negligente, por consiguiente, podrá sufrir las consecuencias que contempla el artículo 1233 en la parte que analizamos.

Si por ejemplo el protesto no reúne las formalidades exigidas por la Ley de Títulos-Valores por causas imputables al Notario no se producirán los efectos del pago comentados.

(15) Cit. por Garrigues, op. cit., pg. 969.

Como precisa León Barandiarán (16), "tal efecto se considera producido si por culpa del acreedor el documento se hubiere perjudicado. Ello es lógico, pues cada uno responde de las consecuencias de su propia negligencia; es por eso preciso que el documento se haya perjudicado por culpa del acreedor; el caso fortuito (referirse a la ausencia de culpa sería lo propio) no puede originar responsabilidad, por aplicación de los principios generales en materia de obligaciones".

Una excepción a la regla general comentada, la constituye el artículo 11, tercer párrafo, de la ley de Sociedades Mercantiles, según el cual "no queda satisfecha la obligación del aporte en dinero con la entrega de documentos de crédito. Si la sociedad admitiera su entrega, el aporte no podrá considerarse cumplido sino desde el momento en que el respectivo documento de crédito haya sido pagado, *sin que pueda invocarse a este efecto que la sociedad consistió o permitió que se perjudicase aquél, quedando a salvo la acción de responsabilidad del aportante contra la sociedad*".

Ahora bien, si la obligación original se encontrase garantizada con prenda, hipoteca, anticresis o fianza y los títulos-valores que le hubieran sido entregados al acreedor se perjudicasen por culpa de éste, al producirse los efectos del pago automáticamente se extinguirán tales garantías.

En este caso, el acreedor podrá ejercitar sólo la acción documental al amparo de los artículos 59 de la Ley de Títulos Valores y 9 del Decreto Ley N° 20236 antes citados, contra el obligado principal y su avalista, si lo hubiere, para el pago de los títulos perjudicados, pero no podrá hacer efectivas las garantías que se constituyeron originalmente para asegurar la obligación extinguida.

Como explica Osterling Parodi (17) "la sanción para el acreedor negligente es severa cuando los documentos los acepta, gira o suscribe el deudor, sin intervención de terceras personas, o sea cuando la relación cambiaria se circunscribe al deudor y

(16) Op. cit., pag. 210.

(17) Op. cit., pg. 7.

al acreedor. Sin embargo, la sanción es más severa 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".

En efecto, en este supuesto, el acreedor habrá perdido la acción de regreso contra los endosantes y sus avalistas. Como en el caso planteado el deudor era endosante de los títulos, quedaría completamente liberado.

8) *El segundo párrafo del artículo 1233*

La segunda parte del artículo comentado señala que entre tanto se extinga la obligación primitiva, es decir, entre tanto se produzcan los efectos del pago, la acción derivada de tal obligación quedará en suspenso.

El Código niega la posibilidad de plantear por tanto una acción simultánea de cobro de los dos créditos. En principio, por mandato de la norma, será preciso accionar respecto de la nueva obligación originada con la entrega de los títulos valores.

Explica León Barandiarán (18) "en cuanto a tal segundo apartado, lo allí consagrado se explica a mayor abundamiento, ya que la entrega del documento importa una promesa de pago (o una orden de pago). Si el documento se realiza o, en su caso, se perjudica por culpa del acreedor, la obligación primitiva queda definitivamente cancelada; si no, ella deviene exigible. Entretanto, debe quedar la misma en suspenso, pues la suerte del nuevo crédito no se ha definido".

En el mismo orden de ideas, comenta el Profesor Garrigues (19) que, "a falta de declaración expresa en sentido contrario, la entrega de un cheque por el deudor al acreedor sólo produce el efecto de suspender la acción derivada de la obligación primitiva, en tanto el cheque no se realice o se perjudique por culpa del acreedor. Esta es la regla formulada por el artículo 1170 del Código Civil (Español), donde expresamente se niega a la

(18) Op. cit. pg. 211.

(19) Op. cit., pg. 959.

entrega de documentos mercantiles los efectos de pago. El cheque, en definitiva, es un medio de pago y no un equivalente del pago en dinero. Una orden de pago no es un pago”.

Sin perjuicio de lo expresado, resulta preciso mencionar lo dispuesto por el artículo 18, primer y segundo párrafos, de la Ley de Títulos-Valores, que constituyen una excepción al precepto comentado. Establecen dichos párrafos lo siguiente:

“Si las calidades de tenedor y obligado principal del título-valor correspondieren respectivamente al acreedor y al deudor de la relación causal de la que derivó la emisión de dicho documento, sin que éste hubiere sido endosado a tercera persona, el tenedor podrá promover alternativamente la acción derivada del título o la acción causal.

Igual derecho asistirá al endosatario respecto de su inmediato endosante, siempre que el endoso fuese absoluto y derivase de una relación causal en la que uno y otro tuviesen las calidades de acreedor y deudor, respectivamente”.

El tercer párrafo del artículo 18 citado prescribe que “subsiste la acción causal correspondiente a la relación jurídica que dio origen a la emisión y transmisión del título valor no pagado a su vencimiento a menos que se pruebe que hubo novación”. Esta última norma armoniza perfectamente con lo dispuesto por el artículo 1233 del Código Civil. En efecto, la acción causal se extinguirá como consecuencia del perjuicio del título valor por culpa del acreedor o en caso que se hubiera acordado que la sola entrega del título producía los efectos del pago respecto de la obligación original. En ambos supuestos habrá novación.

FELIPE OSTERLING PARODI

INEJECUCION DE OBLIGACIONES

El 24 de julio de 1984 se promulgó el nuevo Código Civil Peruano, el cual entrará en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Quien escribe estas líneas tuvo el honor de presidir la Comisión que elaboró el Proyecto de dicho Código y de ser ponente del Libro VI sobre "Las Obligaciones".

Como co-autor del Proyecto asumí la exigencia ineludible de divulgar los alcances del nuevo Código, con la seguridad de que en la redacción de la Exposición de Motivos y Comentarios a éste, encontraría una de las formas más idóneas para lograr tal fin.

Es por ello que, accediendo a una gentil invitación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *mi alma mater*, entrego a publicación este trabajo sobre "Inejecución de Obligaciones" en el Código Civil de 1984.

Introducción

El Libro VI del nuevo Código Civil concluye con los artículos relativos a la inejecución de las obligaciones, contenidos en el Título IX de la Sección Segunda. Dicho Título se encuentra dividido en tres capítulos: el primero trata de las disposiciones generales sobre la inejecución de las obligaciones; el segundo sobre la mora, tanto del deudor como del acreedor; y el tercero de las obligaciones con cláusula penal.

El nuevo Código Civil introduce en el Libro VI un cambio importante respecto a la sistemática del Código Civil de 1936. Tanto las normas sobre la mora -consignadas por este Código entre las disposiciones del pago-, como las obligaciones con cláusula penal -legisladas como una de las modalidades de las obligaciones-, se trasladan al título referente a la inejecución de las obligaciones, dado que las reglas sobre ambas instituciones operan únicamente en los casos de inejecución o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Disposiciones generales

Por ser más explícita, se ha adoptado aquí una técnica distinta a la que informa los demás preceptos del Derecho de Obligaciones. Aunque algunos de sus principios se sustentan básicamente en el Código Civil de 1936, el nuevo Código define, por considerarse indispensable, ciertos conceptos relativos a la inejecución de las obligaciones. Las definiciones en este caso están justificadas, pues, cuando surja una controversia, se apelará a las

normas sobre inexecución de las obligaciones y, para solucionar el conflicto entre las partes, será preciso que ellas estén expuestas con nitidez y claridad.

Queda entendido, desde luego, que el Código legisla situaciones jurídicas distintas de las provenientes de la responsabilidad extracontractual o delictual o, para usar la terminología del Código de 1936, del acto ilícito.

Al margen de ese concepto, que no obstante ser de lenguaje común conviene reiterar, el nuevo Código distingue la causa no imputable o ausencia de culpa -como concepto genérico- de los casos fortuitos o de fuerza mayor -conceptos específicos de causas no imputables-; define el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve; señala la responsabilidad que se atribuye al obligado en cada uno de estos eventos; regula el daño moral; rige la inexecución de las obligaciones de dar sumas de dinero; se refiere a los hechos dolosos o culposos de los terceros de quienes se valga el deudor para cumplir la obligación, así como a los hechos dolosos o culposos del acreedor; se pronuncia sobre la validez o nulidad de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad; y, en fin, atribuye expresamente la carga probatoria ante la inexecución de una obligación.

Con el propósito de otorgar la mayor precisión a los conceptos jurídicos que regula, el Libro VI dedica a las disposiciones generales sobre inexecución de las obligaciones diecinueve artículos; a diferencia del Código Civil de 1936 que legisla la materia en diez preceptos.

Las cuatro primeras normas del Código, vale decir, los artículos 1314 a 1317, rigen los casos de inexecución de la obligación y de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables al obligado. Estas reglas son de singular importancia.

"Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

"Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, im-

previsible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

El 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. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación.

El artículo 1315, precepto novedoso en la legislación peruana, define los casos fortuitos o de fuerza mayor como causas no imputables, atribuyéndoles las características de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. La norma tiene su origen en los artículos 1148 del Código Francés, 514 del Código Argentino, 1148 del Código Dominicano y 1059 del Código Brasileño.

Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales -lo que en el Derecho Anglo-Sajón se denomina "*Act of God*" (hecho de Dios)-, en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad -denominados en el Derecho Anglo-Sajón "*Act of Prince*" (hecho del Príncipe)-.

Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor.

dor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.

Con el fin de evitar posibles confusiones, conviene precisar términos. Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual. La previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación; a diferencia de la resistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo, porque tendría objeto imposible.

El requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía; o cuando, habiendo previsto el acontecimiento, se obligó a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo.

Pero la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible; y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor.

El requisito de la irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria.

En conclusión, las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez; su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia, y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso anali-

zado. Lo que en ciertas oportunidades es caso fortuito o de fuerza mayor, en otras no lo es.

Pero lo expresado no significa que todos los acontecimientos que se presenten sin culpa configuren casos fortuitos o de fuerza mayor. Usualmente el deudor tan sólo debe probar que ha actuado con la diligencia requerida, vale decir, sin culpa, para quedar exonerado de responsabilidad. Generalmente el deudor no precisa demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. Así lo señala el artículo 1314 del Código, que exige como causa no imputable la prueba de la diligencia ordinaria requerida.

La excepción se configura cuando la ley o el pacto establecen en forma expresa lo contrario, es decir, cuando exigen para la exoneración del deudor que el acontecimiento obedezca a un caso fortuito o de fuerza mayor. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso previsto por el artículo 1518 del Código Civil de 1936, que atribuye responsabilidad al arrendatario por el incendio que afecte al bien objeto de la locación-conducción; a no ser que provenga de caso fortuito o de fuerza mayor. En este caso el arrendatario no podría exonerarse de responsabilidad probando que actuó diligentemente, es decir, sin culpa. Tendría que demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor.

Los hermanos *Mazeaud*, al distinguir entre el caso fortuito o de fuerza mayor y la ausencia de culpa, expresan que "para saber si existe ausencia de culpa, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado. Para saber si existe fuerza mayor, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado. Así, cabe no haber incurrido en culpa alguna sin que exista fuerza mayor".

Esta doctrina ya había sido enunciada por tratadistas tan distinguidos como *Giorgi y Josserand*. Dice *Giorgi* que "no en todas las obligaciones contractuales el deudor está sujeto a esta prueba (la del caso fortuito o fuerza mayor) para librarse, sino solamente es necesaria en los casos en que la ley no admite otra excusa más que el caso fortuito o fuerza mayor. En los demás puede librarse probando simplemente haber usado el grado de diligencia exigido en el contrato, esto es, diciendo hallarse exento de una culpa de la que debía responder".

Messineo, comentando el Código Civil Italiano de 1942, se refiere al caso fortuito o fuerza mayor con significado diverso del de causa no imputable.

La causa no imputable —*afirma Messineo*— debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impositiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo; el caso fortuito o de fuerza mayor es un hecho positivo que en determinadas circunstancias se exige para la exoneración. La regla general para exonerarse —*agrega*— es la presencia de una causa no imputable (hecho negativo), mientras que en otros casos es necesaria la prueba más gravosa del caso fortuito o de fuerza mayor (hecho positivo tampoco imputable).

Parece claro, entonces, que en la ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, esto es, la causa del incumplimiento debida a un evento de origen extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. La ausencia de culpa se prueba acreditando la conducta diligente; a diferencia del evento fortuito, cuya prueba, a veces más severa, requiere identificar el acontecimiento y otorgarle las características señaladas de extraordinario, imprevisible e irresistible.

El principio general, en conclusión, es que el deudor sólo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad, salvo que la ley o el pacto exijan la presencia del caso fortuito o de fuerza mayor. En esta última hipótesis habrá que identificar el acontecimiento que impidió que se cumpliera la obligación, y probar sus características de extraordinario, imprevisible e irresistible.

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 o-

bligación se extingue si la causa que determina la inexecución 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 sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste 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".

El artículo 1316, primer párrafo, del Código acoge básicamente la doctrina del artículo 1318 del Código Civil de 1936, pero sustituye, sin embargo, el concepto de imposibilidad de la prestación sin culpa del deudor, por el de inexecución por causa no imputable al deudor.

Agrega el segundo párrafo del precepto comentado, que si la causa que impide la ejecución de la prestación es temporal el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable por el retardo en el cumplimiento. Y añade luego, que la obligación se extingue si la causa que impide la ejecución perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza de la propia prestación, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutarla, el acreedor ya no tiene interés en su cumplimiento, o este cumplimiento deja de serle útil.

En consecuencia, la imposibilidad temporal, por causa no imputable al obligado, no irroga responsabilidad por el retardo en el cumplimiento de la obligación. La obligación, por lo demás, se extingue también, sin responsabilidad para el obligado, cuando el retardo es de tal naturaleza que el deudor no puede ya ser considerado obligado a cumplirla, el acreedor pierde interés en ella o ésta se torna inútil.

Concluye el precepto señalando que la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente se extingue, si ella no es útil para el acreedor o si éste no tiene justificado interés en

su ejecución parcial. La norma agrega que, en caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla, con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

El primer párrafo del artículo 1316 comentado, tiene su origen, como se ha señalado, en el artículo 1318 del Código Civil de 1936, y además, en los artículos 1302 del Código Civil Francés; 888 del Código Argentino; 1182 y 1184 del Código Español; 275, primer párrafo, del Código Alemán; 1182 y 1184 del Código Cubano; 267, primer párrafo, del Código Polaco de las Obligaciones; 2274, primer párrafo, del Código Civil Peruano de 1852; 119, primer párrafo, del Código Suizo de las Obligaciones; 379 del Código Boliviano; 1670 del Código Chileno; 1713 del Código Ecuatoriano; 1344, primer párrafo, del Código Venezolano; 1729 del Código Colombiano; 1549 del Código Uruguayo; 1302 del Código Dominicano; 341 del Código Libanés; 1256, primer párrafo, del Código Civil Italiano; y 790, primer párrafo, del Código Portugués.

Por su parte, el segundo párrafo del mismo artículo 1316 encuentra su fuente en el artículo 380 del Código Boliviano; en el artículo 1256, segundo párrafo, del Código Italiano y en el artículo 792 del Código Portugués.

Por último, el tercer párrafo del artículo 1316 se inspira en los artículos 382 del Código Boliviano, 337 del Código Helénico; 1258 del Código Italiano y 793 y 802 del Código Portugués.

Cabe agregar como comentario final al artículo 1316 del Código, que las hipótesis a las que él se refiere son las de una imposibilidad sobrevenida, que se produce después de formada la relación jurídica. Esta imposibilidad no se origina, desde luego, por dolo o por culpa del obligado; ella obedece a una causa no imputable que emerge después de la formación del vínculo obligatorio. Por ello, en estos casos el obligado es inimputable.

"Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación".

El artículo 1317 establece que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación. El precepto se inspira en los artículos 1147 del Código Francés; 1105 del Código Español; 889 del Código Argentino; 1604, cuarto párrafo, y 1732 del Código Colombiano; 1105 del Código Cubano; 1058 del Código Brasileño; 225, primer párrafo, del Código Chino; 2111 del Código Mejicano; 267 del Código Polaco; 1147 del Código Dominicano; 254 del Código Libanés y 336 del Código Helénico. La norma también tiene origen en el artículo 1319 del Código Civil Peruano de 1936.

Ella prevé que el obligado, como regla general, no responde de los daños y perjuicios derivados de la inexecución por causas no imputables, salvo que así lo establezca expresamente la ley o el pacto entre las partes. Es posible, en efecto, que la norma legal atribuya responsabilidad al obligado, aun cuando la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedezca a causas no imputables. También es posible que tal responsabilidad se atribuya por pacto. La estipulación -de ascendencia romana- se sustenta en el principio de la libertad de las convenciones, ya que no compromete el orden público. En estos casos el deudor desempeña, en cierta forma, el papel de asegurador, pues libera al acreedor de los riesgos. Los contratantes, en consecuencia, están en aptitud de convenir válidamente que el deudor responderá de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, aun cuando ésta tenga su origen en una causa no imputable. Por tratarse de un regla excepcional, ella debe constar, en forma indubitable, en el contrato.

Los artículos 1318 a 1327 del Código prevén, justamente, hipótesis opuestas a las regidas por los artículos 1314 a 1317.

La situación, en efecto, es totalmente distinta cuando el deudor incumple la obligación por dolo o por culpa, pues en estos casos responde de la indemnización de daños y perjuicios.

"Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación".

El artículo 1318 define el dolo. Se entiende por dolo la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño. El dolo existe cuando el deudor tiene la voluntad de no cumplir su obligación, ya sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no. Y esta característica, justamente, hace al dolo diferente de la culpa, sea que se trate de culpa inexcusable o de culpa leve.

El dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda se aplica, generalmente, a las obligaciones de dar y de hacer.

La característica predominante del dolo, como se ha expresado, es la intención de no cumplir. La intención, sin embargo, es un elemento subjetivo, difícil muchas veces de precisar. Puede darse el caso, por ejemplo, de que exista negligencia con una dosis de intención. Por ello, como luego veremos, el Código señala igual responsabilidad para los casos en que el sujeto proceda con dolo o con culpa inexcusable.

"Artículo 1319.- Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación".

El artículo 1319 se refiere a la culpa inexcusable. Su origen se encuentra en los artículos 1266 del Código Civil de 1852; 276, primer párrafo, del Código Civil Alemán, 29, primer párrafo, del Código Ecuatoriano, 44, primer párrafo, del Código Chileno, 63, segundo párrafo, del Código Colombiano, así como en el artículo 130, primer párrafo, del Proyecto de Código Peruano de 1891. La norma prescribe que incurre en culpa inexcusable quien actúa con negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta es justamente la negligencia que linda con el dolo; por la gravedad que ella reviste y, al ser los límites entre el dolo y la culpa inexcusable con frecuencia borrosos, se atribuyen, según se ha indicado, iguales consecuencias jurídicas a quien actúe de cualquiera de esas dos maneras.

"Artículo 1320.- 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".

El artículo 1320 se basa fundamentalmente en el artículo 1322 del Código de 1936. El precepto también se inspira en los artículos 1137 del Código Francés, 1266 y 1267 del Código de 1852, 1104, primer párrafo, del Código Español, 512 del Código Argentino, 1137 del Código Dominicano, 1104, primer párrafo, del Código Cubano, 29, segundo párrafo, del Código Ecuatoriano, 44, segundo párrafo, del Código Chileno, 63, primer párrafo, del Código Colombiano, 130, segundo párrafo, del Proyecto de 1891, y 551, primer párrafo, del Proyecto Sánchez de Bustamante.

Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria, omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso, no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza o, en general, a su falta de diligencia. Conviene tomar nota de que la regla se refiere, claramente, a la falta de diligencia ordinaria como constituye de la denominada culpa leve, pues, en caso de negligencia grave, estaríamos ante un caso de culpa inexcusable.

En la culpa leve, a diferencia del dolo, no hay intención de no cumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.

El artículo 1320 analizado, relativo a la culpa leve, al igual que el artículo 1319, referente a la culpa inexcusable, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez; pero toca a éste, en cada caso, apreciar si la acción u omisión del deudor contraviene la obligación y, si lo hace, decidir si tal contravención, conforme a dichas pautas, obedece a culpa inexcusable o a culpa leve.

Las reglas previstas están plenamente justificadas. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciarlas con una idea abstrac-

ta y genérica, como -por ejemplo- la del "buen padre de familia" o la del "comerciante honesto y leal". Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado deudor ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana.

Es prudente, por ello, que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos; pero también es necesario que el juez aprecie y decida, para cada caso concreto, si el deudor incurrió en culpa inexcusable, vale decir, si actuó con negligencia grave, o si procedió con culpa leve, esto es, omitiendo tan sólo la diligencia ordinaria debida.

Los artículos 1321 a 1327 se refieren a las consecuencias jurídicas a las que está sometido aquél que incumple la obligación, o quien la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, por dolo o por culpa.

"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 inexecución 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 inexecución.

Si la inexecución 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".

El primer párrafo del artículo 1321 prescribe que queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El precepto encuentra su origen en los artículos 1147 del Código Francés, 1265 del Código Civil de 1852; 1101 del Código Español, 506 del Código Argentino, 276, primer párrafo, del Código Alemán, 99, primer párrafo, del Código Suizo de las O-

bligaciones, 1056 del Código Brasileño, 226, primer párrafo, del Código Chino, 2107 del Código Mejicano, 239 y 240 del Código Polaco, 1147 del Código Dominicano, 339 del Código Boliviano, 1264, segunda parte, y 1271, segunda parte, del Código Venezolano, 1101 del Código Cubano, 1218 del Código Italiano, 548 del Proyecto Sánchez de Bustamante; y 867, primera parte, del Anteproyecto Ossorio.

El artículo 1321 está vinculado necesariamente al artículo 1320 del Código Civil de 1936, con dos modificaciones importantes respecto a esa norma. El primer párrafo del artículo 1321 del Código omite la palabra "morosidad", pues la mora supone dolo o culpa. Omite, asimismo, la expresión "el que de cualquier modo contraviniera a ellas", pues si la obligación fuera contravenida sin dolo o sin culpa no habría responsabilidad, salvo que la ley o el pacto la atribuyeran.

La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante.

Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, corresponden al daño emergente; las utilidades que deja de percibir, por iguales motivos, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró.

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, trátase de daños y perjuicios previstos o no previstos.

La regla tiene origen en los artículos 1149 y 1151 del Código Francés, 1265 y 1272 del Código de 1852, 1227 y 1229 del Código Italiano de 1865, 1106 del Código Español, 1272 y 1275

del Código Venezolano, 1106 del Código Cubano, 1599 y 1601 del Código Ecuatoriano, 1556 y 1558 del Código Chileno, 2108 a 2110 del Código Mejicano, 1613, 1614 y 1616 del Código Colombiano, 298 del Código Helénico, 1323 del Código Civil de 1936, 98 y 100 del Proyecto Franco-Italiano, 553 y 554 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 870 del Anteproyecto Ossorio.

El tercer párrafo del artículo 1321 establece, sin embargo, una importante restricción para los casos en que el obligado proceda con culpa leve. En estas hipótesis, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída. La sanción, por consiguiente, es menos severa que si la inejecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, se produjera por dolo o por culpa grave del deudor. La regla encuentra su antecedente inmediato en el artículo 1323 del Código Civil de 1936 y sus antecedentes mediatos en los artículos 1150 del Código Francés, 1228 del Código Civil Italiano de 1865, 1107 del Código Español, 519 al 521 del Código Argentino, 249 y 252 del Código Alemán, 1601 del Código Ecuatoriano, 1558 del Código Chileno, 1345 y 1346 del Código Uruguayo, 1059 y 1060 del Código Brasileño, 213 y 216 del Código Chino, 242 del Código Polaco, 1274 del Código Venezolano, 1107 del Código Cubano, 1616 del Código Colombiano, 1150 del Código Dominicano, 345 del Código Boliviano, 1225 del Código Italiano, 99 del Proyecto Franco-Italiano, 554 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 870 del Anteproyecto Ossorio.

"Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

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, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bie-

nes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material. Y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Distinguidos tratadistas argentinos como *Alfredo Colmo* y *Héctor Lafaille* se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inejecución de las obligaciones.

Dice *Alfredo Colmo*, al referirse al daño moral, "que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables".

Héctor Lafaille, por su parte, expresa que "el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos".

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales o de daños morales que engendren o no, perjuicios económicos.

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia. En el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta -la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización- a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado.

En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirles como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza.

El artículo 1322 comentado encuentra sus antecedentes en los artículos 1382 del Código Francés; 823, primer párrafo, del Código Alemán; 99, tercer párrafo, del Código Suizo de las Obligaciones; 76 del Código Brasileño; 299 del Código Helénico; 181 del Anteproyecto Brasileño; y 870, primer párrafo, del Anteproyecto Ossorio.

"Artículo 1323.- Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario".

El artículo 1323 tiene como antecedente el artículo 1819 del Código Civil Italiano. El precepto establece un supuesto adicional a los que prevé el artículo 181 de pérdida por parte del deudor del derecho a utilizar el plazo concedido a su favor. Su propósito no es otro que asegurar el que el acreedor vea satisfecho su crédito cuando debiendo efectuarse el pago en cuotas periódicas, el deudor incumpliese tres cuotas, sucesivas o no. En este caso, la falta de pago dará lugar al vencimiento automático de las demás cuotas, cuya cancelación podrá exigir el acreedor. La norma admite el pacto en contrario.

"Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento".

El artículo 1324 se refiere a los daños y perjuicios por el incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero.

El artículo 1324 tiene origen en los artículos 1153 del Código Francés; 1273 y 1820 del Código Civil de 1852; 1231 del Código Italiano de 1865; 1108, primer párrafo, del Código Es-

pañol; 622 del Código Argentino; 291 del Código Alemán; 345 del Código Helénico; 1559 del Código Chileno; 248 del Código Polaco; 1108, primer párrafo, del Código Cubano; 1061 y 1064 del Código Brasileño; 104 y 106 del Código Suizo; 1153 del Código Dominicano; 347 del Código Boliviano; 1617, incisos 1) y 2), del Código Colombiano; 2117 del Código Mejicano; 1224 del Código Italiano; 1324 del Código Civil de 1936; 102 del Proyecto Franco-Italiano; 555 del Proyecto Sánchez de Bustamante; 2117 del Proyecto Rojina; 328 del Anteproyecto Brasileño y 867 y 871 del Anteproyecto Ossorio.

La reparación por el incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero tiene caracteres singulares. Su monto es fijado por la entidad que la ley señala, vale decir, por el Banco Central de Reserva del Perú; y la compensación, usualmente, está integrada tan sólo por los daños y perjuicios moratorios, esto es, por los intereses de mora fijados por tal entidad para resarcir el retraso en el cumplimiento de la obligación. Se emplea la palabra "usualmente", porque la indemnización puede ser superior a la prevista por la autoridad, si hubiera pacto sobre resarcimiento del daño ulterior y el acreedor probara que ha sufrido tal daño, en cuyo caso tendría derecho a una reparación adicional.

La regla general contenida en el artículo 1324 comentado, establece que en las obligaciones de dar sumas de dinero la indemnización está constituida por los intereses legales fijados por el Banco Central de Reserva del Perú desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses superiores, ellos continúan devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

No obstante, si acreedor y deudor estipularon que en caso de incumplimiento podría darse la indemnización del daño ulterior, y el acreedor prueba que, como consecuencia de tal incumplimiento, ha sufrido un daño ulterior; el acreedor tendrá derecho a la indemnización que ese perjuicio adicional le irroge, la misma que tendría el carácter de compensatoria.

La regla prescribe, en conclusión, que el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú debe reparar el in-

cumplimiento, es decir, la falta oportuna de su entrega, cuando no haya sido previsto contractualmente. Pero agrega que si los intereses pactados antes de la inexecución eran superiores a aquéllos, el acreedor continuará percibiendo los mismos intereses luego del incumplimiento, esta vez, con el carácter de moratorios.

El artículo 1324 admite, en su segunda parte, la excepción a la que se ha hecho referencia: si el acreedor ha pactado el ulterior resarcimiento y prueba que ha sufrido un daño mayor que el compensable tan sólo por los intereses, tendrá derecho a indemnización adicional.

El artículo comentado -1324- desecha la expresión "a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios", que aparece en la parte final del artículo 1324 del Código de 1936. Esta regla no se refería evidentemente ni a los intereses legales ni a los intereses convencionales, pues el citado artículo 1324 del Código de 1936 trata con anterioridad de ellos, y señala su régimen. El Código de 1936 alude, sin duda, a prestaciones distintas a los intereses, que si bien están destinadas a reparar los verdaderos daños y perjuicios que podría sufrir el acreedor por el incumplimiento, también podrían abrir las puertas a la usura, en la medida en que tales prestaciones fueran superiores, en valor, al máximo del interés previsto por la ley; lo cual induciría a hacer indirectamente lo que la ley prohíbe hacer directamente.

A estas consideraciones obedece el texto del artículo 1324 analizado.

"Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario".

El artículo 1325 del Código prescribe que si el deudor, en el cumplimiento de la obligación, se vale de terceros, también responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo estipulación en contrario. Dentro de la complejidad de la vida contractual de nuestros tiempos, es usual que el deudor, para cumplir la obligación, se vea precisado a recurrir al concurso de terceras personas; en estos casos el deudor deberá responder de los hechos de tales terceros.

El artículo 1325 encuentra su origen en los artículos 278 del Código Civil Alemán; 101 del Código Suizo; 349 del Código Boliviano; 241 del Código Polaco; 1228 del Código Italiano; 800, primer párrafo, del Código Portugués; 1313 del Código Austriaco; 334 del Código Helénico; 315 del Código de la República Popular de Polonia; 1818 del Código Etiope y 1209 del Proyecto de Código Checoslovaco.

"Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven".

"Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario".

Finalmente, los artículos 1326 y 1327 se refieren a los hechos dolosos o culposos del acreedor que hubiesen concurrido a ocasionar el daño, y a los perjuicios que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria.

La inexecución de la obligación puede también obedecer a culpa del acreedor: a culpa exclusiva de éste, o a culpa del acreedor concurrente con la del deudor. Es evidente, en el primer caso, el efecto liberatorio y, desde luego, la inimputabilidad del deudor. Este tema no merece mayores comentarios.

El segundo caso puede ser más complejo. Se trata de una cuestión de apreciación que el juez debe evaluar. Si el hecho doloso o culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, la entidad del resarcimiento se reduce en proporción a la gravedad de tal hecho y a las consecuencias que se hayan derivado del mismo. La responsabilidad por la inexecución de la obligación es compartida entre el acreedor y el deudor; se configura una situación intermedia entre el daño inimputable y el daño debido por entero a culpa del deudor. Esto es lo que en doctrina se conoce con el nombre de concurso de culpas, en el cual cada sujeto responde en proporción al grado de su culpa eficiente. Puede considerarse también como ejemplo de lo que en doctrina se llama compensación de culpas, en la cual no se hace referencia, naturalmente, a la compensación en sentido estricto.

Se considera razonable, y así lo establece el artículo 1327 del Código, que el deudor no deba resarcimiento por los daños que el acreedor perjudicado hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Se supone que ya ocurrió el incumplimiento; pero se supone, además, que el acreedor, por su parte, se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. Es evidente que el acreedor no debe agravar, con su propio comportamiento, la situación del deudor que ha incumplido.

El artículo 1326 comentado tiene origen en los artículos 1227, primer párrafo, del Código Italiano; 348, primer párrafo, del Código Boliviano; y 300, primer párrafo, del Código Helénico. El artículo 1327, por su parte, encuentra su origen en el artículo 1227, segundo párrafo, del Código Italiano, y en el artículo 348, segundo párrafo, del Código Boliviano.

Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público”.

El artículo 1328 regula las cláusulas de exoneración o de limitación en la responsabilidad. El precepto tiene numerosos antecedentes, tales como los artículos 1137 del Código Francés; 1269 del Código Civil de 1852; 1102 del Código Español; 507 del Código Argentino; 276, segundo párrafo, del Código Alemán; 100, primer párrafo, del Código Suizo; 217, inciso 2), del Código Egipcio; 350 del Código Boliviano; 332, primer párrafo, del Código Helénico; 314 del Código de la República Popular Húngara; 2106 del Código Mejicano; 1102 del Código Cubano; 1055 del Código de Puerto Rico; 1137 del Código Dominicano; 222 del Código Chino; 1465 del Código Chileno; 1522 del Código Colombiano; 240, segundo párrafo, del Código Polaco; 1229 del Código Italiano; 1508 del Código Ecuatoriano; 1336 del Código de El Salvador; 1419 del Código de Honduras; 800, segundo párrafo, del Código Portugués; 1321 del Código Civil Peruano de 1936; 105 del Proyecto Franco-Italiano; 549 y 550 del Pro-

yecto Sánchez de Bustamante; 2106 del Proyecto Rojina y 868 del Anteproyecto Ossorio.

El artículo 1328 comentado admite que el acreedor pueda renunciar, antes de la época señalada para el cumplimiento de la obligación, a hacer efectiva la responsabilidad en que incurriría el deudor por inejecución bajo culpa leve. La ley, sin embargo, sanciona de nulidad estas cláusulas cuando por ellas se trata de restringir o exonerar de responsabilidad al deudor que incumple la obligación por dolo o por culpa inexcusable. Regla similar adopta el Código al tratar de la responsabilidad extracontractual o delictual (confróntese el artículo 1986).

Conviene aclarar que el problema de la validez o nulidad de estas cláusulas se suscita únicamente cuando ellas se estipulan antes de que se origine el daño. Nada se opone a que el acreedor, después de producido el daño, renuncie a exigir el pago de la indemnización, ya sea que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, por dolo, culpa inexcusable o culpa leve del deudor. La renuncia a *posteriori* del acreedor o, en el caso de la responsabilidad delictual, de la víctima o de sus herederos, constituiría una simple condonación o remisión de la deuda.

El artículo 1328 comentado prevé, en su primera parte, la prohibición de excluir o limitar la responsabilidad del deudor o de sus auxiliares por dolo o por culpa inexcusable. Sólo se permite tal exclusión o limitación en el caso de incumplimiento por culpa leve.

En la eventualidad del dolo, es unánime la opinión de que el pacto sería ilícito. Esta regla tiene origen romano.

Sería inadmisibles que el deudor que deliberadamente incumple su obligación quede exento de responsabilidad, no sólo por evidentes razones morales, sino porque jurídicamente la obligación carecería de sentido, pues el deudor tendría la facultad, a su arbitrio, de cumplir o incumplir el contrato. Aceptar que el deudor puede faltar intencionalmente a lo que prometió, equivaldría a admitir que puede obligarse bajo condición potestativa, esto es, que puede no obligarse a nada.

Equiparar la culpa inexcusable al dolo -tanto para los efectos previstos por el artículo 1328 comentado, como para los que determinan el ámbito de la responsabilidad-, es perfectamente válido. Como señalan los hermanos *Mazeaud*, la asimilación de la culpa grave al dolo tiene por finalidad evitar "que el malvado se haga pasar por imbécil". Por consiguiente y, como ya se ha expresado, al ser generalmente borrosos los linderos entre la culpa inexcusable y el dolo, en razón de que el factor determinante -la intención- es un elemento psicológico; no asimilar ambos conceptos podría significar en la práctica, liberar al deudor de cumplir, a su antojo, la obligación.

El segundo párrafo del artículo 1328, que dispone que es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o sus auxiliares violen obligaciones derivadas de normas de orden público, posee singular importancia. Porque, ¿cómo podría el deudor liberarse previamente de responsabilidad o restringirla, cuando la inejecución de la obligación puede causar daño a la persona?

"Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor".

"Artículo 1330.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

"Artículo 1331.- 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".

"Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

Los últimos cuatro preceptos de las disposiciones generales sobre inejecución de las obligaciones -artículos 1329 a 1332-, se refieren a materia probatoria.

El Código Civil de 1852 establecía, en el artículo 1268, que la culpa no se presumía y, por tanto, que ésta debía ser probada por el acreedor.

No es éste, sin embargo, el sistema del Código Civil de 1936. Cuando se incumple la obligación o se ejecuta en forma tardía, parcial o defectuosa, se presume que ello obedece a culpa del deudor; y toca a éste, por consiguiente, demostrar su inculpabilidad. Se trata, pues, de una presunción *juris tantum*. Este principio se infiere del artículo 1326 del Código Civil de 1936, que exige probar su inculpabilidad al deudor obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor. Y decimos que el principio se infiere de la norma comentada, porque el Código alude tan sólo al caso fortuito o fuerza mayor, no así a la causa no imputable; y porque únicamente prevé "la entrega de la cosa", omitiendo, por tanto, el referirse a numerosas obligaciones de hacer y a todas las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, la filosofía que subyace al Código Civil de 1936 es la misma que inspira los artículos 1329 y 1330 del nuevo Código.

El artículo 1329, como claramente se desprende de su texto, determina la presunción de que la inexecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del obligado, salvo prueba en contrario. Como se trata de una presunción *juris tantum*, el deudor puede exonerarse probando su inculpabilidad, salvo que la ley o el pacto exijan la prueba del caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 1330, por su parte, dispone que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Desde este punto de vista, el acreedor puede agravar la responsabilidad del deudor demostrando la inexecución o el cumplimiento irregular de la obligación por dolo o por culpa inexcusable.

La tesis enunciada se explica con facilidad, pues la gravedad del dolo o de la culpa inexcusable y, por consiguiente, su carácter excepcional, exige que no se presuman. Para destruir

la presunción bastará con otorgar al juez todos los elementos que lo conduzcan a la convicción de que ha existido dolo o culpa inexcusable.

El artículo 1331 ordena que la prueba de la existencia de los daños y perjuicios, así como la de su cuantía, corresponda al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Quien no sufre un daño, aun cuando la inejecución o el cumplimiento irregular obedezca a dolo o a culpa del deudor, carece de título para exigir la reparación. Por ello, no obstante la presunción de culpa leve ante la inejecución o tal cumplimiento irregular, la carga de la prueba de los daños y perjuicios, así como la de su cuantía, corresponde al acreedor.

La regla admite, por cierto, dos excepciones: el acreedor queda relevado de probar la existencia de los daños y perjuicios, así como la cuantía de éstos, cuando se encuentra protegido por una cláusula penal; y también queda relevado de esa prueba, cuando los intereses moratorios compensan el retraso en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Al margen de esas dos excepciones, el acreedor estará siempre constreñido a probar que ha sufrido un perjuicio por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y a demostrar su cuantía.

El capítulo referente a las disposiciones generales sobre inejecución de las obligaciones concluye con el artículo 1332, que encuentra su origen inmediato en el artículo 1226 del Código Civil Italiano de 1942.

La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso, tales como precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde

luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir pues la prueba directa se hace más difícil; ya que se trata de hechos futuros, el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones.

A ello obedece el texto del artículo 1332 comentado, que obliga al juez a liquidar con valoración equitativa en caso de que el daño no pueda ser probado en su monto preciso.

Mora

Se ha considerado necesario introducir en el Código reglas generales sobre la mora del acreedor. Es evidente que el acreedor puede quedar constituido en mora, y que ello origina importantes consecuencias jurídicas en la relación obligacional.

Es preciso aclarar que el acreedor puede incurrir en mora no sólo por negarse a recibir el pago, sino por no prestar su concurso a algún acto preparatorio destinado a que el deudor pueda efectuarlo. Cabe señalar que fue el Código Alemán el primero que se ocupó organizadamente de la mora *accipiendi*, aunque las semillas de la institución se encuentran en el Derecho Peruano.

El acreedor, como se ha expresado, incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida, o cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. Este sería el caso, por ejemplo, del acreedor que rehúsa aceptar la prestación que legítimamente se le ofrece en el tiempo y modo convenidos; o que rechaza concurrir a los actos indispensables para el cumplimiento de la obligación, tales como la medida o el peso de los objetos que se han de entregar, o la liquidación de un crédito ilíquido.

Es oportuno advertir, sin embargo, que la institución fue incorporada en preceptos aislados por el legislador de 1936. Baste referirse para ello a los artículos 1385, 1386, 1557 y 1558 del Código de 1936. Por tal razón el nuevo Código establece sólo principios generales relativos a la mora del acreedor, que deben presidir todo el derecho obligacional, admitiéndose, por cierto, que en las relaciones jurídicas de determinadas categorías existen normas expresas sobre la institución.

Los artículos 1333 a 1337 del Código legislan la mora del deudor. Los artículos 1338 a 1340, la mora del acreedor.

"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".

Para que el deudor quede constituido en mora se precisa un retardo en el cumplimiento de la obligación. Además, que tal retardo le sea imputable. Se exige, adicionalmente, el requerimiento o intimación judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor, salvo en los casos excluidos por el artículo 1333 del Código.

El primer requisito de la mora del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación. Es este un elemento de hecho que tiene carácter ineludible. Se advierte, por tanto, que la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y de hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso; pero que ella queda descartada de las obligaciones de no hacer.

El retardo, por otra parte, debe ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o a dolo. En caso contrario, no se estaría contraviniendo la obligación ni, por consiguiente, existiría responsabilidad por el retraso. Esta era la doctrina en Roma y es la que prevalece en nuestros días.

Se precisa, finalmente, que el deudor sea intimado, esto es, que se le requiera para el cumplimiento de la obligación, salvo las excepciones previstas. Tal intimación o requerimiento puede hacerse judicial o extrajudicialmente. En este último caso, se puede emplear cualquier vía o medio; pero debe usarse para acreditarla, alguno de los medios probatorios que franquea la ley.

El Código mantiene en consecuencia el principio francés, acogido por el artículo 1264 del Código de 1852 y consagrado por el Código Civil de 1936, de la mora *ex persona*: *dies non interpellat pro homine* (El tiempo no interpela por el hombre). Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo.

Las excepciones que ha contemplado el artículo 1333 del Código a la necesidad del requerimiento o intimación para constituir en mora al deudor, son las previstas por los dos incisos del artículo 1254 del Código de 1936. Además, la señalada por el inciso 2) del artículo 1219 del Código Civil Italiano. Y, finalmente, está el caso de que la interpelación no sea posible por causa imputable al deudor.

Como se observa, si bien se mantiene, según se ha expresado, el principio de la mora *ex persona*; se amplían las causales para que opere la mora *ex re*. En consecuencia, la interpelación es innecesaria cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, aparece que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o practicarse el servicio fue motivo determinante para contraerla; cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y cuando tal interpelación no es posible por causa imputable al deudor.

En esta materia, el derecho comparado ofrece toda suerte de soluciones. Así, el artículo 1219 del Código Civil Italiano, de estructura similar al artículo 1333 del Código, exige que la intimación o requerimiento sea hecho por escrito. Por su parte, el artículo 960 del Código del Brasil sólo exige la interpelación cuando no se ha señalado plazo. El artículo 1608 del Código Colombiano establece la mora automática, salvo los casos espe-

ciales que requieren interpelación. Los artículos 1139 del Código Francés, 1100 del Código Español; 509 del Código Argentino, 102 del Código Suizo, y 805 del Código Portugués, tienen fisonomía similar al Código de 1984. Por último, el artículo 284 del Código Alemán establece que no es necesario el requerimiento cuando se ha señalado "un tiempo según el calendario".

"Artículo 1334.- 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".

El artículo 1334 fue incorporado a propuesta de la Comisión Revisora. Su propósito es aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, derivado, por ejemplo, de incumplimiento contractual, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda. El precepto guarda concordancia con el primer párrafo del artículo 1324, según el cual las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora.

El segundo párrafo del artículo 1334 exceptúa de la regla comentada lo dispuesto en el artículo 1985. Este precepto señala en su parte final 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 deriva de acto ilícito, el deudor incurre en mora automáticamente desde que comete el acto dañoso.

"Artículo 1335.- En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá".

El artículo 1335, por su parte, se limita a transcribir el artículo 1255 del Código de 1936, cuyo origen se encuentra en

los artículos 1100 del Código Español, 510 del Código Argentino y 298 del Código Alemán, acogido luego por otras legislaciones, tales como el artículo 1609 del Código Colombiano. Se ha expresado que la culpa es elemento indispensable para que el deudor incurra en mora. No habría culpabilidad, sin embargo, en las obligaciones recíprocas en las cuales la otra parte no cumple su obligación, o no conviene en cumplirla.

"Artículo 1336.- El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente".

El artículo 1336 establece las consecuencias de la mora del deudor; su antecedente inmediato es el artículo 1256 del Código Civil de 1936. Los principios allí contenidos están consignados por otras normas, tales como los artículos 1146, 1147 y 1148 del Código Francés, 286 y 287 del Código Alemán, 103 del Código Suizo, 956, 957 y 963 del Código Brasileño, 1221 del Código Italiano, 807 del Código Portugués y 1146, 1147 y 1148 del Código Dominicano.

El deudor en mora responde de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. También responde, desde luego, del deterioro o de la pérdida de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago de la indemnización de daños y perjuicios probando que no ha incurrido en mora, vale decir, que el retraso no obedece a su culpa. Y podrá, asimismo, exonerarse de la responsabilidad por el deterioro o la pérdida de la prestación, si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

"Artículo 1337.- Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios".

El artículo 1337, último precepto dedicado a la mora del deudor, contiene doctrina similar a la del artículo 1257 del Código Civil de 1936, que encuentra su origen en la segunda parte del artículo 286 del Código Alemán, en el inciso 2) del artículo 108 del Código Suizo, y en la segunda parte del artículo 956 del Código del Brasil. Si la mora del deudor determina que la obligación sea inútil para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios, vale decir, la indemnización sustitutoria a la prestación debida.

Se ha considerado innecesario establecer norma similar a la del Código Francés, en el cual se señala que en las obligaciones de entregar suma cierta, los daños y perjuicios resultantes del retardo en la ejecución no consistirán sino en el pago de intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio, puesto que ello ya está consignado en otros preceptos de la legislación peruana. Se ha descartado, asimismo, efectuar una referencia similar a la del artículo 808 del Código Portugués, en el sentido de que la pérdida de interés en el cumplimiento de la obligación deberá apreciarse objetivamente, ya que tal apreciación deberá adecuarse, sin duda, a la naturaleza y circunstancias de la obligación.

“Artículo 1338.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

“Artículo 1339.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”.

“Artículo 1340.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor”.

Como se ha señalado, los artículos 1338, 1339 y 1340, que se refieren a la mora del acreedor, constituyen preceptos novedosos. Su origen mediato se encuentra en el Código Alemán y en el Código Suizo; su inspiración inmediata en el Código Civil Italiano y en el Código Civil Portugués.

El artículo 1338 es similar a los artículos 293 y 296 del Código Alemán, 91 del Código Suizo, 1206 del Código Italiano y 813 del Código Portugués. El artículo 1338 califica los dos casos en que el acreedor incurre en mora: en primer término, cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida; luego, cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. Cabe observar que el artículo 297 del Código Civil Alemán prescribe que el acreedor no incurre en mora si el deudor no se encuentra en condiciones de efectuar la prestación al tiempo del ofrecimiento o al tiempo señalado para el acto del acreedor. Esta norma, a todas luces ologiable, está implícita en la institución de la mora del acreedor.

Los artículos 1339 y 1340, por su parte, establecen las consecuencias de la mora del acreedor.

El artículo 1339 es similar al artículo 304 del Código Alemán y contiene principios del artículo 958 del Código del Brasil y del artículo 1207 del Código Italiano. El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados del retraso.

Es importante señalar que el artículo 1339 citado, se refiere, genéricamente, a la indemnización a que daría origen, por concepto de daños y perjuicios, el retraso en el cumplimiento de las prestaciones a las que está obligado el acreedor -tal como ocurre, respecto al deudor, con lo previsto por el artículo 1336-, sin indicarse en forma específica en qué consisten esos daños y perjuicios, pues para ello habrá que acudir a las disposiciones generales sobre inexecución de las obligaciones.

El artículo 1340, por último, se refiere a un caso distinto al previsto por el artículo 1339, esto es, a la hipótesis de que la mora del acreedor determine la imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Este artículo establece que el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, a no ser que ella obedezca a dolo o a culpa inexcusable del deudor. Principios similares se encuentran contenidos en los artículos 300 del Código Alemán, 958 del Código del Brasil, 1207 del Código Italiano y 815 del Código Portugués. Aquí también, para determinar en ese evento la responsabilidad

del acreedor, será necesario apelar a las mismas reglas generales sobre inejecución de las obligaciones.

Como observación de carácter final a la mora del acreedor, se advierte que el Código no alude a la oferta ni a las normas acerca de su validez, tal como lo hacen los artículos 1208 y 1209 del Código Italiano, puesto que esta materia está tratada en el Libro VII relativo a las Fuentes de las Obligaciones.

Obligaciones con cláusula penal

El Libro VI concluye con las reglas sobre las obligaciones con cláusula penal.

La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento.

La cláusula penal puede operar en los casos de incumplimiento total o de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Como modalidades específicas del cumplimiento parcial o defectuoso, el Código consigna normas tanto sobre su estipulación en resguardo de un pacto determinado, como para el caso de mora.

Aunque no es necesaria la prueba del daño, la exigibilidad de la cláusula penal requiere que la inejecución total, parcial o irregular de la obligación, obedezca a causas imputables al deudor -sea por dolo o por culpa-, salvo pacto en contrario.

Al margen de los conceptos enunciados, el Código regula la oportunidad en que ella puede estipularse, su naturaleza jurídica, su monto, sus consecuencias cuando es indivisible o solidaria, y la situación de los codeudores no culpables ante la aplicación de la pena.

Pero el tema neurálgico de la institución está constituido por el de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal.

Siguiendo el orden propuesto, se analizan los artículos del Código sobre la materia.

"Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores".

El artículo 1341 consagra importantes principios. Se inspira en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Alemán y en la primera parte del artículo 1382 del Código Civil Italiano. A diferencia de otras legislaciones, entre ellas el artículo 655 del Código Argentino y el artículo 1840 del Código Mejicano, el Código permite pactar la indemnización del daño ulterior.

Del artículo 1341 se infiere, en primer término, que la cláusula penal puede estar constituida por cualquier obligación de dar, hacer o no hacer; sin exigirse que ella consista en la obligación de pagar una suma de dinero. El resarcimiento al acreedor, por otra parte, se integra tan sólo por la penalidad estipulada, salvo que se hubiera convenido la indemnización del daño ulterior. En estos casos, el deudor continuará obligado al pago del íntegro de la penalidad; pero ella se computará como parte de los daños y perjuicios, si la cuantía de éstos excede el valor de tal penalidad.

Tanto la existencia del daño ulterior, como su monto, deberán probarse. Si el valor de la pena es igual o inferior a los daños y perjuicios sufridos por el acreedor a causa del incumplimiento de la obligación, o si éste no ha sufrido daños y perjuicios por tal incumplimiento; entonces, se haya o no pactado la reparación del daño ulterior, el acreedor tendrá derecho a exigir el íntegro de la cláusula penal; pero tan sólo la cláusula penal, porque ésta, salvo las excepciones establecidas por otras normas del propio Código, siempre se debe íntegramente. Si, por el contrario, se ha estipulado la reparación del daño ulterior,

y se demuestra que éste supera el valor de la penalidad, el deudor estará obligado al pago del íntegro de la pena y, adicionalmente, al resarcimiento de la diferencia por daños y perjuicios.

El sistema está destinado a asegurar al acreedor, que ve incumplida la obligación por dolo o por culpa del deudor, la cobranza del íntegro de la penalidad, que constituye el resarcimiento fijado anteladamente; y a protegerlo, en caso que se hubiera previsto la indemnización por el daño ulterior, para exigirla, siempre y cuando demuestre los daños sufridos en exceso respecto al valor de la cláusula penal.

“Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.

El artículo 1342, que reproduce conceptualmente el artículo 341 del Código Civil Alemán, contiene idénticos principios que el artículo 1341. Se refiere a la estipulación de la cláusula penal para los casos de mora o en resguardo de un pacto determinado. En estas hipótesis, el acreedor tendrá el derecho de exigir, además de la obligación principal, el íntegro de la cláusula penal y el resarcimiento del daño ulterior, si así lo hubiera pactado y si tal daño ulterior existiera.

“Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

El artículo 1343 tiene dos partes. La primera se inspira en el artículo 656, primera parte, del Código Argentino, en la última parte del artículo 1382 del Código Italiano y en el artículo 1842 del Código Mejicano. Su texto, por lo demás, es similar al del artículo 1224 del Código Civil de 1936. La segunda parte se inspira en los artículos 665 del Código Argentino, 923 del Código Brasileño y 1847 del Código Mejicano.

El precepto señala dos características esenciales, ya enunciadas, de la cláusula penal: que para exigirla no es necesario probar la existencia del daño ni su cuantía; y que ella sólo puede demandarse cuando el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa del deudor, salvo pacto en contrario. La norma completa los conceptos parciales contenidos en el artículo 1224 del Código de 1936.

"Artículo 1344.- La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior".

El artículo 1344 es de texto idéntico al artículo 1223 del Código de 1936, que, a su vez, adoptó como modelo el artículo 916 del Código del Brasil. La cláusula penal puede estipularse simultáneamente con la obligación o por acto posterior, pero en ningún caso después de producido el incumplimiento. En esta oportunidad, respecto de la indemnización por daños y perjuicios, sólo cabría el pago, la transacción o cualquier otra forma de extinción de las obligaciones; pero no, la cláusula penal.

"Artículo 1345.- La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal".

El artículo 1345 también es de texto similar al artículo 1226 del Código de 1936 y se inspira en los artículos 1302 del Código Civil de 1852, 1564 del Proyecto de 1891, 1579 del Código Ecuatoriano, 1536 del Código Chileno, y 776 del Anteproyecto Ossorio. El precepto señala una característica esencial de la cláusula penal: que ella es accesoria a la obligación principal y, por consiguiente, que su nulidad no acarrea la de ésta. Por el contrario, la nulidad de la obligación principal origina la de su accesoria, esto es, la de la cláusula penal. Esta última norma fue acogida por los artículos 1227 del Código Francés, 1155 del Código Español, y 1593 del Código de Colombia; pero no ha sido adoptada por el nuevo Código Civil por considerársele innecesaria.

"Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".

El artículo 1346, intimamente vinculado a los artículos 1341 y 1342, es de gran trascendencia, y difiere parcialmente de la regla prevista por el artículo 1227 del Código de 1936.

Antes de analizarlo, conviene aclarar que el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil proponía una solución distinta. En efecto, se limitaba la cuantía de la cláusula penal, sin permitir, sin embargo, que ella fuese modificada (artículo 1364 del Proyecto).

El Proyecto se inclinaba por el sistema propuesto por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 -luego modificado por la Comisión Revisora- que, siguiendo la doctrina del artículo 920 del Código del Brasil, establecía que la cláusula penal no podía ser modificada por el juez, por considerarla excesiva o diminuta; pero que su valor no podía, en ningún caso, exceder al de la obligación principal. Es esta misma doctrina brasileña la acogida, entre otras legislaciones, por el Código Mejicano en su artículo 1843 y por el Código Colombiano en su artículo 1601.

El Proyecto se inclinó por una fórmula similar a la consignada en el Proyecto de Código Civil, que dio origen al Código de 1936, debido a que la inmutabilidad de la pena, limitada en su valor, concilia la autonomía de la voluntad con los principios de equidad y de justicia que deben presidir toda relación obligacional.

Esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior deberá, desde luego, ser probado.

Se reconocía que en esta materia resultaba difícil encontrar soluciones cabalmente idóneas. Por ello se pensó utilizar una fórmula intermedia, cuyo único fin era restringirse el principio absoluto de la autonomía de la voluntad. La limitación propuesta preservada la existencia de una institución destinada a

fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, y constituía, simultáneamente, un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

La Comisión Revisora adoptó una fórmula distinta, similar a la que propuso la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1936, que fue recogida en el artículo 1227 de este Código. Mediante ésta se faculta al juez a reducir equitativamente la pena cuando fuese manifiestamente excesiva. No obstante, se aceptó nuestra sugerencia en el sentido de que tal reducción sólo procediese a solicitud del deudor y no constituyera una obligación impuesta al juez.

Sin perjuicio de lo expuesto, no deja de ser cuestionable, al analizarse la finalidad de la cláusula penal, la solución de que el juez pueda reducirla "equitativamente" cuando fuese "manifiestamente excesiva". Para que los jueces estén en aptitud de acceder a la reducción de la pena "manifiestamente excesiva" tendrá necesariamente que ventilarse en juicio la eventual existencia y cuantía de los daños y perjuicios. Los jueces no pueden pronunciarse tan sólo con criterio de conciencia, puesto que las relaciones contractuales aseguradas por la cláusula penal son, generalmente, complejas. Si el juez utilizara únicamente su criterio de conciencia, se constituiría en un pretor y podría incurrir en arbitrariedad.

Si la cláusula penal tenía el propósito, justamente, de evitar la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, parece claro que el artículo 1346 desnaturaliza la institución. No evita, en modo alguno, el debate. Es más, induce necesariamente a él, porque ¿cómo podría un juez, sin la existencia de un litigio, decidir si la pena es "manifiestamente excesiva"? Todo ello conduce, en definitiva, a lo que se trató de evitar: la controversia sobre la existencia de los daños y su monto. Y, en este orden de ideas, no se libera al acreedor de las dificultades que puede presentar la prueba del perjuicio o el arbitrio judicial en su estimación, ni la institución alcanza a constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

Estas críticas son válidas para todas las legislaciones que han consignado preceptos similares a los del Código de 1936. Entre otras, el artículo 343 del Código Civil Alemán, el artículo 1384 del Código Italiano, el segundo párrafo del artículo 656 del Código Argentino, agregado por la ley N° 17711, el artículo 535 del Código Boliviano y el artículo 812 del Código Portugués.

Lo expuesto no quiere decir, sin embargo, que sea aconsejable adoptar el sistema del artículo 1152 del Código Francés, acogido por el Código Español, de la inmutabilidad de la cláusula penal, tal como está concebida por esas legislaciones. Estos Códigos no conceden a los jueces la facultad de modificar el monto de la pena estipulada, pero ésta, a su vez, tampoco está sujeta a limitación alguna. Cabe señalar que la doctrina francesa tuvo singular influencia durante el siglo pasado, en el cual la mayoría de las legislaciones optaron por la fórmula napoleónica. Lo propio ocurrió con el Código Civil Peruano de 1852, que adoptó tal solución en el artículo 1275.

La parte final del artículo 1346 se inspira también en el artículo 1227 del Código actual. Esta solución, por lo demás, es similar a la del nuevo texto del artículo 1231 del Código Francés, promulgado por ley del 9 de julio de 1975, y al artículo 1154 del Código Español. Nadie discute, en efecto, que en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor, el juez pueda reducir la pena a solicitud del deudor. En cada caso deberá evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento y, sobre esa base, determinarse la reducción de la penalidad.

"Artículo 1347.- Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible".

"Artículo 1348.- Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena".

"Artículo 1349.- Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia".

Los artículos 1347, 1348 y 1349 constituyen la simple aplicación de los principios de la divisibilidad e indivisibilidad y de la mancomunidad y solidaridad, a la cláusula penal. Estos preceptos consignan igual doctrina que la acogida por los artículos 1228 y 1229 del Código de 1936.

El artículo 1347 establece que cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, sólo estará obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte; siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal. Esto con prescindencia de que la obligación principal sea divisible o indivisible. Quiere ello decir que, para estos casos, el principio de la divisibilidad o indivisibilidad entre los codeudores, o entre los herederos del deudor, se determina por la naturaleza jurídica de la obligación accesoria, vale decir, de la cláusula penal.

El artículo 1348, en otra aplicación del principio de las obligaciones indivisibles, prescribe que si ésta es la naturaleza de la cláusula penal, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena. Se adopta aquí la doctrina de la indivisibilidad de las obligaciones, trasladada a la cláusula penal.

El artículo 1349 contiene un principio ya estudiado al legislar la solidaridad. Si la obligación de la cláusula penal es solidaria, aun cuando fuera divisible, cada uno de los codeudores queda obligado a satisfacer el íntegro de la pena. En caso de fallecimiento de un codeudor, la pena se dividiría entre sus herederos, en proporción a sus respectivas cuotas en la herencia.

"Artículo 1350.- Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dió lugar a la aplicación de la pena".

El artículo 1350, por último, transcribe el artículo 1230 del Código Civil de 1936, recogiendo un principio que es fundamental en materia de responsabilidad: los codeudores no culpables que, no obstante, tienen que pagar total o parcialmente la pena, pueden exigir la restitución de aquél que dio lugar a que se aplicara.

Lima, setiembre de 1984.

LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

Planteamiento del problema

El artículo 1316 del Código civil de 1984 establece que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

No se trata del caso en que la prestación es imposible antes de la celebración del contrato (imposibilidad originaria o inicial), pues en tal caso el contrato sería nulo (inciso 3º del artículo 219 del mismo Código), sino cuando la prestación, que era posible al momento de la celebración del contrato, se convierte en imposible en el lapso comprendido entre la celebración del contrato y la total ejecución de la prestación (imposibilidad subsiguiente o sobrevenida).

La aplicación del artículo 1316 no ofrece dificultad alguna en el caso de un contrato con prestación unilateral (equivalente al contrato tradicionalmente llamado unilateral), en el cual sólo existe prestación a cargo de una de las partes. Si esta prestación deviene en imposible de ejecutar por razón no imputable al deudor, la obligación del deudor se extingue, o sea que el acreedor pierde el derecho a la prestación que le era debida. Podemos decir, pues, que el riesgo, esto es el perjuicio

cio, del contrato por la imposibilidad de la prestación lo sufre el acreedor.

Tampoco se presenta dificultad en el caso de un contrato con prestaciones autónomas, en el que no existe reciprocidad entre las prestaciones a cargo de las dos partes. La imposibilidad de una de las prestaciones por razón no imputable a su deudor (el contratante que ha asumido la obligación autónoma cuya prestación se ha convertido en imposible), dará lugar a que dicho contratante quede desobligado, no obstante lo cual el otro contratante (el deudor de la otra prestación que aún sigue siendo posible) continúa obligado a cumplir su prestación. En este caso, también, el riesgo, o sea el perjuicio, del contrato lo sufre el acreedor de la prestación que se ha convertido en imposible, pues no va a recibir esta prestación no obstante lo cual permanecerá obligado a cumplir la prestación a su cargo.

El problema se plantea cuando se trata de un contrato con prestaciones recíprocas (equivalente al contrato tradicionalmente llamado bilateral), en el cual existen prestaciones a cargo de ambos contratantes que son recíprocas entre sí. Se cuestiona la doctrina, con indudable pertinencia, quien debe sufrir el riesgo, o sea el perjuicio, del contrato cuando una de las dos prestaciones recíprocas se convierte en imposible, dando lugar a que se extinga la respectiva obligación (para mayor claridad voy a llamar "deudor" al contratante inicialmente obligado a cumplir la prestación devenida posteriormente en imposible, que, por ello, ha dejado de estar obligado, y "acreedor" al obligado a cumplir la contraprestación recíproca que aún continúa posible). ¿Debe sufrir el riesgo el acreedor, continuando obligado a cumplir la contraprestación a su cargo no obstante no recibir la prestación a cargo del deudor; o debe sufrirlo el deudor, perdiendo el derecho a la contraprestación, de cuyo cumplimiento sería liberado el acreedor?

Shoschana ZUSMAN (*) sostiene, con razón, que cualquiera que sea la solución que se dé al problema, esto es tanto

(*) "La transferencia de la propiedad mueble y la teoría del riesgo en el Código civil peruano", Lima, 1975, Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 211.

en el caso que se establezca que el riesgo lo debe asumir el acreedor como en el caso que lo asuma el deudor, la situación es injusta. Mariano ALONSO PEREZ (*), por su parte, afirma que ambos sistemas son inicuos.

En efecto, si el acreedor continúa obligado a cumplir la contraprestación a su cargo no obstante no recibir la prestación a cargo del deudor, se le estaría imponiendo el cumplimiento de una prestación a cambio de recibir nada. Por el contrario, si se exonera al acreedor de su obligación, se haría recaer en el deudor todo el perjuicio del contrato pues no obstante que la imposibilidad de la prestación se produce por causa no imputable a él, pierde el derecho a la contraprestación.

Algunos sostienen que, como solución equitativa, se reparta el riesgo del contrato entre el deudor y el acreedor, asumiendo cada uno de ellos una parte del riesgo.

El presente trabajo busca encontrar una solución adecuada al problema planteado.

Breve reseña histórica

Para comprender el problema en su verdadera dimensión, resulta aconsejable conocer cuál es el tratamiento jurídico que recibió en el devenir de la historia.

En la Roma clásica el contrato de compraventa era de obligaciones autónomas, en el sentido que la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa era independiente de la obligación del comprador de pagar el precio en dinero. Consecuentemente, si antes de la entrega de la cosa (*merx*) al comprador la prestación a cargo del vendedor se convertía en imposible por causa no imputable a éste, dando lugar a que no pudiera cumplir su obligación, el comprador continuaba obligado a pagar el precio.

Surgió así el principio *periculum est emptoris* (el riesgo es del comprador) desde que el comprador sufría todo el per-

(*) "El riesgo en el contrato de compra-venta", Madrid, 1972, pág. 378.

juicio del contrato por tener que pagar el precio a cambio de nada.

En el Derecho francés la compraventa es translativa del dominio, en el sentido que la sola celebración del contrato hace al comprador propietario de la cosa, sea ésta mueble o inmueble. Ello determinó que cuando la cosa materia del contrato de compraventa se perdía por causa no imputable al vendedor, el riesgo del contrato debía sufrirlo el comprador, no porque fuera acreedor de la prestación sino porque era propietario de la cosa.

Se plasma de esta manera el principio *res perit domino* (la cosa se pierde para su dueño). Ocurrió, pues, que lo que empezó siendo causa en el Derecho romano, o sea que el comprador asumía el riesgo del contrato por continuar obligado a pagar el precio, se convirtió en Derecho francés en el efecto, esto es que el comprador continuaba obligado a pagar el precio porque la cosa cuya propiedad había adquirido se perdía para él.

El Derecho alemán siguió un derrotero distinto, pues si bien la compraventa germánica, al igual que la romana, sólo produce efectos obligacionales, se trata en cambio de un contrato bilateral en el cual la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa es recíproca de la obligación del comprador de pagar el precio. En este contexto, y con la finalidad de corregir la inelegancia jurídica del principio *periculum est emptoris*, el sistema alemán consagró el principio *periculum est venditoris*, según el cual el riesgo del contrato por razón de la imposibilidad de entregar la cosa al comprador recae en el vendedor, por perder el derecho a que el comprador le pague el precio.

Diversos conceptos de riesgo

Aún cuando la finalidad de este trabajo es establecer a quien corresponde asumir el riesgo en el contrato de prestaciones recíprocas regulado por los artículos 1426 a 1434 del Código civil peruano de 1984, para iluminar el camino, oscurecido por la aplicación desordenada del principio *res perit domino* en el contrato de compraventa, es conveniente principiar por el estudio

del problema del riesgo en los contratos que se refieren a la obligación de transferir la propiedad de una cosa cierta.

En estos contratos es necesario distinguir tres clases de riesgos: el "riesgo de la cosa", el "riesgo de la prestación" y el "riesgo de la contraprestación".

El "riesgo de la cosa" es un concepto vinculado exclusivamente al campo de los derechos reales, pues se refiere a la relación existente entre el propietario y la cosa. Supone, únicamente, que el propietario de una cosa quedá disminuido en su patrimonio por la pérdida de la cosa (*).

Si la cosa se pierde por cualquier causa, será necesario aplicar el principio *res perit domino*, según el cual la cosa se pierde para su dueño. En efecto, la consecuencia jurídica de la pérdida de una cosa que tiene dueño es simplemente que éste deja de ser propietario de algo que antes le pertenecía, por lo cual el perjuicio de la pérdida lo sufre el dueño.

El "riesgo de la prestación" se refiere a determinar que es lo que ocurre cuando una prestación se convierte en imposible por causa no imputable al deudor. Como se ha visto, el Código civil peruano de 1984 resuelve este problema estableciendo que, en tal caso, se extingue la obligación del deudor. Esto es así tanto en las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral como en las provenientes de contratos.

El concepto que realmente interesa para los efectos de la teoría del riesgo es el del "riesgo de la contraprestación", que consiste en establecer si el deudor pierde o no el derecho a la contraprestación cuando la prestación a su cargo se convierte en imposible. Este es el tema que se va a desarrollar en el presente trabajo.

El riesgo en el contrato de prestaciones recíprocas

Conviene precisar muy brevemente la naturaleza jurídica de este contrato.

(*) Mariano ALONSO PEREZ, op. cit., pág. 392.

A diferencia del contrato bilateral clásico, contemplado en el Código Civil de 1936, que se caracteriza por una interdependencia entre las obligaciones creadas por el contrato, el contrato con prestaciones recíprocas, regulado legislativamente por primera vez en el Código civil italiano de 1942, contempla una reciprocidad entre las prestaciones a cargo de ambas partes contractuales.

Sabido es que la obligación es el vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, en virtud del cual una o varias de ellas -el deudor o deudores- quedan sujetas al deber de entregar a la otra u otras -el acreedor o los acreedores- una prestación. La prestación, por su parte, es el comportamiento o conducta que, en interés del acreedor, debe observar el deudor, que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer.

Pues bien, en el contrato bilateral las obligaciones a cargo de cada una de las partes se vinculan entre sí al momento de celebrarse el contrato, por lo cual se dice que existe un "sinalagma genético", mientras que en el contrato de prestaciones recíprocas la prestación a cargo de una de las partes es recíproca de la contraprestación a cargo de la otra y esta reciprocidad se aprecia en el momento de la ejecución del contrato, lo que da lugar a la existencia de un "sinalagma funcional".

En estas condiciones, no interesa para los efectos del contrato de prestaciones recíprocas a quien corresponde el "riesgo de la cosa", desde que, como se ha visto, este concepto juega su rol exclusivamente en el campo de los derechos reales. Consecuentemente, el principio *res perit domino*, que no debe entenderse en otro sentido que en el de establecer que el riesgo de la cosa lo asume el dueño de ella, es inaplicable en el campo de los contratos con prestaciones recíprocas, donde lo que está en juego es establecer quien -el deudor o el acreedor- asume el riesgo del contrato.

Es preciso distinguir entre el *periculum rei*, que es el perjuicio que se sufre por la pérdida de la cosa, y el *periculum obligationis*, que es el perjuicio resultante de la imposibilidad de cumplir una prestación obligacional.

El principio *res perit domino* juega su rol exclusivamente en el ámbito del *periculum rei* y está orientado a establecer que la cosa se pierde para su dueño. No se puede otorgar al principio *res perit domino* alcances distintos y pretenderse que sea aplicable para determinar el *periculum obligationis*, en el sentido que el riesgo del contrato lo sufre el dueño de la cosa, pues el *periculum obligationis* se da necesariamente en una relación entre deudor y acreedor, que son respectivamente el obligado y el beneficiario de la prestación que se ha convertido en imposible, y no en una relación entre dueño y cosa.

En el campo del contrato de prestaciones recíprocas, donde rige el *periculum obligationis* por tratarse de relaciones recíprocas entre el deudor y el acreedor de la prestación imposible, los únicos principios aplicables son el *periculum est debitoris* (el riesgo es del deudor) y el *periculum est creditoris* (el riesgo es del acreedor). Según el primero, cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, pierde el derecho a la contraprestación. De acuerdo con el segundo, la imposibilidad de la prestación del deudor no libera al acreedor de cumplir la contraprestación a su cargo.

Aún cuando es posible optar entre el principio *periculum est debitoris* y el principio *periculum est creditoris*, tan es así que el Derecho alemán acoge el primero y el Derecho español favorece el segundo, es preciso determinar cuál de los dos está más de acuerdo con la naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas.

La nota característica del contrato con prestaciones recíprocas es, como su nombre lo indica, la reciprocidad entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor (revisense los conceptos de "deudor" y "acreedor" anteriormente definidos), a diferencia del contrato con prestaciones autónomas, donde no obstante haber prestación y contraprestación tal reciprocidad no existe, y del contrato con prestación unilateral, en el cual sólo hay la prestación a cargo del deudor.

En estas condiciones, como la imposibilidad de la prestación determina que ésta no pueda cumplirse, la única manera

racional de respetar la naturaleza del contrato de prestaciones recíprocas es que la contraprestación tampoco se cumpla, con lo cual la liberación del deudor está recíprocamente acompañada por la liberación del acreedor. Es injusto, como dice JOSSE-RAND (*), que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no.

Si entre los cuatro efectos del contrato de prestaciones recíprocas (la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de término, la resolución por incumplimiento y la teoría del riesgo) se da en los tres primeros que el incumplimiento (o el peligro del incumplimiento) de la prestación a cargo del deudor libera al acreedor (temporalmente en el caso de la excepción de incumplimiento y en el de la excepción de caducidad de término, y definitivamente en el caso de la resolución por incumplimiento) del cumplimiento de la contraprestación a su cargo, no se percibe la razón por la cual igual consecuencia no se produzca en el cuarto efecto (la teoría del riesgo), donde la liberación del deudor debe acarrear también la recíproca liberación del acreedor.

Por otro lado, si se acepta, como lo hace la doctrina más moderna, que el fundamento del contrato de prestaciones recíprocas descansa en la existencia de un paralelismo o armonía entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor, es lógico que el justificado incumplimiento de la prestación a cargo del deudor, debido a la imposibilidad ocurrida, que daría lugar al rompimiento del paralelismo, determine un también justificado incumplimiento de la contraprestación a cargo del acreedor, para conservar así tal paralelismo entre prestación y contraprestación. De no ocurrir así, se estaría transformando el contrato de prestaciones recíprocas, sin justificación alguna, en un contrato con prestación unilateral, donde sólo existiría la contraprestación a cargo del acreedor.

En virtud de estas razones, resulta justificado opinar en el sentido que el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recípro-

(*) Louis JOSSE-RAND, "Derecho civil", Buenos Aires, 1951, Tomo II, Vol. I, pág. 23.

cas es el *periculum est debitoris*, según el cual cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, con la consiguiente extinción de la obligación del deudor, el acreedor queda recíprocamente liberado de la contraprestación a su cargo. Sólo así se respeta el equilibrio entre prestación y contraprestación, que caracteriza al contrato de prestaciones recíprocas.

Existe una posición doctrinaria muy moderna que, invocando la equidad, favorece la solución de repartir el riesgo entre el deudor y el acreedor, de tal manera que ocurrida la imposibilidad de la prestación, la contraprestación no sería eliminada sino únicamente reducida en forma tal que el sacrificio del acreedor fuera semejante al sacrificio del deudor. Si bien, como dice ALONSO (*), esta solución es más acorde con las exigencias de la justicia material, no ha sido acogida por el Derecho positivo.

El riesgo en el Código civil de 1984

A diferencia del Código civil de 1936, que no se ocupaba de la teoría del riesgo, el Código civil de 1984 lo hace en dos lugares. En primer lugar, en el Título I de la Sección Primera del Libro VI, al tratar sobre las obligaciones de dar bienes ciertos; después, en el Título VI de la Sección Primera del Libro VII, al ocuparse del contrato con prestaciones recíprocas.

Inicialmente no hubo coincidencia en el tratamiento del tema en los dos lugares.

En el primer Anteproyecto del Derecho de Obligaciones elaborado por el doctor Felipe OSTERLING PARODI en el año 1977, el inciso 5) del artículo 9 establecía lo siguiente:

"Artículo 9.- En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes:

.....

(*) Mariano ALONSO PEREZ, op. cit., pág. 99.

"5).- Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto y el propietario sufrirá la pérdida, salvo pacto en contrario. En este caso corresponderán al propietario, los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la cosa" (subrayado agregado).

Se consagraba así el principio *res perita domino*.

A su vez en el primer Anteproyecto sobre el Derecho de Contratos (Parte General) del doctor Max ARIAS SCHREIBER PEZET, también elaborado en el año 1977, el artículo 46 disponía lo siguiente:

"Artículo 46.- En los contratos con prestaciones recíprocas la parte liberada de su prestación por la imposibilidad sobreviniente no puede exigir la contraprestación y deberá restituir lo que hubiera recibido. Las partes pueden empero convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor".

Se acoge de esta manera el principio *periculum est debitoris*.

Al efectuarse la primera coordinación de los diferentes Anteproyectos se advirtió la diferencia de tratamiento dado a la teoría del riesgo y se intentó una primera aproximación.

El doctor OSTERLING reconoció entonces que la regla *res perit domino* tiene más propiedad en el ámbito de los Derechos Reales que en la esfera del Derecho de Obligaciones, en que las expresiones adecuadas son *res perit debitoris* y *res perit creditoris*, pero destacó la íntima vinculación que existe entre la primera regla y las otras dos, por lo cual en su segundo Anteproyecto del Derecho de Obligaciones, elaborado en el año 1979, modificó la redacción del inciso 5) del artículo 9, que quedó con el siguiente texto:

"Artículo 9.- En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes:

.....

"5).- Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el acreedor, tratándose de

"inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán la pérdida de la cosa.

"En las hipótesis previstas en el párrafo anterior, co-responderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a "la cosa" (subrayado agregado).

Tomando en consideración que en el Libro de los Derechos Reales se consagraba la transferencia de la propiedad de los inmuebles por el sólo consenso, mientras que para la transferencia de la propiedad de los muebles se requería la tradición, puede observarse que en el nuevo texto, si bien se utilizaban los conceptos de *res perit creditoris* (la cosa se pierde para el acreedor), tratándose de inmuebles y de *res perit debitoris* (la cosa se pierde para el deudor), en el caso de los muebles, se continuaba aplicando la regla *res perit domino*, ya que en las dos hipótesis la cosa se perdía para su dueño.

En la exposición de Motivos de este Anteproyecto, el doctor OSTERLING dejó constancia de que en esta materia no existía coincidencia con el Anteproyecto de Contratos (Parte General) y que, al redactarse el Proyecto de Código civil, deberá encontrarse una solución que unifique criterios.

Por su parte, el doctor Max ARIAS SCHREIBER redactó en 1978 un nuevo Anteproyecto sobre Disposiciones Generales de los Contratos, cuyo artículo 78 establecía lo siguiente:

"Artículo 78.- En los contratos de prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviniera imposible sin culpa de los contratantes, el contrato quedará resuelto de pleno derecho. En esta hipótesis el deudor librado perderá el derecho a lo contraprestación y deberá restituir lo que hubiere recibido.

"Las partes pueden empero convenir en que el riesgo "está a cargo del acreedor" (subrayado agregado).

Se reitera, pues, la posición adoptada en el primer Anteproyecto del doctor ARIAS SCHREIBER en el sentido de acoger el principio *periculum est debitoris*.

Llegado el momento de redactarse el Proyecto de Código civil fue necesario encontrar la solución unificadora de criterios que había advertido el doctor OSTERLING en su Exposición de Motivos. Después de un interesantísimo intercambio de opiniones, el doctor OSTERLING, demostrando una vez más su gran sensibilidad jurídica, que lo coloca holgadamente entre nuestros mejores juristas, facilitó la uniformidad del tratamiento de la teoría del riesgo planteando la fórmula contenida en lo que después fue el inciso 5) del artículo 1151 del Proyecto de Código civil formulado por la Comisión Reformadora del Código civil de 1936, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 1151.- En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes:

".....

"5).- Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el deudor pierde el derecho a la contraprestación.

"En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa" (subrayado agregado).

Se da así plena acogida al principio *periculum est debitoris*, con lo cual se alcanzó una perfecta concordancia con lo preceptuado en el artículo 1454 del mismo Proyecto de Código civil, cuya redacción es igual a la del artículo 78 del segundo Anteproyecto sobre Disposiciones Generales de los Contratos elaborado por el doctor ARIAS SCHREIBER, anteriormente transcrito.

La Comisión Revisora del Código civil creada por la ley Nº 23043 introdujo ligeras modificaciones en los artículos 1151 y 1454 del Proyecto de Código civil, dando lugar a los artículos 1138 y 1431 del Código civil de 1984, cuyos respectivos textos son los siguientes:

"Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

".....

"5).- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la "obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien " (subrayado agregado).

"Artículo 1431.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

"Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor" (subrayado agregado).

Cabe concluir, pues, que el Código civil de 1984 adopta como solución para los efectos de la teoría del riesgo el principio *periculum est debitoris*, siguiendo así el derrotero trazado por el Derecho germánico, que ha inspirado las soluciones legislativas contenidas en los Códigos civiles de Egipto, Líbano, Grecia, Etiopía, Corea, Suiza, Italia y Bolivia.

Debe destacarse que por razón de la imposibilidad sobreviniente de la prestación, el contrato queda resuelto de pleno derecho, esto es sin necesidad de declaración judicial, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la resolución por incumplimiento doloso o culposo de la prestación, donde tal declaración sí es requerida.

El riesgo en la compraventa

Al ocuparse del contrato de compraventa, el Código civil de 1984 dedica el Capítulo Sexto del respectivo Título al tema de la Transferencia del riesgo.

Figura allí en primer lugar el artículo 1567, que a la letra dice:

"Artículo 1567.- El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega".

Este artículo se justifica precisamente por haberse adoptado el principio *periculum est debitoris* tanto respecto a las obligaciones de dar bienes ciertos como a los contratos de prestaciones recíprocas, de los cuales el contrato de compraventa es una variedad.

Aplicando este principio a la compraventa de bienes ciertos, sean muebles o inmuebles, el riesgo del contrato por pérdida del bien pasa del vendedor al comprador en el momento de la entrega del bien, pues sólo en ese momento el vendedor deja de ser deudor por haber cumplido totalmente su obligación de transferir la propiedad del bien. No debe olvidarse que la obligación de transferir la propiedad de un bien es siempre una obligación de dar, por lo cual la prestación en que la obligación consiste no se reduce a transferir la propiedad sino que, aun tratándose de bienes inmuebles cuya propiedad se transfiere con la sola obligación de enajenarlos, la prestación sólo queda plenamente cumplida y el vendedor deja de ser deudor cuando se entrega al comprador el bien (que ya era suyo), por cuanto la obligación de dar contiene la de entregar.

Por ello, el riesgo que surge por la pérdida de bienes ciertos sólo pasa al comprador (acreedor de la prestación) en el momento de su entrega.

Quizá habría sido conveniente precisar en el texto del artículo 1567, y la culpa de no haberse hecho me corresponde en gran parte, que lo que está en juego es el riesgo del contrato por la pérdida de bienes ciertos y no el riesgo de pérdida de estos bienes, ya que el principio que en puridad de verdad debe aplicarse es el *periculum est debitoris* y no el *res perit debitoris*.

A continuación el artículo 1568 establece lo siguiente:

"Artículo 1568.- En el caso del artículo 1567 el riesgo de pérdida pasa al comprador antes de la entrega de los bienes si, encontrándose a su disposición, no los recibe en el momento señalado en el contrato para la entrega".

Si se aplicara estrictamente la regla del artículo 1567 al caso de la venta de bienes que no han sido entregados al com-

prador por culpa de éste, se tendría que el riesgo del contrato lo sufriría el vendedor en tanto no cumpla con entregar al comprador los bienes materia de la venta, pues continuaría siendo deudor de la prestación de entrega de los bienes.

Para evitar este peligro, el artículo 1568 dispone que el riesgo de la pérdida de bienes ciertos es para el comprador, o sea que recae sobre él el perjuicio de no verse liberado de pagar el precio si ocurre la pérdida de los bienes, cuando no concurre a recibir los bienes el día señalado en el contrato, encontrándose a su disposición. El vendedor, por consiguiente, quedará no sólo liberado de entregar los bienes que se hayan perdido sino que, además, tendrá el derecho de recibir íntegramente el precio. Por lo demás, esta disposición guarda armonía con la contenida en el artículo 1565, según el cual el comprador está obligado a recibir el bien en el plazo estipulado.

Existe una discrepancia doctrinaria respecto al significado jurídico de la puesta del bien a disposición del comprador. Unos, entre los que sobresale GARRIGUES (*), sostienen que desde el punto de vista de la obligación del vendedor existe equivalencia entre entrega (artículo 1567 del Código civil peruano de 1984) y puesta a disposición (artículo 1568 del mismo Código). Otros, a cuya cabeza se encuentra ALONSO (**), piensan que tal equivalencia no debe existir pues con ello se estaría dejando de proteger los intereses del comprador, anticipando el riesgo a su cargo.

El artículo 1568 del Código Civil de 1984 se inclina por la posición de GARRIGUES.

Sigue este Código con el tratamiento del riesgo de la compraventa en el artículo 1569, que dice así:

“Artículo 1569.- En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, se aplicará el artículo 1568 si,

(*) Joaquín GARRIGUES, "Tratado del Derecho Mercantil", Madrid, 1963, Tomo III, Vol. I, pág. 301.

(**) Mariano ALONSO PEREZ, op. cit., pág. 435.

su disposición, el comprador no señalado en el contrato o determinarlos, contarlos o medirlos, a su disposición".

consecuencia del artículo anterior se venden por peso, número o cuando los bienes no hayan sido medidos, el riesgo pasa al comprador en el contrato para realidades desde luego, que los bienes se o hubiera señalado el día en el que señale el vendedor.

del Código civil de 1984 se artículo 1385 del Código civil de reglas similares a los dos primeros. La razón es que el primer párrafo es obvio que la venta de cosas perfecta desde las partes o, como ocurre en todo contrato porque la regla contenida en el de 1984 hace innecesaria la disposición del riesgo al comprador.

ga se posterga por razón de un el bien sea expedido a un lugar entrega, resulta justo que el vendedor en el momento en que debió haber mediado el pedido del comprador el riesgo pasa a éste en el momento de la entrega del bien, o sea la entrega al portador por el comprador, salvo, desde

ga se posterga por razón de un pedido del comprador para que el bien sea expedido a un lugar distinto del pactado para la entrega, resulta justo que el vendedor quede liberado del riesgo en el momento en que debió efectuarse la entrega de no haber mediado el pedido del comprador, por lo cual se establece que el riesgo pasa a éste en el momento en que el vendedor expida el bien, o sea la entrega al portador autorizado para su recepción por el comprador, salvo, desde luego; pacto distinto.

JACK BIGIO CHREM

LA COMPRA VENTA Y LA TRASMISION
DE PROPIEDAD*

Sumario: Definición de la compra-venta.- Su carácter consensual.- Título y modo: (a) En el Código Civil peruano de 1936. (b) En el Código Civil argentino. c) En el Código Civil francés.- (d) En el Código Civil peruano de 1852. (e) En el Código Civil peruano de 1984.- Concepto de bien.- I.- Trasmisión de la propiedad inmueble por compra-venta.- Antecedentes.- Breve examen del artículo 949 del Código Civil de 1984.- La obligación de dar y la obligación de enajenar.- II.- Trasmisión de la propiedad de cosas muebles por compra venta. La tradición como modo de adquirir la propiedad de cosas muebles. (a) Situación de la venta de cosas muebles con reserva de propiedad.- El adquirente de buena fe de cosas muebles.- El comprador que procede de mala fe. (b) Situación de la venta de cosas muebles efectuadas por el no propietario, que conduce un establecimiento abierto al público.- Breve examen del artículo 1542 del Código Civil de 1984. (c) Situación de las cosas muebles robadas o perdidas que se venden en un establecimiento abierto al público.

El ponente de este contrato es el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, quien fuera miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil

Uno de los aspectos principales que regula el nuevo Código Civil es el relativo a la compra-venta y la transmisión de propiedad de bienes.

Dicho tema cobra especial importancia en razón de los cambios introducidos por el Código Civil al Proyecto de 1981 (1) y al Código Civil recientemente derogado.

DEFINICION

El artículo 1529 define el contrato de compra-venta de la siguiente manera (2):

Artículo 1529.-

"Por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero".

Este artículo conserva el carácter consensual de la compra-venta en tanto que como contrato queda perfeccionado con el consentimiento sobre el bien vendido y el precio.

de 1936, autora del Proyecto de Código Civil de 1981, que presidiera el Dr. Felipe Osterling Parodi. Conviene recordar que la Comisión Revisora del Código Civil no efectuó mayores cambios en este contrato. Consecuentemente, resulta útil la lectura de la Exposición de Motivos que sobre el tema publicara la Revista *Derecho del Programa Académico de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 36, 1982.

- (1) Debe recordarse que el Proyecto de Código Civil de 1981, cuya ponencia relativa al libro de los Derechos Reales estuvo a cargo del Dr. Jorge Avendaño Valdez, expresaba que los bienes registrados se transferían mediante su inscripción en el Registro y los no registrados por la tradición que se hiciera de ellos al adquirente. Dicha propuesta no fue acogida por unanimidad por los miembros de la Comisión Revisora. Esta fue partidaria del retorno a la clasificación de bienes muebles e inmuebles. Así aparece en los textos que resultaron de sus 7 revisiones integrales al Proyecto de Código Civil de 1981.
- (2) El Código Civil de 1984 define los 17 contratos nominados regulados en su libro VII. Debe reconocerse que el temperamento de definir los contratos fue de la Comisión autora del Proyecto de Código Civil de 1981. Es oportuno ahora recordar la frase del Dr. Luis Echeopar García, quien expresaba que "es preferible definir con limitadas imperfecciones que no definir dejando todo a la duda o al capricho". (*Derecho de Sucesiones*, 1950, Página 324).

Además, se desprende de su texto, que la compra-venta no es por sí misma un contrato traslativo, ya que por la compra-venta el vendedor no transfiere el bien sino solo se obliga a transmitirlo al comprador.

Asimismo, se colige de él, que por la compra-venta se crean obligaciones de dar (la propiedad del bien a cargo del vendedor y una suma de dinero por parte del comprador). Pero no surge necesariamente un derecho real en favor del comprador.

En este sentido se mantiene el régimen del Código Civil derogado en cuyo artículo 1383 se preceptuaba que por la compra-venta se crean obligaciones de dar a cargo de las partes. Ese mismo criterio siguió el artículo 1556 del Proyecto de 1981 (3).

Por lo tanto, para el nuevo régimen civil debe continuar distinguiéndose entre el título de adquisición y el modo de adquirir.

TITULO Y MODO

Raymundo M. Salvat, ilustre jurista argentino (4), sostiene que el título es el acto jurídico que algunas veces se encuentra como antecedente del hecho o acto de adquisición y el modo es el hecho o acto que da nacimiento a la adquisición. Sostiene que la tradición o la inscripción en el registro de la propiedad constituyen los modos de adquisición en tanto que la venta, la donación y la permuta que les sirven de antecedente constituyen el título.

Afirma, "que el título confiere un derecho a la cosa, pero la propiedad sólo se trasmite cuando el modo ha sido cumplido".

(3) El artículo 1556 del Proyecto de Código Civil de 1981 definía la compra-venta así:

"Por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho, y el comprador se obliga a pagarle un precio cierto en dinero".

(4) Salvat, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino", *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927, página 591.

En la legislación francesa, que acepta la transmisión de la propiedad por la sola fuerza de las convenciones, esta distinción, al menos en las relaciones entre las partes contratantes, carece de interés y aplicación práctica: el modo y el título se confunden; la venta, la donación y la permuta, son a la vez el uno y el otro".

Los Mazeaud, comentaristas eminentes del Código Civil francés, expresan que "la voluntad todopoderosa para crear obligaciones, es todopoderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición la transmisión de derechos reales: el contrato, la compra venta, por ejemplo, no sólo crea obligaciones entre las partes, sino que transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida" (5).

Es preciso recordar que el Código Napoleónico es eminentemente espiritualista, al igual que nuestro Código Civil de 1852, inspirado en el sistema francés (6). Para estos cuerpos legales, la compra-venta por si sola transmite la propiedad del bien al comprador.

El nuevo Código Civil conserva, pues, la teoría del título y el modo del Código Civil de 1936 y en consecuencia es preciso distinguir ante un mismo título de adquisición -constituido por el contrato de compra-venta- cuáles son los modos de adquirir en el nuevo cuerpo civil.

Previamente, debe determinarse qué bienes pueden ser objeto de la compra-venta.

Con arreglo al artículo 1529 del Código Civil de 1984 pueden venderse no sólo las cosas materiales, sino también, los

(5) Mazeaud, Henry, León y Jean ... "Lecciones de Derecho Civil, Segunda parte, volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, páginas 323 y 324.

(6) El artículo 1308 del Código Civil de 1852 establecía que "en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aún antes de su entrega y pago del precio".

El artículo 571 del mismo Código disponía que "por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa o a título gratuito o a título oneroso, como en la venta y en la permuta".

derechos incorporales. Ello se desprende de la sustitución del vocablo "cosa" empleado en el artículo 1383 del Código Civil derogado, por el término "bien", que tiene mayor alcance, y que es utilizado en el artículo 1529 del nuevo texto civil.

Hecha esta precisión pasaré a analizar los distintos modos de adquirir bienes, según se trate de:

- (1) inmuebles.
- (2) cosas muebles.

No será materia de este trabajo el tema relativo a la transmisión por compra-venta de derechos incorporales mobiliarios que será objeto de una próxima colaboración.

1.- TRASMISION DE LA PROPIEDAD INMUEBLE POR COMPRA VENTA

Se ha expresado anteriormente que por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador.

Ahora resulta pertinente preguntarnos ¿cuándo se produce la transferencia de propiedad de un inmueble al comprador?

El artículo 949 del Código Civil de 1984 establece:

Artículo 949.

"La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

Con arreglo al artículo 949 el sólo intercambio de voluntades, o "solus consensus", perfecciona la transferencia de propiedad inmobiliaria.

De tal manera, que para el nuevo régimen civil, -entre las partes-, el contrato de compra-venta de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea las obligaciones de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del

comprador). Título y modo coinciden, pues, en términos generales.

Es importante recordar que el numeral 949 se inspira en el artículo 1172 del Código Civil de 1936. No tiene antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1981.

La Comisión Revisora del Código Civil, además de consignarla en el libro de los derechos reales, efectuó 2 cambios importantes a su texto, que me permitiré analizar brevemente.

(a) *"La sola obligación de enajenar"*.

Esta frase sustituye la que expresaba el artículo 1172 del Código Civil derogado, que genéricamente hacía referencia "a la sola obligación de dar".

Como se recuerda, la obligación de dar puede consistir no solo en la obligación de transferir la propiedad, sino también el uso, la posesión o la restitución de bien ajeno.

La frase "obligación de dar", es muy amplia, pues contraen obligaciones de dar, entre otros, los siguientes deudores (7):

- (a) El vendedor, de transferir al comprador la propiedad de un inmueble (artículo 1529).
- (b) El arrendador, de transferir el uso de un bien al arrendatario. (artículo 1666).
- (c) El comodatario, de devolver al comodante el bien que éste le dió en comodato. (artículo 1738).
- (d) El vendedor de un inmueble ajeno, de transmitirle la propiedad de él al comprador.

(7) Es de notar que para nuestro mayor jurista, don José León Barandiarán, (Comentarios al Código Civil Peruano, Derecho de Obligaciones, Tomo II, 1939, página 10) el artículo 1172 del Código Civil de 1936 sólo está concebido con relación a la transferencia de dominio.

Si bien en el caso (a) es perfectamente admisible que el acreedor de la obligación de dar (el comprador) adquiriera la propiedad del bien, no parece razonable sostener que tal obligación haga propietario a los acreedores de las obligaciones de dar mencionadas en los casos (b), (c) y (d).

En efecto, en los casos (b) y (c), por cuanto el objeto de dichos contratos no es el de transmitir la propiedad sino el uso, y, en el último caso, debido a que el vendedor de un bien inmueble ajeno no puede cumplir con su obligación de dar (transferir la propiedad) si el bien no le pertenece.

Es interesante anotar que el artículo 1172 del Código Civil de 1936, interpretado literalmente, permite considerar propietario al comprador de inmueble ajeno. Recordemos su texto:

"La sola obligación de dar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo pacto en contrario".

Las razones expuestas llevaron al suscrito a proponer en el seno de la Comisión Revisora (8) se modifique su redacción a fin de que tenga el siguiente texto:

Artículo 949.

Como se puede observar se ha sustituido la frase "la sola hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

"La sola obligación de enajenar un inmueble determinado obligación de dar" por "la sola obligación de enajenar".

(8) La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil prácticamente acogió este planteamiento desde el inicio de las sesiones relativas al libro de derechos reales.

El artículo 949 del Código Civil tiene su antecedente en el artículo 925 del Proyecto de Código Civil de la Comisión Revisora de 1984, que con idéntico texto, fue publicado por la misma Comisión el mes de febrero de 1984, en el diario oficial *El Peruano*.

El concepto es más preciso y se refiere únicamente a transmisión o transferencia de propiedad (9).

Por lo tanto, la obligación de enajenar equivale a la obligación de dar en propiedad.

(b) "*Salvo disposición legal diferente*".

Hay otro cambio en el artículo 949 en relación al artículo 1172 del texto civil derogado: la referencia a *salvo disposición legal diferente*.

Ese agregado permite aclarar que el enunciado del artículo 949 no es de carácter absoluto, sino que está limitado por otras disposiciones legales, como sucede por ejemplo, en el caso de concurrencia de acreedores de una obligación de dar (que se presenta cuando el vendedor ha vendido el mismo inmueble a diversas personas).

En esa eventualidad hay diversos compradores y se prefiere al comprador que inscribe la compra-venta en el registro de la propiedad inmueble, a pesar de que otra persona lo haya "adquirido" con arreglo a los artículos 949 y 1529 del mismo Código.

El agregado "salvo disposición legal diferente" permite armonizar adecuadamente las soluciones previstas en los artículos 949 y 1135 del Código Civil. (que aluden, respectivamente, a dos modos distintos de adquirir la propiedad: el contrato y la inscripción).

- (9) Según Guillermo Cabanellas, autor del *Diccionario de Derecho Usual*, enajenación es el acto jurídico por el cual se trasmite a otro la propiedad de un bien.

Para el mismo autor el concepto de transferencia se refiere a transmisión de propiedad o de posesión. En otra de sus acepciones identifica la voz transferencia con entrega.

La Comisión Revisora ha tomado en cuenta estos conceptos y utiliza el vocablo enajenación únicamente para aquellos casos referidos a transmisión de propiedad.

En conclusión, puede afirmarse en principio, que por la compra-venta inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haberse perfeccionado su adquisición. (artículo 949).

Dicha solución es modificada (al margen de la responsabilidad penal en que incurra el vendedor), si éste vende el inmueble a un segundo comprador, que actuando de buena fe obtiene la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad Inmueble, caso en el cual tiene mejor derecho que el primer comprador, o mejor dicho, lo excluye. (su modo de adquirir es oponible erga omnes y no sólo ante el vendedor).

Así lo dispone el artículo 1135 del Código Civil, que en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.

Artículo 1135.-

"Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fé cuyo título ha sido primeramente inscrito

II.- TRASMISION DE LA PROPIEDAD DE COSAS MUEBLES POR COMPRA-VENTA

En el caso de venta de cosas muebles es donde se presenta con mayor nitidez la diferencia entre el título de adquisición y el modo de adquirir.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 947 del Código Civil la transferencia de propiedad de una cosa mueble se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Si se tiene en cuenta que la posesión se adquiere con la tradición, conforme lo dispone el artículo 900, puede afirmarse que la transferencia de propiedad de una cosa mueble por vía del contrato se efectúa cuando el comprador adquiere la posesión de la cosa mueble.

Siendo que el título es el contrato de compra-venta y el modo es la tradición, esta última no produce la transferencia de la propiedad sin estar acompañada del título correspondiente.

Por lo tanto, puede concluirse que en la compra-venta de cosas muebles no entregadas al comprador, éste no es propietario sino desde que se le otorgue la posesión del bien. Hasta ese momento es acreedor de una obligación de dar, pero no es titular de un derecho real.

En esta virtud, puede decirse que hasta que se efectúa la entrega, vendedor no es enajenante, ni comprador es adquirente, ni la compra-venta ha producido el efecto de trasladar el dominio de la cosa al comprador.

(a) *Situación de la venta de cosas muebles con reserva de propiedad.*

El nuevo Código trata en los artículos 1583º, 1584º y 1585º la compra-venta con reserva de propiedad como uno de los pactos que pueden integrar la compra-venta.

El problema que puede presentarse es el de precisar desde qué momento el comprador de cosas muebles, que le han sido entregadas por el vendedor, adquiere su propiedad en una venta con reserva de dominio.

En esta hipótesis, a pesar de que ha habido entrega de la cosa, el comprador no adquiere su propiedad sino hasta que pague todo el precio o la parte del precio convenida para tal efecto.

Para llegar a esta conclusión basta con invocar lo dispuesto en los artículos 947 y 1583 del nuevo Código Civil, que a la letra establecen:

Artículo 947 del Código Civil.-

"La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, *salvo disposición legal diferente*".

"En la compra-venta puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador,"
"(subrayado agregado).

Sin embargo, cabe preguntar cuál es la protección que se confiere al vendedor que ha vendido una cosa mueble con reserva de dominio, si el comprador (que tiene su posesión pero que recién adquirirá la propiedad con el pago total del precio), se presume propietario por su sola posesión con arreglo al artículo 912?

En tal hipótesis, si el comprador vende el bien a tercero, éste tiene la condición de adquirente si actúa de buena fe y recibe de su enajenante la posesión del bien. En este caso, el concepto de buena fe se limita al desconocimiento de que quien la transfiere en propiedad es una persona que si bien posee la cosa no es su propietaria, por no haber pagado el precio de ella, en una venta bajo pacto de reserva de propiedad.

Tal adquirente está amparado por el artículo 948 del Código Civil por haber recibido de buena fe y como propietario una cosa mueble que le ha sido transmitida por otra persona, aunque ésta carezca de derecho para transmitirla.

Aquí funciona, pues, el amparo a la posesión de buena fe y la presunción de que todo poseedor es propietario.

Es obvio que el vendedor bajo pacto de reserva de dominio no podrá ejercitar acción reivindicatoria por cuanto la propiedad de la cosa corresponderá al adquirente. Sólo corresponde al propietario ejercer la reivindicación y ésta no procede que se ejercite por el ex-propietario contra quién adquirió el bien por otro modo de adquisición (artículos 923, 927 y 948 del nuevo Código Civil).

Por lo tanto, si el derecho del sub-adquirente de buena fe es inatacable, resulta lógico concluir que al vendedor le asisten únicamente acciones personales contra el comprador.

Muy distinta es la situación del vendedor bajo pacto de reserva de propiedad que ha cuidado de inscribir la venta en el Registro. O si se trata de vendedor de cosa mueble cuyo derecho de propiedad se encuentra inscrito.

En este caso, si el comprador vendiera y entregara a un tercero, la cosa mueble que le fue entregada por el vendedor bajo pacto de reserva de propiedad, tal tercero no adquiriría la condición de adquirente de dicha cosa mueble.

Tal apreciación se funda en el hecho de que estando inscrita la venta con reserva de propiedad, el comprador no tiene buena fe por tener conocimiento de dicho acto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2012 del Código Civil de 1984, que literalmente expresa:

Artículo 2012.-

"Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".

Todo lo expuesto lleva a la conclusión que, en tal situación el comprador de una cosa mueble que le ha sido vendida por quien a su vez ha comprado con reserva de propiedad inscrita en el Registro, no tiene la calidad de adquirente por no tener la buena fe que exige el artículo 948 del Código Civil.

Conviene recordar que en el Código Civil de 1984 se regulan las normas aplicables a los registros de bienes muebles, los cuales pueden dar acogida a diversos bienes muebles, siempre que sean identificables.

A tales registros le son de aplicación las disposiciones generales contenidas en los artículos 2008 a 2017 y en particular la norma contenida en el artículo 2019 del mismo Código.

- (b) *Situación de la venta de cosas muebles efectuada por el no propietario de ellas, que conduce un establecimiento abierto al público.*

Esta hipótesis se encuentra regulada en el artículo 1542 del Código Civil que establece:

"Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente".

Dicho precepto protege al comprador de cosa mueble que la ha adquirido en un establecimiento público.

Para gozar esta protección debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe comprar la cosa en un establecimiento abierto al público.
- (b) El vendedor debe extenderle factura o póliza.
- (c) Debe recibir la posesión de la cosa.
- (d) Debe actuar de buena fe. En este caso la buena fe esta referida al desconocimiento de que quien vende en un local abierto al público no es el verdadero propietario o, expresado de otra manera, la creencia de que se está adquiriendo del verdadero propietario.

Este requisito si bien no se exige en el artículo 1542 resulta de su concordancia con la regla general contenida en el artículo 948.

Sin embargo, cabe preguntar, qué ocurre con los derechos del ex-propietario que puede haber entregado la cosa al dueño del establecimiento a título de comodato, de depósito, de consignación, o para su reparación mediante un contrato de obra? Qué ocurre si se venden en el establecimiento público cosas muebles robadas o perdidas?

La situación jurídica de esta persona, a quien el Código intencionalmente denomina como "el perjudicado", (toda vez que ya no es propietario) es la siguiente:

- (a) No puede intentar acción reivindicatoria, desde que esta acción corresponde a su propietario y tal condición le asiste a quien compró del establecimiento público.
- (b) Tiene expedita las acciones civiles (daños y perjuicios) y penales (estallionato y reparación civil) contra quien vendió la cosa indebidamente.

Es importante recordar que el artículo 1542, que tiene como antecedente el artículo 85 del Código de Comercio peruano, se sustenta en la necesidad de asegurar la vida del comercio y otorgar al comprador de buena fe que adquiere bienes que se le ofrecen públicamente la seguridad de que no se verá privado de ellos si el vendedor carece de derecho para enajenarlos (10).

Cabe indicar, además, que esta norma se apoya en la publicidad que otorga la posesión y en la necesidad de garantizar el tráfico comercial de cosas muebles.

Finalmente, esta norma tiende a proteger al comprador del denominado comercio formal, que ha comprado en un local abierto al público, a quien le ha sido extendida factura y que ha recibido la posesión de la cosa.

Por lo tanto, no favorece al comprador del llamado mercado informal; a quien ha comprado en un establecimiento público y no tiene factura de compra; al que teniéndola no le ha sido entregada la cosa y al comprador que carece de buena fe.

Tal comprador no tiene la condición de adquirente y está expuesto a la reivindicación del propietario (artículo 923). Derecho que es imprescriptible con arreglo al artículo 927 del Código Civil de 1984.

(10) Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de 1981, relativa al contrato de compra-venta, publicada por la Revista Derecho del Programa Académico de Derecho, número 36, 1982, pág. 230.

- (c) *Situación de las cosas robadas o perdidas que se venden en un establecimiento abierto al público.-*

Por regla general, los bienes robados o perdidos que se venden al comprador aunque éste proceda de buena fe y reciba su posesión, no le corresponden en propiedad. Tales bienes son susceptibles de reivindicación por su propietario. (artículo 948, última parte).

Sin embargo, el artículo 1542 del nuevo Código establece que no son reivindicables los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público.

El amplio texto de la citada norma permite concluir que ella comprende toda clase de bienes muebles enajenados por el vendedor no propietario, inclusive los bienes robados o perdidos. Por lo tanto, la compra de dichos bienes al amparo del artículo 1542 legitima el derecho del comprador, quien en tal virtud es el adquirente del bien y consiguientemente, no procede que se le promueva acción reivindicatoria (11).

En estas condiciones, cabe concluir que el artículo 1542 constituye una excepción a la excepción contenida en la última parte del artículo 948.

- (11) Es interesante mencionar que el artículo 8º del Código de Procedimientos Civiles de Méjico de 1931, establece que "no pueden reivindicarse las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fé en almoneda, o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó".

Se trata de una solución distinta a la que consagra el artículo 1542 del nuevo texto civil. A nuestro juicio, el legislador de Méjico incurre en contradicción al indicar que la cosa mueble comprada por el adquirente de buena fe es susceptible de reivindicación si se le devuelve el precio que se pagó por ella.

No se percibe cómo si se es adquirente de buena fe, otra persona puede reivindicar el bien, siendo que la reivindicación es un atributo del derecho de propiedad.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

POR UNA LECTURA CREATIVA DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL EN EL NUEVO CODIGO
CIVIL

Funciones de la responsabilidad extracontractual en la sociedad

La responsabilidad extracontractual es uno de los instrumentos de la técnica jurídica que más importancia tiene en la vida social contemporánea.

El hecho de vivir en común nos coloca permanentemente en peligro de que los actos de los demás nos causen perjuicios. Y este riesgo se ha incrementado notablemente en el mundo actual donde las relaciones intersubjetivas son mayores que en ninguna otra época, en donde la vida en común se materializa en la agrupación de la población en ciudades de dimensiones como nunca tuvo la Historia con todos los riesgos que genera o que amplifica la contigüidad física, en donde los adelantos tecnológicos han aumentado extraordinariamente la capacidad de manipulación de la naturaleza por el hombre; pero ello también ha originado un incremento de los tipos y de las magnitudes y consecuencias de los riesgos.

La vida moderna es indudablemente una vida riesgosa. Y todos estamos expuestos a daños que no podemos evitar porque no dependen de cada uno de nosotros sino de los demás. Por eso

se hace indispensable afinar los mecanismos jurídicos que permitan tratar socialmente tales daños. Notemos que en última instancia todo el sistema de responsabilidad extracontractual no es sino un mecanismo que persigue asignar individualmente y eventualmente redistribuir cierto tipo de pérdidas económicas, de acuerdo a criterios que la sociedad considera justos. Creo que es importante tener muy presente este ingrediente primordialmente económico que tiene la responsabilidad extracontractual. El daño directo lo sufre siempre la víctima, con independencia de lo que se prevea jurídicamente sobre la responsabilidad extracontractual: es ella la que tiene su automóvil destrozado o la que sufre las heridas o eventualmente la que muere. Y el sistema jurídico no puede remediar este hecho; todo lo que puede hacer es aliviar los problemas económicos derivados del daño. El Derecho establece la persona que soportará el peso económico de ese daño. Así, si no prevé derecho alguno de reparación, la pérdida económica derivada del daño recae en la propia víctima quien, sin poder jurídicamente acudir a nadie, tiene que asumir ese costo. En el caso de que en base a cualquiera de las teorías de la responsabilidad extracontractual se obligue al causante a reparar el daño, el costo económico se traslada de la víctima a dicho causante. Veremos después que es posible también que el Derecho tienda a descargar de ese peso económico a la víctima facilitándole una indemnización, pero a su vez pretenda diluir ese peso económico entre la sociedad toda o entre ciertos grupos sociales. El problema siempre es el mismo: ¿qué hacemos con los aspectos económicos del daño?

Hay otra función que también le ha sido atribuida a la responsabilidad extracontractual. En los países que han desarrollado una alta conciencia cívica y donde las personas no esperan la acción administrativa del Estado para corregir ciertos males sociales sino que cada uno pone en marcha en tal sentido los mecanismos que tiene a mano, la responsabilidad extracontractual ha sido utilizada por los ciudadanos para luchar contra la contaminación ambiental causada por el Sector Privado y también por el Estado y para la defensa del consumidor frente a los productos defectuosos. De esta manera se produce una verdadera y eficiente militancia jurídica por el bien común, llevada a cabo por personas individuales y por sectores de opinión organizados, que intenta luchar contra los males sociales desde abajo, desde el nivel de los ciudadanos, con la ayuda del Poder Judicial.

Dentro de este contexto y con el objeto de realizar una mejor lectura del nuevo Código Civil a este respecto, debemos situarnos dentro de las teorías que pretenden organizar este campo de redistribuciones económicas y de acciones de defensa social a nivel individual, que constituye la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa coloca el peso económico en quien considera "culpable" del daño. Esto significa que, para esa teoría, todo daño tiene un agente provocador, una mano escondida que arrojó la piedra; siempre hay un "asesino" oculto detrás de la cortina de los hechos. El Juez tiene, entonces, que desenmascarlo, tiene que establecer la paternidad del daño. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima, ésta se queda sin reparación; lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante, el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación.

Esta teoría de la culpa no pudo soportar la inflación de riesgos que es propia del mundo moderno. Ante tal cantidad de víctimas que demandaban una reparación, la teoría de la culpa resultó un expediente engorroso para resolver el problema de la asignación del peso económico del daño. ¿Cómo pedirle a cada accidentado que probara la culpa del causante para tener derecho a reparación? ¿Cómo exigir, por ejemplo, que los parientes de las víctimas de un accidente de aviación prueben la culpa del piloto? ¿O que la persona que se intoxicó con un determinado producto vendido en el mercado pruebe que hubo culpa -no mera relación de casualidad, sino culpa- del fabricante?

Todo ello llevó a una objetivación de la responsabilidad por dos caminos: uno más tímido, más tradicional; el otro más osado pero también más espinoso. El primero consistió en mantener la teoría de la culpa pero invertir la carga de la prueba; el segundo consistió en formular una nueva teoría que se denominó de responsabilidad objetiva.

De acuerdo a esta responsabilidad objetiva, el Juez podía olvidarse de la búsqueda de la paternidad del daño; todo lo

que tenía que establecer para asignar una indemnización era el nexo causal. Y en esta forma, un gran número de víctimas pudo obtener una reparación sin tener que recurrir a proezas judiciales casi imposibles como la probanza de la culpa del agente ni tampoco verse envuelta en farragosos y largos juicios en los que el causante pretendía descargarse de responsabilidad probando su falta de culpa, como en la teoría de la inversión de la carga de la prueba.

Pero la teoría objetiva no explicaba la razón por la que una persona sin haberse probado su culpa debía ser de alguna manera castigada con el peso económico del daño: frente a la víctima real del daño se creaba una víctima económica, aparentemente en forma tan irracional como el azar que produce el daño directo. La teoría objetiva pretendió encontrar una justificación en el principio del riesgo creado: se dijo que quien crea un riesgo y se beneficia con él debe soportar sus consecuencias. Pero ante cada situación precisa es muy difícil establecer la persona que crea el riesgo; porque el riesgo de un accidente de automóvil lo crean los dos choferes que chocan entre sí o incluso el peatón que sale a caminar por las calles y que resulta atropellado.

Ahora bien, tanto la teoría subjetiva como la teoría objetiva operan como un interruptor de corriente; no tienen sino dos puntos: o el peso económico permanece en la víctima (cuando no se le reconoce derecho a indemnización) o el peso económico se traslada al causante creándose así una nueva víctima, esta vez de carácter económico. Sin embargo, en gran parte de los accidentes modernos parecería que la sociedad toda debería de alguna manera ser responsabilizada por los daños.

Tomemos el ejemplo de los accidentes de automóvil. En la mayoría de los casos, los dos choferes consideran honestamente que la culpa es del otro; el Juez tiene muy graves escrúpulos de conciencia para atribuir la culpa a uno u otro y finalmente opta por una responsabilidad compartida. Y es que, en realidad, quizá la culpa es de ambos o de ninguno: aun cuando seamos los choferes más diligentes y prudentes del mundo, en muchos momentos tenemos descuidos; y si uno de esos momentos coincide precisamente con el azar de que un automóvil se cruza ante nosotros, tenemos un accidente. Por consiguiente, el accidente resulta una

combinación de una falla estadísticamente inevitable y del azar. Notemos que si el azar no interviene en el momento del descuido colocando otro automóvil o un peatón delante, ni siquiera la teoría subjetiva sanciona la culpa presente en el descuido que efectivamente existió: si no ha habido daño (es decir, azar), el "culpable" no es sancionado por el Derecho. ¿Podemos hablar todavía seriamente de la culpa como el elemento decisivo de la responsabilidad? Pero hay otro ingrediente más, que contribuye a diluir la idea de una culpa del causante. Los accidentes no serían dañinos si la sociedad adoptara ciertas medidas de precaución; por ejemplo, si se estableciera que no pueden circular automóviles que rueden a más de 10 km. por hora y que no tengan bandas de algodón y jebe que los protejan en todo su contorno. Es posible evitar así las muertes de tránsito. Pero la sociedad no quiere hacerlo porque prefiere que se produzca un cierto porcentaje de muertes estadísticamente inevitables, pero que la sociedad pueda disfrutar de las ventajas de la velocidad. Por consiguiente, la sociedad toda también se beneficia con los automóviles y con la velocidad y; consecuentemente, de alguna manera debería ser co-responsabilizada.

Este tipo de reflexiones ha conducido a la más moderna teoría llamada de la distribución social de los daños. Según ella, no se trata ya de buscar al asesino escondido detrás de la cortina ni de crear una nueva víctima de carácter económico frente a la víctima directa. De lo que se trata, salvo cuando ha mediado dolo o culpa inexcusable, es de reparar a la víctima y diluir en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular: la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y consecuentemente hay que trasladar el pago de la indemnización a toda la sociedad. ¿Cómo lograr este propósito? A través de dos poderosos medios de difusión de los costos económicos, que ofrece la sociedad actual: el sistema de precios y la contratación de seguros.

Voy a explicar los dos medios a través de sendos ejemplos. Veamos el caso de los daños causados por productos defectuosos: una persona utiliza una crema de afeitar que le causa una grave alergia que exige tratamiento médico por varios días, porque la crema fue fabricada defectuosamente. En este caso, la nueva teoría le atribuye responsabilidad automáticamente al fabri-

cante de la crema, con la sola condición de que se pruebe que la utilización de esa crema fue lo que provocó el daño. No hay un intento de indagar si existió culpa, si se produjo o no una culpa *in vigilando* de la empresa respecto del proceso de fabricación, sino que simplemente se verifica el nexo causal. Pero tampoco se trata de una aplicación de la responsabilidad objetiva porque el fabricante no es responsable por el mero hecho de ser el causante físico sino porque puede calcular un riesgo de productos defectuosos e incluir este costo en el precio del artículo. En otras palabras, el fabricante no es "culpable" en sentido estricto, porque aún con su mejor buena voluntad y diligencia no podría evitar que alguna vez suceda una falla de producción. Tampoco es un chivo expiatorio ciego como en el caso de la responsabilidad objetiva. Es responsable objetivamente, sí; pero lo es porque puede descargar el peso económico del daño, que recibe judicialmente, a través de los precios que cobra al consumidor. En esta forma, el riesgo social de que alguna vez se produzcan artículos defectuosos sin dolo ni culpa inexcusable del fabricante se diluye entre la sociedad toda que consume estos productos y que paga un precio que incluye el monto de las eventuales compensaciones por los daños causados.

El mecanismo del seguro supone la creación de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario, tales como los accidentes de automóvil; lo que permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del riesgo entre todos los asegurados a través del pago de las primas. Sin embargo, aún cuando este seguro obligatorio no haya sido creado, el principio de la difusión del seguro ingresa al razonamiento judicial en base a consideraciones parecidas a las que hemos reseñado respecto del sistema de precios: los jueces hacen recaer el peso económico del daño fundamentalmente en quienes estaban en mejor aptitud de utilizar ese mecanismo difusor contratando cuando menos un seguro voluntario. Por ejemplo, producido un atropello en el que no existe dolo ni culpa inexcusable del atropellado, la responsabilidad es atribuida solidariamente al chofer del vehículo y a su propietario. ¿Por qué razón el propietario es responsable aunque no fue causante directo ni tuvo culpa del accidente? Por el hecho de que este propietario puede asegurarse y que el seguro diluye el riesgo entre todos los asegurados. A través del seguro, todos los asegurados contribuyen al

pago de los daños de ese accidente en particular, ya que el causante no paga sino la prima correspondiente. Aparentemente, nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva a ultranza; porque incluso la responsabilidad objetiva, salvo en sus manifestaciones extremistas, ha excluido a quien no fue causante directo. Sin embargo, no es así; porque el fundamento de la responsabilidad y el traslado del peso económico del daño no se deben al hecho ciego de que esa persona sea propietaria sino a la capacidad de ésta de diluir ese costo a través del seguro. Aquí también, un ejemplo extraído de nuestra realidad jurídica puede aclarar las sutilezas del concepto. Una noción formalista y extremista de la responsabilidad objetiva llevaría a atribuirle a cualquiera que aparezca como propietario en los registros respectivos. Sin embargo, el hecho de que una determinada persona aparezca como propietaria en tales registros puede obedecer simplemente a que el comprador no inscribió la transferencia o a que no se pagó el impuesto de alcabala o a muchas otras razones más. Pero ese presunto propietario no estaría en condiciones de asegurar el vehículo aun cuando aparezca formalmente como propietario, porque en realidad ya no es propietario; es posible que el automóvil haya sido incluso transferido varias veces hasta aquél que tuvo el accidente. En estas condiciones, la teoría de la difusión del daño no le atribuiría responsabilidad a ese propietario formal porque no está en condiciones de difundir el riesgo; ya que no es razonable pedirle a nadie que tome un seguro no sólo por el automóvil que usa sino también por todos aquellos que fueron de su propiedad y que, aunque los haya vendido, por diversas razones la transferencia no hubiera sido inscrita.

La responsabilidad en el nuevo Código

Evidentemente, hubiéramos deseado que el nuevo Código acogiera las teorías más actuales y adoptara el principio de la difusión del riesgo que, al menos para el caso de los accidentes de rutina, ofrece una mucho mejor solución que las teorías clásicas. Lamentablemente, no ha sido así. El nuevo Código ha adoptado la posición más anacrónica y ha optado por la teoría de la culpa. Sin embargo dado que ésta es insostenible en sus formas más puras, a pesar de la agresiva militancia subjetivista que se advierte en la redacción del artículo 1969, el legislador de 1984 ha tenido que objetivizar esta teoría en varios aspectos impor-

tantes; y esta combinación de elementos subjetivistas y objetivistas, sin el marco eficaz de la difusión del riesgo, lo ha llevado a incurrir en contradicciones y en lagunas.

Ahora bien, afortunadamente los Códigos, la ley, no constituyen todo el Derecho. Por el contrario, las leyes no son sino la materia prima con la que la doctrina y principalmente la jurisprudencia construirán las soluciones jurídicas. En última instancia, el Derecho real es aquél que es efectivamente vivido, es decir, es la interpretación que realizan los Tribunales y que tiene carácter imperativo en cada caso particular. El Código ofrece simplemente proyectos de soluciones que tienen que ser efectivamente implementadas con carácter imperativo por la jurisprudencia. Es por ello que, si bien la intención del legislador es importante para conocer el sentido de la ley, no hay que olvidar que la ley desde el momento en que nace asume una vida propia y obliga sólo por lo que su texto expresa; y nada más. De manera que si la expresión del texto permite -quizá a pesar del legislador- establecer mandatos que no fueron siquiera pensados o que si pensados no fueron queridos por el legislador, prevalece el texto abierto de la ley frente a los intentos extralegales de quienes fueron legisladores para precisar tal texto en un sentido u otro a través de declaraciones, explicaciones o exposiciones que ya no tienen carácter obligatorio.

La Sección relativa a responsabilidad extracontractual, aún cuando se autodeclara partidaria de la teoría de la culpa en el primero de sus artículos, en verdad recoge elementos de construcción muy diversos que pueden ser aprovechados de diferente manera. Por ese motivo, sin apartarnos del marco estricto de la ley, es posible quizá hacer una lectura creativa y dinámica del texto del Código de manera de intentar recuperar a través de los intersticios y contradicciones de ese marco, aquellos objetivos que el legislador descuidó.

El presente trabajo se propone hacer una primera y rápida revisión de los artículos de dicha Sección con el objeto de estudiar la posibilidad de lograr a través de ellos no tanto el castigo del "culpable" -como lo quiere la teoría de la culpa- sino más bien los dos objetivos de la moderna responsabilidad extracontractual: la efectividad de la reparación de la víctima y la difusión social del peso económico del daño.

El artículo 1969, que da inicio a la Sección, establece desde su primera línea que sólo se responde por dolo o por culpa.

Esto significa que el legislador nos sitúa desde el primer momento en una perspectiva subjetivista. Sin embargo, dadas las dificultades de manejar en estos tiempos una teoría pura de la culpa, el legislador ha tenido que aceptar una cierta objetivación mediante el expediente de invertir la carga de la prueba. Así, esta inversión funciona en la práctica como una responsabilidad objetiva que admite prueba en contrario. De otro lado, ¿de qué culpa estamos hablando? En términos estrictos, el causante tiene culpa cuando tuvo un descuido o una imprudencia evitables. Pero si el conductor del automóvil no percibió el otro automóvil con el que chocó porque lo embargaba una emoción incontenible por el hecho de que unos minutos antes había visto morir a su padre, estrictamente no estaba en condiciones de evitar el accidente y, por tanto, no tuvo culpa. En el plano absolutamente subjetivo, no podía evitar ese accidente, luego no es "culpable"; así lo entiende la teoría moral que lo exime de responsabilidad. Pero en Derecho nadie sería responsable si aplicáramos tan subjetivísticamente el principio de la culpa. Por ese motivo, el Derecho ha procedido a objetivar el principio de la culpa construyendo la figura objetiva de un hombre razonable y luego comparando la conducta del causante con la de ese hombre. Hemos inventado un patrón objetivo que nos permita establecer la culpa. Así, frente a un daño, no nos preguntamos si efectivamente el causante obró de acuerdo a sus mejores posibilidades de hacerlo —lo que eliminaría la culpa a nivel personal— sino que, independientemente de que haya actuado lo mejor que "él" ha podido hacerlo, nos preguntamos si el "hombre razonable" ideal, ese hombre-tipo, hubiera actuado de esa manera. Estamos, pues, frente a una teoría de la "culpa objetiva" y no de la culpa estricta.

Ahora bien, además de estas objetivaciones de la teoría de la culpa e independientemente de ella, el artículo 1970 parece establecer un principio de responsabilidad directamente objetiva respecto de los daños producidos mediante cosas o actividades riesgosas. La comparación entre los dos artículos que evidencia la supresión de la referencia al dolo y a la culpa, nos lleva a

concluir que en estos últimos casos -actividades o bienes riesgosos- el Juez no tiene que investigar la culpa del causante ni el demandado puede descargarse de la responsabilidad invocando su falta de culpa. Esta tesis objetivista se encuentra confirmada por el hecho de que la norma no solo responsabiliza a la persona por sus actos, sino también por sus cosas. Por consiguiente, el legislador no se encontraba absolutamente convencido de los principios morales que sustentan la culpa porque, si así hubiera sido, no hubiera podido admitir ni aún como excepción una responsabilidad sin culpa. Estamos, pues, frente a la coexistencia de dos teorías incompatibles, sin que se haya trazado una teoría que las englobe a ambas.

El asunto se complica un tanto cuando revisamos el artículo 1972, en el que el legislador parece haber tomado consciencia de que el camino del artículo 1970 entraba de lleno en la responsabilidad objetiva; y, como un escrúpulo de último momento (o posiblemente debido a la intervención final de otra mano respaldada por una mente subjetivista), dio un paso atrás ante el abismo. Es así como nos dice que el "autor" -notemos que la palabra es impropia porque el dueño de una cosa peligrosa no es autor de nada y sin embargo se encuentra comprendido en tal expresión- no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. Pero, ¿qué otros casos quedan, entonces? Claramente aquellos en los que ha intervenido la culpa. De modo que si realizamos una lectura estricta de este artículo y lo concordamos con el artículo 1970, nos encontramos que no existe responsabilidad objetiva alguna y que sólo se responde, aún en daños producidos por cosas o actividades peligrosas, cuando media dolo o culpa.

En nuestra opinión, esta lectura subjetivista del artículo 1972 no es adecuada -aunque ésa hubiera sido la intención del legislador- porque incurriríamos en falta de coherencia sistemática; si ésa fuera la interpretación correcta hubiera bastado el artículo 1969, sin necesidad de lo expresado en el artículo 1970 ni de la aclaración del artículo 1972. La existencia de los artículos -1969 y 1970- nos hace pensar que hay dos principios de responsabilidad diferentes, uno subjetivo y otro objetivo. Entonces, el problema revierte al artículo 1972. ¿Cómo se puede entender

su texto si el artículo 1970 consagra una responsabilidad objetiva? La única forma es a través de una interpretación restringida y concordantemente objetivista del caso fortuito y del hecho determinante de tercero: solamente serán eximentes cuando se trata de circunstancias extraordinarias de carácter general, objetivas, que afectan todo el contexto de la situación; no cuando se trata de casos fortuitos subjetivos, particulares y ordinarios, que afectan únicamente a la persona involucrada. Si un depósito de sustancias inflamables explota porque hubo un terremoto que rompió los cables eléctricos de la calle y provocó una chispa que hizo estallar el local, el propietario no es responsable, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1972, porque el daño fue resultado de un caso fortuito general, objetivo. Pero si el cable se rompió por cualquier otra causa -que bien pudo ser un hecho fortuito para el propietario del depósito pero que no reviste un carácter general (por ejemplo, la falta de mantenimiento de la empresa de electricidad)-, ese propietario debe indemnizar a las víctimas, conforme lo establece el artículo 1970; sin perjuicio de que eventualmente a su vez reclame sus daños a la empresa de la electricidad, incluyendo en tales daños las indemnizaciones que tuvo que pagar a las víctimas.

Es interesante advertir que si, partiendo de la teoría de la culpa con probanza invertida, nos volvemos muy exigentes respecto de la prueba de la ausencia de culpa, nos encontramos de pronto que estamos en un terreno no claramente deslindado entre la teoría subjetiva y la objetiva, un campo donde ambas responsabilidades se confunden. En efecto, en última instancia podríamos decir, aún si no existiera los artículos 1970 y 1972, que ese propietario del depósito es responsable por culpa ya que debió construirlo de manera de evitar este tipo de accidentes; si exageramos un poco la nota, siempre podremos encontrar una cierta negligencia en toda conducta humana y convertir así la responsabilidad subjetiva del artículo 1969 en una responsabilidad objetiva en la práctica.

El artículo 1970 suscita todavía algunas otras reflexiones, ¿Qué es una actividad o un bien "riesgosos o peligrosos"? La jurisprudencia deberá definir estos conceptos. Sin embargo, no cabe duda de que ésta es también una vía ancha para objetivizar la responsabilidad. Un automóvil, ¿es una cosa peligrosa?

¿Manejar un vehículo es una actividad riesgosa o peligrosa? Aparentemente, sí. En consecuencia, todos los accidentes de automóvil -que constituyen el mayor porcentaje de casos de responsabilidad extracontractual- estarían sujetos al principio de la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 1970 y no de la responsabilidad subjetiva, establecida en el artículo 1969; lo que significaría que el nuevo Código, quizá a su pesar, es objetivista en la práctica.

Es importante señalar que, desde el punto de vista de la difusión social del peso económico del daño, la responsabilidad objetiva -a pesar de todos sus problemas- es un avance respecto de la subjetiva. Si consideramos que todo proceso de fabricación es una actividad riesgosa y los productores saben que responderán objetivamente por todo daño derivado de la utilización normal de sus productos (se excluyen los daños por utilidades ajenas a la naturaleza del producto), tendrán que incorporar en el precio una provisión para el pago de tales indemnizaciones. Si los propietarios y conductores saben que son objetivamente responsables por los daños que causen sus vehículos, tendrán que asegurarlos; y ello lleva a que el riesgo se diluya, como antes se ha dicho, entre todos los asegurados. No es éste el mejor sistema de difusión ya que el seguro obligatorio hubiera permitido abaratar los costos de las primas debido al gran número de vehículos excluidos en el seguro; pero cuando menos, es un medio de difusión.

Exención de responsabilidad

El artículo 1971 prevé tres casos que eximen de toda responsabilidad al causante del daño.

El primer caso no merece mayor comentario porque es una reiteración de la teoría de la culpa, con todas las limitaciones que ella tiene conforme hemos visto. En realidad, no se ha hecho sino repetir una regla del Código de 1936. Pero las repeticiones fuera de contexto traen problemas de concordancia. En el Código de 1936 era lógico que se dijera expresamente que no hay responsabilidad cuando se actúa en el ejercicio regular de un derecho porque no se había consignado la referencia al dolo o a la culpa en el artículo básico, que era el 1136. De modo que a

través de esa excepción todo lo que se pretendía decir es que si se actuaba sin dolo ni culpa -es decir, en el ejercicio regular de un derecho- no había responsabilidad. Con la redacción del nuevo artículo 1969, tal expresión resultaba innecesaria.

El segundo y el tercer inciso se refieren a los casos de legítima defensa y estado de necesidad. En realidad, constituyen la repetición con ligeras variantes de la norma existente en el Código de 1936. Ahora bien, tal repetición conlleva no solamente los aciertos del Código anterior sino también los desaciertos y las contradicciones.

En efecto, es perfectamente comprensible que los daños causados en legítima defensa al propio agresor, no deban ser reparados; porque es tal agresor quien se colocó en situación de recibirlos en razón de su agresión. Pero, ¿qué razón existe para que no indemnice a un tercero cuando le destruye parte de su propiedad con el objeto de salvar un bien de mi propiedad? Verdaderamente, no se percibe. Es cierto que si una persona se encuentra en estado de necesidad respecto de su persona o de sus bienes, debe poder utilizar la propiedad ajena aún cuando ésta reciba un daño para salvar la suya; siempre que el bien salvado sea manifiestamente superior que el dañado. Pero ese tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias de un caso fortuito que sólo me afecta a mí: no hay justificación moral ni jurídica para que yo traslade parte del costo a mi vecino, para que lo cargue a él también con el peso de un azar que sólo a mi me ha tocado. Si hay el riesgo de que el río invada mi predio y destruya todas mis cosechas, tengo indudablemente derecho a destruir una parte de las cosechas del vecino para hacer defensas en ese lugar; pero debo lógicamente indemnizarlo por ello. En cambio, el inciso 3 del artículo 1971 me autoriza a obligar al vecino a compartir mi riesgo y mi daño porque le causo una merma en mi exclusivo provecho y no le indemnizo.

En realidad, el propio legislador ha percibido esta injusticia, pero en una parte distinta del Código. Es así como en el Libro de los Derechos Reales, el artículo 959 establece que es posible realizar actos en las propiedades vecinas que "eviten o conjuren" -confieso que se me escapa la diferencia entre estos dos verbos- un peligro actual o inminente; pero establece además que en este

caso se le indemnizará por los perjuicios causados. Así, gracias a la incoherencia del legislador, cuando menos los propietarios de predios a quienes se les cause daño por causa de estado de necesidad, tienen expedita su acción para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios; en cambio, las otras víctimas por la misma causa, que no sean propietarios de predios, quedarán sin indemnización.

Responsabilidades especiales

Mucho hay que decir sobre las responsabilidades especiales, tales como la del principal respecto del servidor, el representante legal respecto del incapaz, el dueño de un edificio y el dueño de un animal.

Quisiera solamente destacar que estos artículos consagran también numerosos elementos de responsabilidad objetiva.

Examinemos primero el caso de la responsabilidad vicaria o substituta, en virtud de la cual el principal responde por los actos del servidor. El artículo 1981 establece que aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño que éste irroque, si el daño -debió decir "si el acto causante del daño"- se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. Y agrega dicho artículo que el autor directo -léase, el servidor- y el autor indirecto -léase, el empleador- están sujetos a responsabilidad solidaria.

Esta norma resulta muy difícil de interpretar en forma unívoca porque está aparentemente redactada de manera de responsabilizar al empleador aunque no tenga culpa... por un legislador que se siente en culpa de responsabilizar a alguien sin culpa. En principio, dentro de una estricta teoría de la culpa -aun bajo la variante de la inversión de la carga de la prueba- el empleador no tendría que responder ante la víctima si no existió culpa de su parte, es decir, si se demuestra que eligió adecuadamente al empleado (luego, no hubo culpa *in eligendo*) y que lo vigiló en forma razonable (luego, no hubo culpa *in vigilando*). Ahora bien, como una simple garantía frente a la víctima y sólo por el hecho de que el empleador tiene mayores recursos para afrontar el pago de la indemnización, es posible concebir que se

establezca el principio *respondeat superior*. Pero ésto no significa que el empleador se quede con el peso del daño sino que es una suerte de garante frente a la víctima; por consiguiente, ese empleador que se ha visto obligado a pagar puede a su vez repetir contra su empleado. Una posición distinta consiste en pensar -como lo ha sostenido el doctor José León Barandiarán en sus libros- que el empleador responde con responsabilidad propia e indelegable; es decir, que el principio *respondeat superior* otorga una responsabilidad solidaria al empleador de la cual no puede eximirse ni puede tampoco repetir la indemnización contra el empleado causante del daño. El empleador es responsable *in solidum* por derecho propio; o, dicho en otras palabras, hay una presunción de culpa *iuris et de iure* del empleador.

¿Cuál de las tres teorías ha adoptado el Código de 1984? La redacción del artículo correspondiente no permite saberlo. Hablar del empleador como "autor" indirecto hace pensar en la doctrina tradicional: para que el empleador sea "autor" se requiere que haya tenido intervención en el daño, que de alguna manera haya tenido culpa. Si ello es así, bastará que el empleador demuestre que contrató a un empleado usualmente competente (para descartar la culpa *in eligendo*) y que lo vigiló hasta donde era razonable (para evitar la culpa *in vigilando*) para ya no ser "autor" y, por consiguiente, quedar liberado de la responsabilidad. Pero puede entenderse también que la solidaridad es irrefutable y que, consiguientemente, el empleador siempre es "autor". En tal caso, habría que preguntarse si estamos ante la segunda posibilidad (el empleador paga a la víctima pero repite contra el empleado causante) o ante la tercera posibilidad (el empleador asume el riesgo). En este caso, la palabra "autor" parece colocarnos en la última de estas alternativas pues *convierte* al empleador en autor por mandato de la ley. Si ello es así, estamos ante una presunción de culpa *iuris et de iure*. Pero es evidente que este tipo de "culpas" que no admiten prueba en contrario son simplemente formas encubiertas de responsabilidad objetiva. Aquí también la jurisprudencia deberá optar por una interpretación u otra, independientemente de lo que digan las Exposiciones de Motivos o de lo que declaren los legisladores en los diarios; porque el texto permite cualquiera de estas interpretaciones. Si asumimos la teoría de la difusión social de las consecuencias económicas de los actos dañinos, pensaremos que la mejor

interpretación -salvo para el caso de dolo o culpa inexcusable del servidor- es que la solidaridad del empleador sea objetiva; porque, tratándose de riesgos ordinarios de la producción, será el empleador quien a través del sistema de precios pueda trasladar estos costos a la sociedad toda.

Estudiemos también el caso de la responsabilidad del representante legal respecto de los daños cometidos por el incapaz. El artículo 1976 establece que el incapaz que hubiere cometido un daño sin discernimiento, no es responsable; en cambio, responde su representante legal. Esta es una aplicación estricta de la teoría de la culpa según la cual, si no hay discernimiento, no hay culpa. Paralelamente, se considera que el representante legal tiene una culpa *in vigilando*. Sin embargo, todos podemos estar de acuerdo en que tal culpa del guardador es una ficción jurídica para encontrar un responsable sin atentar contra los principios de la teoría de la culpa. Porque, aún cuando el representante ponga la mayor diligencia, siempre cabe la posibilidad de que el incapaz -que generalmente tiene una potencialidad para causar daños mayor que la normal- en algún momento cometa un perjuicio. Por consiguiente, si la responsabilidad del propietario se basa en una presunción de culpa y si ésta se considera *iuris et de iure* como lo pretenden ilustres defensores de la teoría de la culpa, como el doctor León Barandiarán, estamos ante otro caso de responsabilidad objetiva disfrazada de culpa. Ahora bien, notemos que es una objetividad mal colocada porque el verdadero causante fue el incapaz. Y bien puede suceder que el incapaz sea propietario de un patrimonio importante mientras que el representante legal o es un funcionario o un abogado que administra simplemente los bienes o es una persona de la familia que por razones de caridad ha aceptado ocuparse del incapaz. Sin embargo, el Código con crueldad carga a este representante con toda la responsabilidad basándose en una encubierta objetividad y, en cambio, libera al verdadero causante -al incapaz- en nombre de un rechazo a la teoría objetiva.

Sin embargo, es difícil ser coherentemente absurdo; y es por ello que en este punto también el nuevo Código peca de incoherencia. Así el artículo 1977 establece que si la víctima no ha podido obtener reparación del representante legal, el Juez puede considerar una indemnización equitativa a cargo del autor inca-

paz. Si estamos dentro de la teoría de la culpa, ¿cuál es la justificación de esta responsabilidad del incapaz que por definición no sería responsable? En realidad, aquí una vez más la teoría objetiva se abre paso por las resquebrajaduras de la teoría de la culpa, aún a pesar del espíritu subjetivista del legislador.

Otra irrupción embozada de la teoría objetiva se encuentra en el artículo 1980 que responsabiliza al dueño de un edificio por los daños que cause su caída, si ésta provino de falta de conservación, o de construcción. En el caso de la falta de conservación, la aplicación de la teoría de la culpa es clara. Pero, ¿por qué debe responder el propietario por vicios de construcción que posiblemente él mismo ignora, cuando el culpable en todo caso sería el constructor? La única explicación a esta norma se basa en la idea de la difusión del riesgo: el propietario está en aptitud de asegurar el edificio. Pero debió aclararse además que este propietario o la Compañía de Seguros que pague por cuenta de él, tienen derecho de repetir contra el constructor si éste obró dolosamente o con culpa inexcusable.

El daño reparable y su indemnización

Establecidos así los principios que rigen la nueva responsabilidad extracontractual, las exenciones a la misma y las responsabilidades especiales, conviene analizar la naturaleza del daño reparable y los criterios para fijar la indemnización.

El artículo 1985 dispone que son reparables tanto el daño emergente como el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. El daño emergente y el lucro cesante no requieren de mayor comentario, salvo en cuanto a su valorización que trataremos a continuación. En cambio, los otros dos tipos de daño presentan algunas dificultades. El llamado daño a la persona -aparentemente distinto del daño emergente y del daño moral- es posiblemente una creación de la Comisión Revisora y, hasta que se publique la Exposición de Motivos, no sabremos a ciencia cierta lo que el legislador quiso decir con tal expresión. Es probable que se haya referido a los daños a la intimidad y otros similares que se tratan en el Libro de las Personas y que indudablemente forman parte del sistema de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no queda clara por el momento la necesidad de crear este

término nuevo porque no parece corresponder a un tipo de daño que no pueda ser incorporado en las categorías clásicas de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

El daño moral tiene una regla especial en el artículo 1984 para los efectos de determinar el monto de su indemnización. Pero el texto de este artículo no nos aclara realmente ni la naturaleza ni los criterios para la evaluación económica de este tipo de daño. Es sabido que la doctrina ha tenido siempre mucha dificultad para ubicar el daño moral dentro de las categorías de la responsabilidad extracontractual. La doctrina francesa sostiene que el daño moral es el daño extrapatrimonial: el sufrimiento causado por el daño, independientemente del valor económico de su reparación. Pero un daño extrapatrimonial no puede ser reparado patrimonialmente mediante una indemnización porque, por definición, es inapreciable en dinero.

En consecuencia, la única forma como podemos entender este texto es en el sentido que lo señala una parte de la doctrina: el mal llamado daño moral, es en realidad un daño patrimonial, económico; pero cubre todos esos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al Juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso de crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se la denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al Juez la fijación de una indemnización a su criterio y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama.

Un interrogante grave apunta a conocer si el nuevo Código autoriza al Juez para fijar la indemnización del daño emergente al costo de reposición o al costo histórico. La respuesta puede originar situaciones muy diferentes para el demandante, en estos tiempos de inflación galopante. El proyecto de la Comisión Reformadora optaba por tomar en cuenta el valor de reposición, es decir, el valor de la reparación al momento en que se paga la indemnización. El legislador finalmente ha preferido la solución del costo histórico: se devuelve a la víctima lo que se supone que efectivamente gastó al tiempo del daño para repararlo. Pero

se agrega que el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño. Esta solución definitivamente es insuficiente en épocas de inflación. Es claro que los intereses en buena parte no constituyen sino una reparación por la inmovilización del dinero; pero no compensan sino en forma diminuta la devaluación monetaria.

Un punto que el legislador aparentemente no se ha cuestionado es el referente a la indemnización punitiva.

Es sabido que algunas Ejecutorias Supremas han concedido indemnizaciones mayores a los deudos de un muerto en accidente en base a que el difunto era una persona importante en la comunidad. Es así como con motivo de la muerte en un accidente de aviación de un alto funcionario oficial, uno de los elementos del debate para fijar la indemnización era el hecho de que se tratara de una persona que era extraordinariamente útil para el país y para la institución de Gobierno en la que desarrollaba su actividad. También en el caso de un sacerdote muerto en un accidente de tránsito, la Corte otorgó una indemnización a un familiar y señaló que había tomado en consideración el hecho de que el sacerdote, en razón de su actividad, era muy importante para la comunidad.

Pero notemos que en estos casos, el argumento no se basa en los daños que le ocasiona la muerte del accidentado directamente al familiar demandante. Si entendemos la indemnización como una compensación económica por los daños efectivamente sufridos, las consideraciones antes mencionadas serían válidas para otorgarle también una indemnización al país, a la institución del Gobierno en la que trabajaba la víctima o a la parroquia, según el caso; pero de ninguna manera para aumentarle la indemnización al familiar del muerto. En realidad, en estos casos se está utilizando la indemnización para "castigar" al causante del accidente porque se considera que su "acto ilícito" fue particularmente grave dada la calidad del accidentado. Es como si además de la indemnización, se le impusiera una multa por la gravedad de sus hechos; pero como no existe mecanismo legal para imponer tal multa ni organismo capaz de recibirla, se concede este suplemento económico al demandante aunque no tenga derecho propio alguno que lo haga merecedor de esta plus-indemnización.

Esto es lo que en doctrina se conoce como indemnización punitiva y que no ha sido todavía claramente discutida por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional a pesar de la frecuencia de las situaciones implicadas por este concepto. El Proyecto de la Comisión Reformadora estaba basado categóricamente sobre la idea de que la responsabilidad extracontractual es un mecanismo de *reparación* a la víctima antes que de castigo al agente del daño: su espíritu no era vengativo ni perseguía una revancha de la víctima contra el causante del daño sino una justa reparación de los perjuicios sufridos. El texto definitivo del Código no aclara si se permite esta función punitiva de la indemnización. Aparentemente, dada su orientación culpabilizante, la consideración de un castigo sería válida en la determinación de la indemnización. Sin embargo, en todos los casos de responsabilidad objetiva que el Código contiene -a veces a su pesar- está totalmente fuera de lugar tal consideración porque quien es responsable objetivamente no tiene "culpa" y no puede ser castigado por nada. En todo caso, hay aquí un problema delicado que será materia de interpretación y respecto del cual, una vez más, el legislador de 1984 "le ha corrido traslado" al Poder Judicial.

Los convenios de limitación de responsabilidad

El Código de 1936 no preveía la posibilidad de que las personas pudieran tener interés en convenir una limitación de responsabilidad antes de que se entrara a la situación que podía provocar el daño. Sin embargo, estos convenios pueden ser muy útiles para evitar innecesarios litigios. Así, por ejemplo, si una persona va a construir un edificio y existe el riesgo de que arena y otros desperdicios ensucien el patio de la casa vecina, puede convenir con el propietario de ésta la exoneración de responsabilidad a cambio de una suma de dinero que este propietario de la casa vecina estima suficiente para realizar los gastos adicionales de limpieza que requerirá su patio. En buena cuenta, se trata de una fijación anticipada de la indemnización a través de un acuerdo entre las partes. Es, pues, un sistema sano que establece la solución antes de que surja el problema.

El Proyecto de la Comisión Reformadora incluyó esta novedad en su articulado; y la Comisión Revisora ha recogido la idea en el artículo 1986 del nuevo Código. Sin embargo, la

supresión por la Comisión Revisora de ciertos elementos del Proyecto que eran esenciales para una correcta caracterización de la institución puede llevar a que con ella se cometan abusos notables.

En efecto, tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora como el articulado del nuevo Código excluyen de esta posibilidad de convenir la exoneración a los casos de dolo o culpa inexcusable. Nadie puede pactar con otro que lo exonere de la responsabilidad por los daños que el otro le cause intencionalmente. Pero el Proyecto de la Comisión Reformadora excluía también de tales convenios a los daños con consecuencias nocivas para el resto de la sociedad —tales como los daños de contaminación ambiental— y a los derivados de productos defectuosos. De esta manera, podría suceder que los fabricantes inserten cláusulas de exoneración de responsabilidad en las etiquetas o folletos de sus productos y sostengan que quienes los compran, por este mismo hecho, se adhieren, a las condiciones ahí establecidas, incluida la exoneración de responsabilidad. Evidentemente, ello marginaría del sistema de la responsabilidad extracontractual todo lo relativo a daños derivados de los productos defectuosos.

En otras palabras, mediante convenios de limitación o exoneración de responsabilidad, simplemente los fabricantes podrían autodefinirse como legalmente irresponsables utilizando contratos de adhesión escritos en letra pequeña. Es verdad que el artículo 1398 del Código establece que en los contratos de 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. Pero la jurisprudencia deberá cerrar el paso de dos interpretaciones que, ante la ausencia de condiciones en norma sobre responsabilidad extracontractual, pretenderán ser utilizadas para proteger a los fabricantes de productos defectuosos. De un lado, se afirmará que el artículo 1398 es aplicable a los contratos, mientras que la regla del artículo 1986 —que no contiene tal causal de invalidez— es la única aplicable a la responsabilidad extracontractual; y que la responsabilidad de un fabricante —que no tiene relación contractual alguna con el usuario debido a que el producto fue vendido a través de una cadena de intermediarios— sólo puede estar sujeta a las normas de la

Sección sobre Responsabilidad Extracontractual y no a las normas sobre contratos. Pero este argumento es falaz porque si admitimos que hay un "convenio" de limitación de responsabilidad, ya estamos ante un contrato; y si no hay tal contrato o convenio, no hay tampoco limitación de responsabilidad. De otro lado, podría aceptarse que existe un contrato de limitación de responsabilidad; pero, concordando el artículo 1398 con el 1986 podría intentar sostenerse que, en los convenios o contratos sobre responsabilidad extracontractual, sólo están prohibidos los pactos sobre responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. Sin embargo, esta forma de concordar debería ser considerada inaceptable, porque el artículo 1398 forma parte de las reglas sobre los contratos en general; y, por tanto, debe aplicarse también a los convenios sobre responsabilidad extracontractual.

Debe destacarse que el Proyecto de la Comisión Reformadora contenía un artículo expreso relativo a los productos defectuosos, que constituyen un campo tan importante para la defensa del consumidor en la sociedad moderna. Esa norma no aparece en el nuevo Código. Es desconcertante que un Código que ha sido tan minucioso en nombrar asuntos tan puntuales como las conchas que se encuentran en la orilla del mar (art. 929), la propiedad del animal perseguido *sin interrupción* por el cazador, ya que si se interrumpe la persecución tiene otro régimen legal (art. 930), los objetos perdidos en las calles (art. 932), el tesoro descubierto en terreno no cercado (art. 934), las peleas de gallos (art. 1947), el derecho del pasajero de exigir que el baño de su habitación de hotel se encuentre limpio (art. 1715) y otras exquisiteces similares, no se haya preocupado por esa realidad cotidiana del uso de productos dentro de una sociedad de consumo. Y no puede pensarse que haya considerado que ello se encuentra incurso en la responsabilidad contractual (contrato de compraventa) porque en la mayor parte de los casos el consumidor no tiene ni ha tenido nunca relación contractual con el fabricante de un producto defectuoso, ya que adquiere el bien generalmente a través de intermediarios. Sin embargo, aún cuando el legislador de 1984 haya alimentado un temor reverencial por los industriales y haya preferido no incluir una norma expresa que los responsabilice directamente por los daños derivados de productos defectuosos, podemos pensar que estos daños están comprendidos

en las reglas generales de responsabilidad; y a los Jueces y Tribunales les corresponderá desarrollar este campo más en detalle por la vía jurisprudencial, posiblemente considerando de manera muy severa la prueba de descargo de culpa del fabricante a fin de darle un carácter más objetivo -y, por tanto, más operativo- a esta responsabilidad.

La paralización del daño

Antes de terminar, quisiera referirme a una institución que fue prevista por el proyecto de la Comisión Reformadora y que no existe en el nuevo Código: la paralización del daño.

Resulta evidente que cuando se trata de daños continuados, no basta que se otorgue una indemnización a la víctima sino también que se impida que el daño continúe. Si mi vecino que está construyendo un edificio me arroja continuamente ladrillos y desmante a mi casa y causa daños a mi propiedad, no me basta que se le obligue a indemnizarme por los daños que ya me causó; necesito además que se le prohíba continuar la obra, salvo que adopte medidas para evitar que la producción del daño continúe. De la misma forma, si una fábrica arroja permanentemente ácidos al río y causa daños a los agricultores que se encuentran aguas abajo, no basta que indemnice el daño sino que no lo siga cometiendo. El Código de 1936 no preveía ningún remedio propio de la responsabilidad extracontractual para solucionar esta situación.

El Proyecto incorporó un artículo que, a la manera de la "injunction" del Derecho anglosajón, permitiera al Juez ordenar la paralización del acto dañino sea a pedido de parte o de oficio. En el caso de que fuera a pedido de parte, el Juez debía exigir a quien lo solicitara que prestara garantías suficientes por los daños que pudiera causar tal medida si al momento de resolver se encontraba que la demanda era infundada y/o que la medida era innecesaria. Pero se facultaba también al Juez para imponer la paralización de oficio cuando el daño afectara a la colectividad; por ejemplo, en el caso de los daños de contaminación ambiental.

El nuevo Código no se ha atrevido a poner en manos del Juez un instrumento jurídico de esta naturaleza. Y es así como los da-

ños continuados no tienen una solución dentro del articulado de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, el legislador ha dejado aquí y allá en el texto del Código algunas acciones que inteligentemente aprovechadas pueden utilizarse para paralizar el daño en ciertos casos. Es así como el artículo 17 faculta a los agraviados por violación de la intimidad personal y familiar o por aprovechamiento indebido de la imagen para que no sólo puedan exigir la indemnización correspondiente sino además la cesación de los actos lesivos. También en el Libro de los Derechos Reales encontramos una norma particularmente útil (art. 963) que establece que si cerca de un lindero se construye horno, chimenea, establo y otros similares o depósito para agua o materias húmedas, penetrantes, explosivos o radioactivos o se instala maquinarias o que, en general, se realicen instalaciones que puedan afectar la solidez o salubridad de los predios vecinos, los propietarios de éstos pueden exigir no sólo daños y perjuicios sino también solicitar que se resuelva el cierre o retiro de la obra. En realidad, se trata de normas tangenciales, que no afrontan directamente el problema de los daños continuados; pero que, hábil e imaginativamente utilizadas, pueden aliviar de alguna manera la situación e incluso dar inicio a una colaboración judicial en la lucha ciudadana contra la contaminación ambiental, ya sea que ésta se encuentre causada por los particulares o por el Estado.

Las herencias del Proyecto de la Comisión Reformadora

Aún cuando aparentemente el legislador de 1984 adoptó para la Sección dedicada a la Responsabilidad Extracontractual una inspiración de fuente distinta a la del Proyecto de la Comisión Reformadora, resulta indudable que la herencia genética de tal Proyecto está presente en el nuevo Código. En algunos casos, estos rasgos heredados han sido colocados dentro de un contexto diferente, empobreciendo su contenido e incluso haciéndolo peligroso. Este es el caso, por ejemplo, de los convenios sobre limitación o exoneración de la responsabilidad, conforme lo hemos mencionado más arriba. Sin embargo, hay otros casos en los que los cromosomas paternos han mantenido su vitalidad y constituyen hitos interesantes para futuros desarrollos.

En primer lugar, es importante destacar el cambio de título de esta Sección del Código: ya no es el "acto ilícito" sino la

"responsabilidad extracontractual". El Proyecto insistía en que la reparación era procedente no sólo cuando existía propiamente culpa del agente sino también en otros casos, porque la víctima no podía quedar desamparada. La idea fundamental del Proyecto consistía en que estas normas no están destinadas a sancionar presuntas ilicitudes sino a compensar víctimas. Es este cambio de título a la Sección que ha permitido incorporar en el nuevo Código reglas de responsabilidad objetiva, ya que en estos casos no existe necesariamente ilicitud ni culpa en la conducta del agente.

De otro lado la idea de complementar la responsabilidad extracontractual con seguros obligatorios para cierto tipo de riesgos usuales, ha quedado definitivamente plantada en nuestra legislación. Y se ha descartado la creencia de que este tipo de soluciones no pertenecen al Derecho Civil sino al Derecho Comercial o a legislaciones especiales como la del Seguro Social Obligatorio. Es verdad que el artículo 1988 se limita a declarar la posibilidad de un seguro obligatorio, sin que esta institución juegue un rol directo en la determinación y justificación de la responsabilidad, como lo proponía el Proyecto. Pero, cuando menos, se ha dado un paso teórico hacia adelante, pequeño pero significativo.

Es también en el articulado del Proyecto que se encuentra la solución adoptada por el Código de 1984 respecto del viejo problema de la responsabilidad en caso de dolo. Desde el punto de vista teórico resulta evidente que la responsabilidad extracontractual persigue la reparación de todos los daños, ya sea que hayan sido cometidos con culpa, con dolo u objetivamente. Y esta tesis -prácticamente incuestionable- ha sido defendida en el Perú por juristas tan eminentes como José León Barandiarán ("Comentarios al Código Civil Peruano", t. I, 2a. ed., Ediar Editores, Buenos Aires, 1954, pp. 378-383). Sin embargo, la Corte Suprema reiteradamente ha establecido jurisprudencia en el sentido de que los daños y perjuicios derivados del dolo no son reclamables en la vía civil y la víctima o sus deudos no tienen más remedio que hacerlo a través de la acción penal que obviamente no está básicamente dirigida a fijar reparaciones sino a sancionar delinquentes y que, por tanto, no ofrece las garantías ni los mecanismos necesarios para discutir y probar adecuadamente el monto de los daños. (Vid, por ejemplo, Ej. Suprema de 15/8/78.

R. de J.P., Nos. 416-417, p. 854; Ej. Suprema de 4/9/78, R. de J.P., Nos. 418-419, p. 959; y otras más recientes).

El Proyecto de la Comisión Reformadora sostuvo que la acción de responsabilidad extracontractual y la acción penal son relativamente independientes, pudiendo la víctima optar por reclamar en una u otra vía. E incluso defendió la idea de que lo normal sería que la reparación de daños y perjuicios causados por un acto delictivo se exigiera por la vía civil, siendo la vía penal aceptable sólo de manera extraordinaria por razones de economía procesal. El Código de 1984 en su artículo 1969 ha acogido esta tesis estableciendo que tanto los daños producidos por culpa como los producidos por dolo, son reclamables civilmente. Lamentablemente, mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora estatua claramente los diferentes aspectos de esta situación y las implicancias entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, la versión definitivamente aprobada no se pronuncia sobre ellos. Este es, pues, otro caso en el que la jurisprudencia deberá construir las reglas y principios que efectivamente regirán estas situaciones. Pero, en todo caso, esa jurisprudencia ya no podrá regresar a la incongruencia de que un área muy importante de daños y perjuicios quede al margen de la normatividad específicamente prevista para resolver los casos de daños y perjuicios.

El nuevo Código ha recogido también la idea del Proyecto de la Comisión Reformadora de que los daños producidos por calumnia merecían estar consignados como un caso especial de responsabilidad (art. 1982). Sin embargo, el artículo del Proyecto incluía también los daños producidos por difamación -institución conocida en el Derecho anglosajón bajo el nombre de libelo- con el objeto de permitir al ciudadano común defender su reputación frente a los medios de comunicación de masas. La regla que consagraba este importante derecho -que constituye uno de los pilares de las sociedades democráticas y que ha dado lugar a sonados juicios en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos- fue suprimida en la versión definitiva del Código. Empero, la jurisprudencia no podrá dejar de reconocer que los daños y perjuicios ocasionados por la difamación a través de libros, revistas, diarios, televisión, etc. están indudablemente comprendidos en la regla general de la responsabilidad extracontractual; particularmente ahora que el artículo 1969 incluye tanto a la cul-

pa como al dolo. Por otra parte, la jurisprudencia podrá ayudarse en lo prescrito en los artículos 14 a 17 del Código para desarrollar creativamente esta responsabilidad.

La Comisión Revisora acogió también una innovación introducida por la Comisión Reformadora en el sentido de que la víctima puede accionar no sólo contra el causante sino también directamente contra el asegurador de éste. Creo que éste será un medio eficaz de evitar un juego dilatorio de las Compañías de Seguros en virtud del cual eran ellas quienes efectivamente defendían al causante del daño con sus propios abogados, pero no aparecían directamente; de modo que, una vez condenado su cliente al pago, todavía era necesario realizar gestiones adicionales para que pagara la Compañía de Seguros. Con la regla propuesta por la Comisión Reformadora y acogida por la Comisión Revisora, las Compañías de Seguros pueden ser directamente demandadas y la sentencia puede ser judicialmente ejecutada contra ellas. Sin embargo, como es evidente la jurisprudencia debe entender que tal solidaridad es sólo hasta por el límite asegurado establecido en la póliza respectiva.

El tema de la responsabilidad extracontractual es muy vasto y, como se puede apreciar, tiene ramificaciones que se extienden a todo el Código. No es posible plantear todas sus implicaciones de una sola vez; muchas de ellas serán descubiertas a lo largo del uso judicial de las normas del nuevo Código. Sin embargo es importante hacer notar a manera de conclusión que ésta es un área en la que el Poder Judicial tiene una gran responsabilidad porque mucho se encuentra por hacer.

Como señalábamos al inicio de estos comentarios, el Derecho no es monolítico ni se agota en la expresión literal de las leyes. Hemos visto que en este campo la ley no es clara, que existen orientaciones contradictorias, lagunas y fisuras en el paisaje descrito por el articulado del nuevo Código. Pero estos defectos de codificación son precisamente los que mejor permiten un mayor desarrollo jurisprudencial, siempre que los Jueces estén dispuestos a asumir sin timidez su rol creador de Derecho. Ello supone mucho coraje intelectual y también una solidez conceptual a prueba de toda crítica. Estoy seguro de que nuestro Poder Judicial sabrá aprovechar este desafío y, llevando a cabo una lectura moderna y dinámica del nuevo Código, podrá encontrar las soluciones que el país necesita.

PUBLICACIONES RECIENTES

Carlos Blancas Bustamante y Marcial Rubio Correa

Derecho constitucional general. 1986. XVI + 608 p.

Pedro de Cieza de León

Crónica del Perú. Segunda Parte. Edición, prólogo y notas de Francesca Cantù. Indices onomástico y toponímico por Miguel Angel Rodríguez Rea. 1985. LXXXV + 238 p.

Javier Iguñiz (Editor)

La cuestión rural en el Perú. 1986. 2a. ed. 334 p.

Maynard Kong

Lenguaje de programación Pascal. 1986. X + 364 p.

Manuel M. Marzal

El sincretismo iberoamericano. 1985. 240 p.

Historia de la antropología. Vol. I. La antropología indigenista: México y Perú. 1986. 2a. ed. 576 p.

Hugo Medina Guzmán

Física básica; teoría y problemas. 1985. 366 p.

Relatos del Primer Concurso Escolar sobre literatura popular organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1984. 1985. CIII p.

Marcial Rubio Correa

El sistema jurídico (Introducción al Derecho) 2a. ed. 1985. 372 p.

Varios

Para leer el Código Civil. I. 6a. ed. 1986. 241 p.

Para leer el Código Civil. I se terminó de imprimir el mes de julio de 1986 en los talleres de Editorial e Imprenta Desa, General Varela 1577, Lima 5, Perú. La edición consta de 1,500 ejemplares.

DE PROXIMA APARICION

PEDRO DE CIEZA DE LEON

Crónica del Perú. Primera parte.
2a. ed. Introducción de Franklin Pease G.Y. Nota de Miguel Maticorena Estrada. Indices onomástico y toponímico por Miguel Angel Rodríguez Rea

Crónica del Perú. Tercera parte
Edición y prólogo de Francesca Cantù. Indices onomástico y toponímico por Miguel Angel Rodríguez Rea. Vocabulario etimológico a cargo de Kurt Baldinger (de la Universidad de Heidelberg)

ANNE MARIE HOCQUENHEM

Iconografía mochica

JUAN GUILLERMO LOHMANN

LUCA DE TENA

Para leer el Código Civil V. El arbitraje

PEDRO PIZARRO

Relación del descubrimiento y conquista de los reinos del Perú. 2a. ed. Edición, consideraciones preliminares de Guillermo Lohmann Villena y Nota de Pierre Duviols

SUSANA REISZ DE RIVAROLA

Teoría literaria; una propuesta

MARCIAL RUBIO CORREA

Para leer el Código Civil III. Título preliminar

JOSE TOLA PASQUEL

Algebra lineal y multilineal. Segunda parte

FERNANDO DE TRAZEGNIES

Para leer el Código Civil IV. La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988)

VARIOS

Para leer el Código Civil II. 3a. ed.

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel
Apartado 1761. Lima, Perú
Tlf. 622540. Anexo 220

