

PARA LEER EL CODIGO CIVIL II



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1985

Para leer el Código Civil 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 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 Daurmier.

PARA LEER EL CODIGO CIVIL. II

PARA LEER
EL CODIGO CIVIL

II

COMUNIDAD DE LEY

1980

COMUNIDAD DE LEY

COMUNIDAD DE LEY

1980



MARCIAL RUBIO CORREA / CARLOS FERNANDEZ
SESSAREGO / SHOSCHANA ZUSMAN TINMAN / FE-
LIPE OSTERLING PARODI / MAX ARIAS-SCHREIBER
PEZET / CARLOS CARDENAS QUIROS / LORENZO
ZOLEZZI IBARCENA

PARA LEER

EL CODIGO CIVIL

II

PRESENTACION POR FERNANDO DE TRAZEGNIOS GRANDA



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

Fondo Editorial 1985

PRIMERA EDICION: Junio de 1984

PARA LEER

EL CODIGO CIVIL

II

Para leer el Código Civil. II.

Copyright © 1985 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel, Apartado 1761 Lima, Perú.



622540, Anexo 220

Miembro de la International Association of Scholarly Publishers (IASP).

Derechos Reservados

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN 84-89292-60-4

Impreso en el Perú - Printed in Peru



CONTENIDO

<i>Fernando de Trazegnies Granda</i> , Presentación	9
<i>Marcial Rubio Correa</i> , Abuso del Derecho	15
<i>Carlos Fernández Sessarego</i> , La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984	33
<i>Shoschana Zusman Tinman</i> , El error en el acto jurídico	51
<i>Felipe Osterling Parodí</i> , De las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias	73
<i>Max Arias-Schreiber Pezet</i> , Lesión	109
<i>Carlos Cárdenas Quirós</i> , Contrato por persona a nombrar	133
<i>Lorenzo Zolezzi Ibárcena</i> , Disposiciones de contenido procesal	147

PRESENTACION

El Fondo Editorial presenta a la comunidad jurídica nacional un segundo volumen de *Para leer el Código Civil*, que continúa la línea de aquél que fue publicado anteriormente.

La acogida que recibió el primer volumen es una manifestación de la necesidad que tiene el Derecho de repensar sus criterios en razón de las nuevas circunstancias en que vivimos. Estamos en una época de la Historia del Derecho peruano en la que la investigación jurídica constituye un imperativo impostergable. Profundos cambios afectan a nuestra sociedad en todos sus aspectos. Desde el punto de vista sociológico, nos encontramos ante un país pobre cuya población ha aumentado abrumadoramente en muy pocos años; y esta "masificación" nacional da lugar a inmensos y no calculados problemas de vivienda, de alimentación, de recursos de inversión, de capacidad de trabajo, de expectativas, de anhelos, de temores y de esperanzas frustradas. Por otra parte, esta población que de pronto se ha estirado, ha comenzado también a integrarse. Los compartimentos-estancos de regiones geográficas, de clases sociales, de culturas, empiezan a resquebrajarse al punto de dar la idea de una gran confusión y desorden. Muchos de los valores celosamente guardados en cada una de las cápsulas sociales resultan afectados cuando la impermeabilidad de los diques

y represas tradicionales falla y entran en contacto los distintos valores, las diferentes costumbres, las variadas maneras de pensar, las múltiples estrategias para sobrevivir y también los defectos, los intereses egoístas, los resentimientos malsanos, de cada uno de esos sectores geográficos, económicos y culturales que integran la nacionalidad. Todo ello crea una sensación general de inseguridad, de aire contaminado, de caos, de derrumbe moral e institucional, de irresponsabilidad, de iniciativa desenfrenada —muchas veces ilegal— ante la quiebra de los controles y de las pautas de vida tradicionales que cuando menos conservaban un cierto sentimiento de comunidad en el interior de cada grupo-estanco. Y si a todo ello agregamos una inflación galopante como nunca conoció el Perú, que corroe los salarios, derrite los ahorros, desorienta los cálculos económicos, socava las empresas y reparte miseria, el cuadro adquiere todo su colorido dramático.

Estamos viviendo en un mundo en transición, con todos los problemas de destrucción, readaptación y creación que implica todo cambio. Pero transición ¿hacia qué? ¿Hacia un mundo mejor, más integrado, más homogéneo, más rico en bienes materiales pero también en vivencias, en cultura, en calidad de vida? ¿O simplemente nos estamos dirigiendo hacia un mundo que nos hará instalarnos definitivamente en la miseria generalizada, en la suciedad física y moral, en la irresponsabilidad, en la violencia, en la depredación del país bajo la bandera del desarrollo económico, en la fealdad urbana con el pretexto ocioso de que el buen gusto es un lujo que no podemos pagar, en la destrucción de todo lazo social con el argumento de que cada persona no tiene más remedio que crear su propio entorno vital debido a la incapacidad de los Poderes públicos?

El Derecho no puede quedar impávido ante un espectáculo de este tipo, donde se juegan cosas tan importantes y donde todo espectador es también de alguna manera parte del juego: hay un desafío que surge de la sociedad en transición y que el Derecho tiene que aceptar. Pretender mantenerse en una *turris eburnea* dentro de este mundo convulsionado es condenarse al fracaso: si el Derecho no toma en cuenta las modificaciones de las circunstancias y se deja transportar por el aroma embriaga-

dor de una pretendida universalidad, corre el riesgo de quedar reducido —a pesar de su validez formal— a un mero desvarío intelectual, con poca aplicación práctica. Sin embargo, el Derecho tampoco puede ser simplemente empujado por las circunstancias y modificado al compás y en el sentido de las modificaciones de la sociedad. El Derecho constituye un campo social específico de reflexión y no el mero reflejo de las agitaciones de los otros campos de la vida social. Por ese motivo, las transformaciones del Derecho no son simples transliteraciones en el lenguaje de las normas de lo expresado por la sociedad en términos económicos, sociológicos o políticos: el Derecho ofrece una respuesta propia a la problemática social. Esto significa que la acción del Derecho es dialéctica, en el sentido más literal del término: hay un diálogo entre el Derecho y los otros campos de la vida social (como lo hay también entre los demás campos de la vida social unos con otros). Ahora bien, un diálogo significa la existencia de discursos diferentes —sobre el mismo tema, pero diferentes— que se comparan, se evalúan, se contestan. En consecuencia, el Derecho no puede limitarse a recibir y retransmitir bajo otro código las pulsiones sociales, sino que tiene la posibilidad de brindar una nueva perspectiva de análisis, de ofrecer otro punto de vista sobre los problemas sociales, de intentar no únicamente adaptarse a una nueva sociedad quizá cargada de aspectos negativos sino también de adaptar esa sociedad, hacerla mejor, ayudarla a reorientarse de manera más válida, moralmente hablando.

La dación de un nuevo Código Civil constituye una demostración importante de esta preocupación del Derecho por mantenerse al día y por ofrecer su voz para intentar canalizar las nuevas fuerzas que ingresan un poco atropelladamente por el umbral de la Historia. Pero un Código no es sino un documento de trabajo: a partir de él, es preciso reconstruir grandes áreas de la vida jurídica, explorar nuevas tierras que se abren ante nuestra vista debido a que ha sido modificado nuestro horizonte legislativo. El Derecho es una tarea de recreación permanente: en base al material normativo disponible, es posible hacer siempre nuevas y variadas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Por ello, dado que nos ha sido suministrado un nuevo y abundante material de construcción con la promulgación de un Código Civil diferente, se hace indispensable que los juristas analicen cuidadosamente ese material, a fin de conocer las nuevas posibilidades constructivas de soluciones jurídicas que nos ofrece. No se trata de hacer una mera labor exegética. En el fondo, la exégesis se basa en una doble vanidad: la del legislador que cree haber hecho la obra perfecta, intocable, absolutamente unívoca, que dentro de su marco no permite creación alguna porque ya todo está completo en ella y a los juristas no les toca sino entender adecuadamente lo que ahí está dicho; y la vanidad del intérprete (que muchas veces es también el legislador) que piensa que es posible llegar en Derecho a una verdad única como en las Matemáticas y que se siente —él, el intérprete— capaz de alcanzar esa verdad monolítica y fijarla para siempre con la explicación correcta. Para nosotros, el Derecho tendrá siempre, como dice H.L.A. Hart, una "textura abierta"; los Códigos son un mero boceto, un esquema —obligatorio, pero no por ello menos esquemático— que debe ser continuamente completado en función de las circunstancias y valores en juego en cada situación particular. Por ello, la labor de la doctrina no consiste en congelar el sentido de la norma sino en explicar la gran variedad de sentidos posibles. No necesariamente cada jurista debe presentar una colección de ideas contradictorias o cuando menos divergentes respecto de cada norma. Es posible que muchos juristas estén convencidos de que sus interpretaciones son definitivas dentro de las actuales condiciones. Pero el Derecho es, en realidad, una colección de opiniones que se creen firmes y definitivas y que, sin embargo, son discrepantes entre sí. Lo importante consiste en no olvidar la naturaleza argumentativa del razonamiento jurídico que no persigue demostrar una verdad sino obtener una adhesión a una posición; y por ello pueden coexistir interpretaciones diferentes pero igualmente válidas. Es solamente si mantenemos viva esta idea en nuestra mente que sabremos comprender las posiciones contrarias no como simples errores (que a veces también los hay, cuando la pretendida interpretación contradice el texto literal de la norma) sino como diferentes puntos de vista que contribuyen a mostrar la riqueza de la ley.

Conscientes de la delicada misión que les corresponde dentro de la actual época histórica, los juristas peruanos han generado un verdadero renacer del espíritu creativo, particularmente en ciertos campos del Derecho. Es evidente que la preparación de un Código Civil y luego la necesidad de su interpretación han dado un impulso considerable a esta rama jurídica. Y es así como alguien ha dicho —creo que la idea es de Max Arias Schreiber— que ya puede hablarse de una escuela peruana de Derecho Civil.

Este volumen recoge interesantes trabajos orientados a profundizar en temas específicos planteados por el nuevo Código. El Fondo Editorial de la Universidad Católica espera que estas monografías puedan ser de ayuda para despertar la imaginación creadora y el espíritu de sana y rigurosa inventiva jurídica en magistrados, abogados, estudiosos del Derecho y, en general, en todos aquellos que tienen una aproximación técnica y profesional al nuevo Código Civil de 1984.

Lima, junio de 1985

Fernando de Trazegnies Granda

ABUSO DEL DERECHO

"CODIGO CIVIL, Título Preliminar, Artículo II.— La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda."

El abuso del Derecho, como institución jurídica, ha sido materia de amplio debate. Muchos autores lo rescatan como una institución positiva, aun cuando discrepan en lo referente a su naturaleza y alcances; otros niegan su existencia como una institución distinta a la responsabilidad civil y, así, consideran que su inclusión en los textos legislativos es un error conceptual.

Nuestra posición frente a la materia, en síntesis, consiste en que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas; que por lo tanto ha sido correctamente recogido en los textos normativos (tanto de 1936 como de 1984); que es aplicable no sólo al Derecho Civil sino a todo el sistema jurídico; y, que su mayor riqueza sólo puede provenir del desarrollo jurisprudencial.

El primer asunto y en verdad determinante para admitir la existencia del abuso del derecho, consiste en encontrar su ubicación precisa entre los campos de lo lícito, y de lo ilícito regulado por la responsabilidad civil.

El marco de lo lícito, es decir, del correcto ejercicio de los derechos, está dado por un conjunto de normas generales que, bajo la forma de *standares jurídicos* (1) diseñan los principios generales que gobiernan las conductas de las personas (2).

En gran síntesis, estas normas generales son:

— El literal a) del inciso 20º del artículo 2º de la Constitución que establece: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", que es la actual norma que regula la libertad individual frente al Derecho.

— El literal b) del mismo inciso en la parte que señala: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley", que es norma complementaria de aquélla.

— El artículo 72º de la Constitución, que encabeza el capítulo de los deberes de la persona y establece: "toda persona tiene el deber de vivir pacíficamente, con respeto a los derechos de los demás; y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria".

(1) Según Claude Du Pasquier, el *standard* es una norma cuyo contenido es por naturaleza flexible, adaptable a diversas circunstancias, y cuya determinación queda a criterio de la autoridad competente para aplicarla. (DU PASQUIER, Claude... *Introducción al Derecho*.— Lima, ediciones Justo Valenzuela V. e.i.r.l., 1983.— Parte II; cap. V; p. 64).

(2) El abuso del derecho se refiere al ejercicio de los derechos de las personas de derecho privado, no de las atribuciones de las de derecho público que, en todo caso, incurren en abuso de poder.

De otro lado, está la normatividad correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual (3) que, para efectos de nuestro trabajo, tiene dos grandes tipos de normas:

— Unas que funcionan en el Derecho Civil como las normas especiales de tipificación en el Derecho Penal, es decir, que son el conjunto de disposiciones que establecen cuando nos hallamos ante un ilícito de naturaleza civil. En este sentido, existen tanto las normas genéricas de determinación de la responsabilidad civil extracontractual (artículos 1969º y 1970º del Código vigente), como diversas normas que determinan ilícitos civiles especiales: son las demás disposiciones recogidas en el libro de la responsabilidad civil extracontractual (4) y otras diseminadas a lo largo del Código, que tienen similar finalidad (5). En conjunto, ellas limitan la acción de las personas, prohibiendo o sancionando, según lo establecido en el literal b) del inciso 20º del artículo 2º de la Constitución.

— Otra es una norma genérica que está ubicada en el artículo 1971º inciso 1º del Código vigente, según la cual no hay responsabilidad "en el ejercicio regular de un derecho". Sistemáticamente, esta norma establece que no existe ilegalidad en la conducta que, agravando el derecho ajeno, se realiza en ejercicio regular de un derecho propio.

En apariencia, entonces, no hay lugar para el abuso porque si el derecho es ejercido regularmente nos hallamos ante un hecho lícito y, si es ejercido irregularmente o si actuamos dañosamente sin estar ejercitando ningún derecho, caemos en el ilícito civil.

(3) La distinción del abuso del derecho plantea especial problema conceptual frente a la responsabilidad civil extracontractual, aun cuando también puede ocurrir un abuso en la relación contractual. En este trabajo, nos centraremos en su distinción con la responsabilidad extracontractual.

(4) Artículos 1972º a 1988º del Código Civil vigente.

(5) Por ejemplo, los artículos 93º, 708º, 909º, etc., del Código.

Según Warat (6), citando a Duguit, la teoría del abuso del derecho se originó durante el siglo XIX y la doctrina general está de acuerdo en señalar que no existió previamente (7). El fundamento de su aparición hace poco más de cien años, estaría en el reconocimiento extensivo que la revolución liberal hizo de la libertad y también de la propiedad.

En efecto, durante el Antiguo Régimen, no se reconocía a las personas ciertos derechos como propios y exigibles. Ni la igualdad ni la libertad estaban garantizadas de manera plena. Las Cartas firmadas entre varios monarcas ingleses y sus vasallos constituyeron antecedentes del reconocimiento de la libertad, pero en modo alguno fueron plasmación de los derechos civiles, de las libertades públicas o de los derechos humanos, tal como son considerados en los últimos tiempos.

La Asamblea Nacional francesa, a poco menos de dos meses de constituida, aprobó la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* en cuyo texto pueden leerse las siguientes normas:

"Artículo 2º— El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."

"Artículo 4º— La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley."

"Artículo 5º— La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena."

(6) WARAT, Luis Alberto... *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*.— Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.— pp. 35 y ss.

(7) Sobre los antecedentes de la teoría del abuso del derecho ver MARTIN BERNAL, José Manuel... *El Abuso del Derecho*.— Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1982.

Nótese el carácter de la protección dada a la libertad:

- Es definida en términos individuales y casi absolutos, en la medida que sólo tiene como límite la libertad individual del otro u otros.
- Los límites sólo pueden ser determinados por la ley y deberán aplicarse con criterio restrictivo, pues la parte final del artículo 5º establece una norma general, con rango de principio, según la cual lo que verdaderamente opera es la libertad y, por excepción, lo expresamente ordenado o impedido.

Si bien las normas contenidas en estos artículos de la Declaración francesa tienen similitud con las de los literales a) y b) del inciso 20º del artículo 2º de nuestra Constitución (antes mencionados), aparece una diferencia sistemática en el tratamiento de la libertad: la Declaración francesa no contiene deberes en tanto que nuestra Constitución sí (8), y allí puede encontrarse un avance significativo en la socialización de las conductas individuales: el artículo 72º de nuestra Carta, también transcrito anteriormente, rescata la función social de la actividad humana, en términos del "respeto a los derechos de los demás", y como contribución "a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria".

A pesar de estas diferencias formales en la legislación, es de resaltar que nunca, ni aún en los albores de la sociedad liberal establecida por las revoluciones del siglo XVIII, se pensó que la libertad de los individuos pudiera ahogar la vida social. Mucho de lo que la Declaración francesa contiene está inspirado en los escritos de Juan Jacobo Rousseau quien, en *El Contrato Social*, sentó las bases modernas de dicha teoría, según las cuales cada persona componente de la sociedad detenta una cuota proporcional de soberanía, las decisiones son adoptadas por la mayoría asumiendo el carácter de *voluntad general*, y ella se impone obligatoriamente a los sujetos bajo forma de ley. En

(8) Nuestra Constitución no es el único texto en el que se establecen deberes al lado de los derechos. La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (de la OEA) es otro texto cuidadosamente elaborado en dicha sistemática.

otras palabras, los supuestos teóricos de la Declaración francesa son, en primer lugar, la permanencia de la sociedad; segundo, la existencia y protección de la libertad; tercero, la existencia de la ley como expresión de la voluntad general que puede establecer recortes y limitaciones al ejercicio de dicha libertad; y, cuarto, la imposición obligatoria de dicha ley a los sujetos.

Frente al Antiguo Régimen que es el modelo de organización política suplantado por la revolución liberal, el nuevo exaltó la libertad. Esta decisión dejó una resquebrajadura en el sistema jurídico por la siguiente razón: la libertad era la norma general y, su excepción, las limitaciones expresamente fijadas por la ley. Cualquiera persona vinculada al quehacer jurídico puede fácilmente percatarse de que, así establecidas las cosas, puede ocurrir que la libertad sea ejercitada en el borde donde siendo dañosa socialmente, no ha llegado a ser ilegal por cuanto no existe norma de excepción expresa desde que el legislador no puede prever normativamente todos los posibles excesos.

De esta manera, el abuso del derecho nació como una institución jurídica correspondiente al reconocimiento extensivo de la libertad, y que permite al juez calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad.

Un ensayo de definición

Así, entonces, el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica (9).

(9) La integración jurídica es la rama de la teoría del Derecho, que establece los principios y métodos de solución de aquellos hechos sociales que deben ser regulados sin que para ellos exista norma expresa. Opera mediante la analogía y la utilización de los principios generales del Derecho.

El acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo (10) dentro del sistema jurídico de que se trate.

Sin embargo, ese acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho y, por tanto, configura una laguna del Derecho que debe ser resuelta por el juez.

El tema de las lagunas del Derecho es harto complejo y no toda la teoría las reconoce (11). Una laguna puede definirse como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera debiera estar regulado por el sistema jurídico y, por tanto, tener una solución normativa. Kelsen, entre otros, sostiene que las lagunas del Derecho son creaciones no jurídicas de los juristas porque ante la falta de legislación ad hoc, no cabe aplicar normas que no sean las que estatuyen la libertad. Refiriéndose a las posiciones que reconocen la existencia de lagunas dice: "Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido" (12).

Nuestra legislación, sin embargo, ha tomado partido por reconocer la existencia de las lagunas del Derecho y por exigir al juez su solución jurídica. Las normas, con pequeñas diferencias de redacción, están en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y en el inciso 6° del artículo 233° de la Constitución que establece:

"Artículo 233°— Son garantías de la administración de justicia:

- (10) La clasificación **derecho objetivo/derechos subjetivos** ha sido criticada en la doctrina como una categoría conceptual general. Sin embargo, es útil para ciertas explicaciones específicas como ésta.
- (11) Hacemos una exposición más detallada de este tema en RUBIO CO-
RREA, Marcial... **El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.**— Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.— Cap. X.
- (12) KELSEN, Hans... **Teoría Pura del Derecho.**— México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.— Cap. V; p. 255.

6.— La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Esta norma prevé que puede haber circunstancias de la vida real que no se hallen debidamente reguladas por el sistema jurídico, y que deban ser resueltas por el juez. Es claro, así, que nuestra Constitución no comparte los criterios kelsenianos y, a la inversa, se pronuncia por la integración jurídica. Implícitamente, además, el texto constitucional reconoce que el Derecho es un sistema compuesto no sólo por normas jurídicas positivas, sino también por principios generales y por principios particulares del Derecho nacional.

Desde la perspectiva que hemos asumido, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, tiene estrecha conexión con el artículo transcrito pues, en buena cuenta, la naturaleza jurídica del abuso vendría definida por la existencia de una laguna del Derecho particular.

Naturalmente, las normas de ambos artículos son distintas entre sí. El artículo 233º inciso 6º de la Constitución se refiere a cualquier situación, en general, en la que el juez pueda encontrar defecto o deficiencia en el sistema jurídico positivo. En cambio, el artículo II, referente a abuso del derecho, es más específico aún y se refiere a una laguna con las siguientes características

- Existe una norma positiva que reconoce un derecho.
- Se produce el ejercicio de ese derecho por un sujeto.
- Ese ejercicio del derecho, tal como ha sido llevado a cabo, no está limitado ni prohibido por ninguna norma positiva.
- Sin embargo, se entiende que dicho ejercicio contraría las normas generales de convivencia social (en términos concretos al artículo 72º de la Constitución y lo que él significa)

y, por tanto, que los tribunales deben restringir o prohibir esa particular manera de ejercitar el derecho (13).

Así perfilado, el abuso del derecho asume las siguientes características, a manera de resumen:

- Es aplicable ante el ejercicio de los derechos subjetivos por los sujetos. En rigor, por tanto, es más propio hablar de “el abuso en el ejercicio de los derechos”, que de “el abuso del derecho”, frase esta última que puede prestarse a confusiones semánticas porque permite aludir no sólo al derecho subjetivo, sino también al derecho objetivo.
- El abuso ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios del Derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social.
- El abuso tiene así conexión con el reconocimiento de las lagunas del Derecho en nuestra legislación positiva.
- La existencia del abuso, y la medida correctiva pertinente, son determinadas por el magistrado judicial en aplicación de los procedimientos de integración jurídica (14).

Algunas teorías sobre el abuso del derecho que no son aceptables

La doctrina ha elaborado paulatinamente la definición del abuso del Derecho, y ha ido decantando propuestas que luego resultaron inapropiadas. No es posible hacer una enumeración detallada de todas ellas, pero sí podemos abordar las principales.

- (13) Dabin diría que el abuso del derecho contraría las reglas de moralidad. Ver: DABIN, Jean... *El Derecho Subjetivo*.— Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- (14) Vale la pena señalar, a propósito de esto, que la teoría reconoce que la integración jurídica debe ser utilizada restrictivamente en la medida que el órgano jurisdiccional asume la función de crear normas jurídicas, es decir, función legislativa materialmente hablando. Con mayor razón habrá que tomar restrictivamente la aplicación de la institución del abuso del derecho, pues el magistrado lo que hace es restringir, por vía jurisprudencial, un derecho reconocido por las normas positivas.

La primera y más sencilla consiste en decir que el abuso del derecho es un ilícito civil, es decir, una manera de ejercitar los derechos expresamente limitada, prohibida o sancionada por la legislación. En verdad, si así fuera, carecería de sentido estatuir el abuso del derecho como institución diferenciada, pues bastaría con aplicar la norma restrictiva o de sanción correspondiente. En este contexto, el artículo II del Título Preliminar carecería de razón de ser.

Otra teoría señala que el abuso del derecho consiste en la intención dañosa del actor en el siguiente sentido: ejerce su derecho para dañar a otro. Frente a esta definición cabe decir que, si el motivo determinante del actuar es la intención de causar daño, estamos claramente ante un ilícito civil regulado por la norma general de la responsabilidad civil extracontractual. En otras palabras, estamos ante el caso anterior ya desechado.

Una tercera teoría, variante de la anterior, es considerar como abuso el ejercicio de un derecho que ineludiblemente acarreará un daño contra tercero. Por ejemplo, es el caso del cobro coactivo de una deuda o de la construcción de un muro que tapa la vista del vecino sobre nuestro predio. En estos casos, no obstante, estamos ante la justificación que en términos generales, contiene el inciso 1º del artículo 1971º del Código Civil, es decir, el ejercicio regular de un derecho.

Sistemáticamente hablando, el inciso 1º del artículo 1971º del Código tiene una función muy precisa: el ejercicio del derecho mantiene su licitud cuando uno de sus efectos consustanciales es causar un daño a tercero. Es más: ello ocurre frecuentemente desde que cada norma jurídica puede ser impuesta coactivamente por el Estado. Desde luego, decir esto es algo cualitativamente distinto a afirmar que cualquier ejercicio de un derecho es de por sí regular y, en consecuencia, lícito y amparable (15).

Una cuarta teoría es la que considera que existe abuso del derecho cuando, al ejercitarlo, se causa daño a otro. De impacto, esta teoría sin embargo tiene limitaciones. Ellas son principalmente las siguientes:

(15) La sutileza resulta fundamental y podemos encontrar las siguientes situaciones:

- Ya hemos visto que muchas veces, el ejercicio regular de un derecho puede ser consustancial a la producción de un daño. Por lo tanto, no siempre causar daño implica abuso o ilícito.
- De otro lado, no todo daño merece resarcimiento o indemnización. Sostener esto sería equivalente a convertir la teoría de la responsabilidad objetiva en norma absoluta, criterio que la doctrina jamás ha buscado y que, por tanto, no puede aplicarse al abuso del derecho.

Hemos dejado para el final la teoría según la cual tras el ejercicio de los derechos debe suponerse como sustrato un *interés serio y legítimo* de parte del agente, y que ha sido defendida principalmente por Josserand. En esencia, dicha teoría sostiene que tras todo derecho existe un interés social. Cuando el derecho se ejerce al margen de dicho interés, o en contravención a él, se configura un abuso.

Hay tres argumentos que la impugnan. Ellos son:

- Que no siempre es cierto que tras cada derecho reconocido pueda inferirse el interés serio y legítimo subyacente. Pretenderlo así es equivalente a decir que tras cada norma positiva hay una clara *ratio legis*, o que tras cada institución jurídica hay una *causa* en el sentido tradicional que ha asumido la teoría de la causa en el Derecho. Se sabe que ello no
 - El ejercicio de un derecho sin dañar ni estorbar. Es un típico ejercicio lícito del derecho subjetivo.
 - El ejercicio de un derecho causando daño por la naturaleza misma del derecho ejercitado. Es el caso del embargo de los bienes de un deudor moroso. Estamos ante el caso del inciso 1º del artículo 1971º del Código Civil.
 - El ejercicio de un derecho causando daño o alterando la armonía de la vida social de manera tal que no parece razonable permitirlo de acuerdo a los principios del Derecho, aunque tal manera de ejercitar el derecho no esté expresamente prohibida.
 - El daño por dolo o culpa, por riesgo o la violación de una norma restrictiva que configuran ilícitos civiles.
- Así, podemos graduar las diferentes situaciones, diferenciando el ejercicio regular del abuso del derecho.

es así y, en consecuencia, sería sumamente grave atar el ejercicio de cada derecho, en cada circunstancia, a la evaluación (por lo demás subjetiva) de su conformidad o no con dicho interés.

— En segundo lugar, se ha dicho que no siempre el actor tiene un motivo legítimo para ejercitar su derecho. Muchas veces opta por él simplemente porque tiene el derecho, no porque encuentre una justificación. Establecer como causa determinante la conformidad del ejercicio con el interés serio y legítimo obligaría a un permanente examen de conciencia frente al actuar, y al recorte de la libre decisión de la persona, cosa difícil de hacer aun cuando el interés correspondiente a cada derecho, siempre pudiera ser inequívocamente identificado.

— En tercer lugar, los derechos son establecidos en respeto al principio de la libertad de actuar y la mejor prueba de ello es que cabe, al agente, renunciar voluntariamente al ejercicio de la inmensa mayoría de sus derechos. En otras palabras, los derechos suponen la libertad de elegir entre ejercitarlos o no. Establecer como criterio que ellos deben ajustarse al interés serio y legítimo, es sustituirlo a la libertad de actuar, lo que no parece admisible.

De esta manera, puede concluirse que en la calificación del abuso no intervienen necesariamente ni el daño inflingido, ni lo ineluctable del daño al ejercitar el derecho, ni la existencia cuestionable de un interés serio y legítimo. Por coherencia técnica, tampoco interviene la intención o culpa en la producción del daño porque eso es materia propia de una institución distinta que es la responsabilidad civil.

Ejemplos de abuso del derecho

Alberto Rey de Castro señala varios casos del Derecho comparado:

“Las aplicaciones prácticas de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia comparada se manifiestan, entre otros, en los

siguientes casos: corrección excesiva de los hijos por los padres; emancipación del hijo con el solo fin de sustraerlo del cuidado de la madre; ejercicio por la esposa de una profesión que no se inspira en el interés de la familia; acción de desahucio contra el inquilino de un inmueble, la cual, dadas las circunstancias, lleva a la consecuencia inhumana de una desocupación desastrosa para una familia pobre y con niños muy pequeños o enfermos; rompimiento inmotivado de los tratos preliminares de un contrato; ciertas rescisiones contractuales injustificadas; rehusamiento para contratar con determinadas firmas en ofertas abiertas al público; acuerdos de los órganos de las sociedades comerciales para dañar a las minorías; dividendos que no se inspiran en el interés social; construcciones que tienen como objeto velado mortificar a los vecinos; uso de la radiotelefonía que perturba la recepción radial en las inmediaciones; elección de una jurisdicción perjudicial para el demandado; embargos notablemente exagerados; dilación en el pago de una indemnización a cargo del asegurador, mediante abuso del procedimiento; demandas temerarias o innecesarias; tercerías, oposiciones, pedidos de nulidad, etc. con el exclusivo fin de dilatar los juicios; huelgas y lockouts abusivos; boycotts; listas negras." (16)

En el Perú hay un caso relativamente reciente que puede desarrollarse con extensión y es el de la manera cómo la televisión peruana informó al público sobre los sucesos de El Sexto en abril de 1984. Producido un motín con captura de rehenes, los delincuentes procedieron a la realización de diversos actos de grave violencia para presionar a las autoridades y facilitar su fuga.

En el marco de la libertad de información reconocida por la Constitución y el Gobierno, y también en el de la competencia abierta entre las empresas de difusión, cada uno de los canales, durante alrededor de ocho horas, presentó en vivo y en directo los actos más crueles de lesiones y asesinato llevados a cabo por los delincuentes. Que ello se hiciera inclusive interrumpiendo programas infantiles (secularmente transmitidos en dichas horas) fue irrelevante para la decisión informativa y, por todo ello, miles de

(16) REY DE CASTRO, Alberto... La responsabilidad civil extracontractual.— Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972.— Cap. VII; sección IV; p. 186.

padres de familia, autoridades, e inclusive periodistas serenos, manifestaron su disconformidad y rechazo.

Desde el punto de vista jurídico, no se puede encontrar norma que prohíba a los canales de televisión informar de cualquier suceso, a cualquier hora, y ante cualquier televidente. La cobertura informativa realizada aquella tarde de abril de 1984, en rigor, no fue pues ilícita. Sin embargo, si apreciamos más extensamente el daño moral y educativo hecho a los niños y a la conciencia social general ante la presentación de esas escenas, no podemos sustraernos a la constatación de que fue una jornada negativa y, en términos específicos, violatoria de los deberes de respeto a la cultura, la educación y la formación de la personalidad de los televidentes. Con posterioridad a los hechos, hubo muchos pronunciamientos públicos sobre la inconveniencia de este espectáculo y hay razones poderosas para argumentar que si las autoridades hubieran regulado el momento de la información, no se habría agravado ninguna libertad ni ningún principio democrático. Al contrario, se habría prestado un servicio al país, por ejemplo, autorizando la información en horas en las cuales los mayores hubieran podido administrar el uso de los aparatos de televisión.

No se trata, entonces, de que ciertos episodios no sean informados. Sí, de que esa información sea administrada con madurez y al margen de motivaciones puramente competitivas. Es claro que en abril de 1984, los medios televisivos nacionales ejercieron su derecho a información, no cayeron en ilicitud, pero sí abusaron de su derecho a informar al hacerlo de esa manera y en aquellas horas.

Los efectos de la constatación del abuso del derecho

El propio artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece las consecuencias del abuso del derecho, innovando positivamente frente al similar artículo II del Código de 1936. En síntesis ellas son:

- En primer lugar, que el abuso del derecho no es amparado por la ley. Es evidente que aquí el legislador se refiere no a las leyes formales (aquellas aprobadas por el Congreso), sino al sistema jurídico en general. Es decir, que la norma equi-

vale a decir que en el Derecho, el abuso de los derechos no resulta amparado. Es, así, una norma que trasciende el campo civil para regular a todo el sistema jurídico.

— El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar el abuso, es decir, que la protección es extendida aun para evitar una situación potencial de abuso.

Esta consideración implica una reforma procesal pues una acción por abuso deberá ser tramitada por el procedimiento ordinario de acuerdo a las normas vigentes y, resulta innecesario decirlo, mediante esta vía es imposible lograr un oportuno evitamiento. Coincidimos en este punto con Alberto Rey de Castro cuando, a propósito del Código de 1936, expresa lo que aún hoy queda por hacer a pesar del Decreto Legislativo que estatuyó las normas de procedimiento para el nuevo Código Civil: "Es lamentable que aún no se haya provisto a los artículos II del Título Preliminar y 861° del Código Civil de una acción pronta y efectiva que sirva para detener la amenaza de un perjuicio o el perjuicio ya causado y continuado." (17)

— El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para suprimir el abuso, lo que equivale a decir que éste ya viene produciéndose y que debe cesar.

— El interesado puede exigir, en su caso, la indemnización que corresponda, lo que evidentemente hace alusión al daño producido. Esta consecuencia es equivalente a la que el artículo 1969° atribuye a quien causa un daño bajo la forma general de la responsabilidad civil extracontractual.

La gama de consecuencias normativas para efectos del abuso del derecho es, así, mucho más rica que la correspondiente a la responsabilidad civil, lo que abona sobre la distinta naturaleza de ambas instituciones.

(17) Loc. cit.

Derechos de los que no se puede abusar

Sabido es que todos los derechos tienen existencia y razón de ser sólo en la vida en sociedad. Sin embargo, tienen diversos círculos de aplicación. Algunos sólo pueden realizarse en la interacción activa de unos sujetos con otros como ocurre con los derechos a contratar, a asociarse, a reunirse pacíficamente, a informar, a expresar opinión, etc. Otros, por el contrario, tienen un círculo de realización más limitado: son de la persona en sí misma (aunque dentro de sus relaciones sociales). Tal es el caso del derecho al nombre, a la imagen, a la intimidad, a las convicciones propias, etc. Según la doctrina, estos últimos derechos y sus similares no son susceptibles de ser ejercitados con abuso porque, no importa qué ejercicio se haga de ellos, en caso alguno se puede dañar a los demás, actual o potencialmente.

CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO

LA DESAPARICION EN EL NUEVO CODIGO CIVIL
DE 1984

El Código Civil de 1936 no distinguía ni los alcances ni las consecuencias jurídicas de la desaparición y de la ausencia. Estas carencias han sido suplidas por el nuevo Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984. En este cuerpo legal se diferencia, con toda nitidez, la desaparición de la ausencia y se determinan los diversos efectos jurídicos que generan.

El artículo 590° del Código Civil derogado establecía que cuando una persona "se ausentare o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se proveerá a la curatela de éstos, observando lo dispuesto en los artículos 559° y 563°". Del texto del artículo parcialmente glosado se desprende la existencia de una confusión entre los conceptos de desaparición y ausencia, en tanto se utiliza la disyunción "o" y se descarta, contrariamente, la aplicación de la conjunción. Aparentemente, para el codificador de 1936, no existía diferencia conceptual entre estas dos posiciones jurídicas.

Si, de una parte, existía en el Código Civil abrogado, confusión en el tratamiento de la desaparición y la ausencia, de otra, se atribuían a ambas situaciones la misma consecuencia jurídica. En efecto, el indicado artículo 590° del Código Civil de 1936, imputa tanto a la desaparición como a la ausencia el único y co-

mún efecto —a falta de mandatario— de la designación de un curador para la administración de los bienes del desaparecido o ausente.

El Código de Procedimientos Civiles, incomprensiblemente aún en vigor, incurre en igual confusión a través de sus artículos 1272º, 1273º y 1274º. En el primero de dichos numerales se equipara al desaparecido con el ausente al considerarse que "se declarará ausente y se nombrará guardador (sic) a la persona que se ha separado o desaparecido de su domicilio o residencia, y de cuya existencia no se tiene noticia durante un año a lo menos". Los artículos 1273º y 1274º se refieren exclusivamente al ausente.

El Código Civil de 1984 regula en dos artículos, el 47º y el 48º, el hecho de la desaparición, mientras que, como hipótesis jurídica diversa, la ausencia es tratada autónomamente por los artículos 49º a 60º. Para el nuevo Código, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, el concepto jurídico de desaparición es distinto del de ausencia así como son diversas las consecuencias jurídicas derivadas de cada una de dichas situaciones.

La desaparición es un *hecho*, como el nacimiento, la muerte, la residencia. Este hecho jurídico es descrito por el numeral 47º del Código como aquel en el cual una persona no se halla en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero. La desaparición es un no estar en su domicilio sin tenerse información sobre el lugar donde se encuentra la persona. Estas dos notas, características de la desaparición, deben presentarse simultáneamente, se exigen recíprocamente. De ahí que no baste que la persona no sea ubicada en su residencia (1). Es indispensable,

- (1) En doctrina se suele distinguir la residencia del domicilio y de la morada. Entiéndese por residencia el lugar donde la persona vive en unión de su familia, en forma habitual. La residencia es un hecho comprobable. El concepto jurídico de domicilio se elabora en base al hecho preexistente de la residencia a estar por lo prescrito en el artículo 33º del Código Civil. Basta, para la constitución del domicilio, la residencia habitual de una persona en un lugar. La morada, en cambio, es la residencia no habitual, el lugar donde provisional o transitoriamente se encuentra una persona. Podría ser, entre otros, el caso de un agente viajero en relación con el hotel en que se aloja.

además, que se sepa, a ciencia cierta, dónde se halla. La falta de alguno de dichos extremos imposibilita referirse a la desaparición. Como es obvio, si la persona anuncia, o de algún modo se sabe, cuál es el lugar de su destino no se configura el hecho de la desaparición. La persona, como es habitual, se aparta cotidianamente de su residencia por múltiples motivos, tales como dirigirse a su centro de trabajo, efectuar compras, acudir a la escuela, hacer un viaje de turismo, negocios o salud, irse de paseo o a un espectáculo. En ninguna de estas situaciones se presenta la nota determinante de la ignorancia del paradero de la persona, de la ausencia total de noticias sobre su posible ubicación.

El hecho de la desaparición, como lo señala el propio artículo 47º, genera como única consecuencia jurídica la designación de un curador interino encargado de custodiar los bienes del desaparecido. El artículo 47º no imputa ningún otro efecto jurídico aparte del que acabamos de mencionar.

El segundo párrafo del artículo 47º, antes referido, establece que no procede la designación de curador si es que el desaparecido tiene "mandatario" con facultades suficientes. En realidad, el mencionado numeral debió haberse referido a *apoderado* en vez de *mandatario*. En efecto, el Código Civil vigente, a diferencia de lo que acontecía en el Código derogado, distingue con toda nitidez la *representación* del *mandato*. De este modo se supera una distorsión del Código Civil Francés de 1804 y se retorna a las fuentes del Derecho Romano.

La propuesta de diferenciar los conceptos de representación y mandato se debe, hasta donde alcanza nuestra información, a una propuesta del Asesor de la Comisión Reformadora, doctor Carlos Cárdenas Quirós, presentada ante la Comisión Revisora. Es decir, cuando el Proyecto de Código Civil estaba ya sometido a revisión por esta última Comisión. La representación es un acto jurídico unilateral. El representado declara su voluntad en el sentido que otro sujeto de derecho realice, en su nombre, actos jurídicos. El representante, a su vez, expresa su voluntad en orden a que tales actos los efectúa en nombre del poderdante a quien, en consecuencia, deben atribuirse sus efectos en forma directa e inmediata. De ahí que el poder pueda ser revocado en cualquier momento a tenor de lo dispuesto en el artículo 149º del actual

Código, así como cabe la renuncia del mismo. Esta regla, propia de la naturaleza misma de la representación, admite en nuestro Código la excepción a que se contrae el artículo 153°. Nos referimos a la discutible posibilidad de otorgar a la representación el carácter de *irrevocable* en determinadas específicas circunstancias.

El mandato, en vez, es un acto jurídico bilateral, es decir, un contrato, el acuerdo de dos o más voluntades. En el caso del mandato el mandatario no actúa en nombre y representación del mandante. Los efectos del acto jurídico no se imputan, inmediata y directamente, al mandante. Por ser un contrato, el mandato se extingue de común acuerdo o en los casos previstos en el artículo 1801° del Código. Por las razones expuestas es que aún no logramos entender los precisos alcances del denominado "mandato con representación" normado en los artículos 1806° a 1808° del Código vigente y, muy especialmente, lo referido en el numeral 1807 cuando expresa que "se presume que el mandato es con representación".

Lo indicado en los párrafos precedentes justifica nuestra observación en el sentido que el artículo 47°, en su segundo acápite, debió referirse a *apoderado* y no a *mandatario*. La razón del error se origina en el hecho que la distinción conceptual entre representación y mandato se produjo con posterioridad a la revisión del numeral 47° efectuada por la Comisión Revisora con la presencia del ponente del Libro de Derecho de las Personas. Esta última Comisión omitió, por razones que ignoramos, sustituir la expresión *mandatario* por la de *apoderado* como con acierto lo había hecho tratándose del inciso segundo del artículo 59° del Código Civil. Lamentablemente, el ponente del Libro Primero, como ningún otro miembro de la Comisión Reformadora, integró la Comisión Revisora ni conoció el texto final resultado de tan ardua y repetida revisión del Proyecto lo que impidió formular observaciones. En todo caso, valgan estas líneas para esclarecer que la expresión *mandatario*, utilizada por el citado artículo 47°, no es correcta y que debe entenderse que tal numeral se refiere al representante o *apoderado*.

Hecha la necesaria observación, materia de los párrafos anteriores, cabe manifestar que, de existir representante dotado de facultades suficientes, resultaría innecesario el nombramiento de

un curador interino. Es evidente que el representante resulta ser la persona idónea para dedicarse a la tarea de conservar y custodiar los bienes abandonados por el desaparecido. La eventualidad de la designación de curador sólo se daría en la hipótesis en que, por cualquier circunstancia o por insuficiencia de la representación, el apoderado no se hallase en condiciones de cumplir con tal misión o en aquéllas otras que puedan requerirse si es que el desaparecido es titular de una o más empresas que necesiten de un manejo continuo a fin de evitar su colapso. Pensamos que el fracaso de una empresa no sólo afecta al interés individual o del grupo de quienes detentan la propiedad de los medios de producción, sino también al de la colectividad en general y, por cierto, al de los trabajadores en caso que no sean titulares de la empresa.

El hecho de la desaparición, al confrontarse con la normatividad, da como resultado que la situación jurídica del desaparecido sólo produce, como consecuencia derivada del hecho, el nombramiento de un curador interino (2). Lo que pretende el codificador es la custodia de los bienes del desaparecido cuando no existe representante con poderes suficientes.

La norma precedentemente glosada califica al curador como interino. Esta calidad supone que el curador ha de cumplir su función sólo por el tiempo que dure la desaparición, de modo provisional, por un lapso que no ha de ser indefinido. La calificación de interino que se atribuye en este caso al curador de los bienes

- (2) La expresión *situación* jurídica sólo en tiempo reciente ha adquirido relevancia y se ha difundido en la Teoría General del Derecho. Tal vez el esfuerzo más notable en este sentido se deba a Roubier, quien la define como "un complejo de derechos y de deberes, de prerrogativas y obligaciones, que se crean en torno a un hecho, o un estado, o un acto capaz de generar efectos jurídicos" (Cfr. *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963). Frosini, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma y conocido tratadista italiano del momento actual, estima que la definición más simple que se puede hacer de *situación* es "la de un sujeto considerado en relación con un ordenamiento jurídico" ("Il soggetto del diritto come situazione giuridica", *Rivista di Diritto Civile*, I, 1969, pág. 237). La definición, formulada con acierto por Vittorio Frosini, está inspirada en el pensamiento de Hans Kelsen.

del desaparecido es del todo acertada. La desaparición es una situación transitoria, a la espera de un desenlace que lógicamente ha de producirse en el tiempo (3). La desaparición se extingue con la reaparición de la persona, con su reincorporación de hecho al lugar de su residencia, si de alguna manera fidedigna se logra saber cuál es su ubicación en el espacio o designa representante con poderes suficientes. En cualquiera de estas hipótesis concluye la desaparición. Pero puede también ocurrir que, por el transcurso de dos años desde las últimas noticias del desaparecido y con el propósito de obtener seguridad jurídica, cualquier interesado o el Ministerio Público soliciten la declaración judicial de ausencia o, simplemente, la muerte presunta de producirse algunas de las tres hipótesis contempladas taxativamente en el artículo 63º del Código.

La *desaparición*, por constituir un hecho, debe ser comprobada por el juez. El hecho de la desaparición no requiere de declaración judicial alguna. Se aprehende, como todos los hechos de la experiencia, por la simple observación del fenómeno. En esto se diferencia claramente de la *ausencia*, situación en la cual sí se exige la declaración judicial sobre la base del hecho comprobado de la desaparición de la persona y la verificación del transcurso del tiempo. Para la declaración de ausencia deben pasar dos años desde que se tuvo las últimas noticias del desaparecido. Es decir, desde que se produjo el hecho mismo de la desaparición, sin necesidad de que se haya efectuado la designación de curador interino.

La ausencia es así un concepto jurídico que se elabora a partir del hecho preexistente de la desaparición y del transcurso del tiempo. De no existir el hecho de la desaparición de una persona no surge la situación de ausencia. Caso similar se presenta entre el hecho de la residencia —el estar ahí, en un lugar del espacio— y el concepto jurídico de domicilio. El domicilio requiere también del hecho preexistente de la residencia, ya que se constituye por la residencia habitual de una persona en un lugar (4).

(3) Cfr. Castán Tobefias, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 1, 2, 10a. ed., Madrid, 1963, pág. 300.

(4) Cfr. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, IV, Lima, 1985, pág. 114 y ss.

A nivel de la doctrina civilista actual nadie discute el que la desaparición sea un hecho jurídico susceptible de comprobación de parte del juez competente. En reciente libro el profesor Bianca, de la Universidad de Roma, expresa con toda claridad que "la desaparición es un hecho jurídico que se identifica en que la persona no es hallada, de la que se ha perdido la traza más allá del período de tiempo que, según las circunstancias, se justifica el normal alejamiento de la persona por razones de trabajo, salud o vacaciones" (5). Es así que, por tratarse de un hecho, no es necesaria declaración judicial alguna. Coincidiendo con el artículo 47° del Código Civil Peruano tanto el artículo 181° del Código Civil Español de 1889, como los artículos 48° del Código Civil Italiano de 1942, del 89° del Código de Portugal de 1967 y del 31° del Código Civil de Bolivia de 1976, no prescriben declaración judicial de desaparición, lo que sí ocurre en relación con la ausencia. Existe así una común posición en la que concierne a la codificación comparada.

No obstante que en ningún Código Civil contemporáneo, por nosotros conocido, ni en la doctrina más autorizada y reciente se exige la declaración judicial de la desaparición, el inciso segundo del artículo 2030° del Código Civil vigente determina que tal declaración judicial es requisito para la inscripción en el registro personal del hecho de la desaparición. Se aprecia así una contradicción con lo dispuesto en el artículo 47° que no prescribe la declaración judicial en referencia. Y es que, tal como lo hemos expresado, tanto la desaparición como el nacimiento, la muerte o la residencia son hechos simplemente comprobables. Es así que a nadie se le ocurriría solicitar la declaración judicial del nacimiento de un hijo o de la muerte de un familiar para su respectiva inscripción. Todos estos hechos, que originan diversas situaciones jurídicas al ser confrontados con el ordenamiento jurídico normativo, no necesitan de la formalidad de una declaración judicial. Por ello es deseable la pronta enmienda del error en que incurre el mencionado inciso segundo del artículo 2030° del Código Civil.

(5) Bianca, *Diritto Civile*, Milán, 1978, pág. 257.

La contradicción advertida en el párrafo anterior se debe a que la Comisión Reformadora, de la que formó parte el ponente del Libro Primero del Código Civil, no incluyó en el Proyecto de Código el actual Libro IX sobre los Registros Públicos. No existió ponencia alguna de la Comisión Reformadora sobre dicha materia. Su elaboración compete, en consecuencia, exclusivamente a la Comisión Revisora. Por ello el texto del Libro IX no fue del conocimiento del ponente del Libro sobre Derecho de las Personas, lo que impidió la formulación de la observación debida en el caso bajo comentario. Hubiera sido un acierto de la Comisión Revisora el someter el texto final del Código Civil, luego de las modificaciones por ella introducidas, a la lectura de los ponentes miembros de la Comisión Reformadora. Ello hubiera dado continuidad al trabajo y se hubiese suplido, de este modo, el error legal de no haber considerado en el seno de la Comisión Revisora a alguno de los miembros de la Comisión Reformadora siguiendo el atinado ejemplo de lo que sí sucedió en tratándose de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1936. Como se recordará, la Comisión Revisora antes mencionada incluyó a miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1952.

La designación de curador del desaparecido debe efectuarse en el menor tiempo posible, sin dilación alguna, ya que en el caso de la desaparición concurren tanto un interés privado como uno público en cuanto a la necesidad de mantener el patrimonio sin desmedro alguno. No es socialmente conveniente paralizar las actividades del desaparecido, desde que tal actitud puede atentar contra los intereses de los familiares económicamente dependientes del desaparecido, de sus acreedores y de la propia comunidad. Es desde todo punto de vista aconsejable actuar con celeridad y premura en salvaguarda del patrimonio del desaparecido que, de no ser debidamente custodiado, puede correr el peligro de disminuir y aun de desaparecer. En este sentido es concorde la más reciente y autorizada doctrina.

Según el artículo 47° del Código Civil de 1984 es juez competente para resolver la solicitud de designación de curador interino el del último domicilio del desaparecido, lo que a nuestro entender es correcto. La norma preceptúa que el pedido de nombramiento de curador puede hacerlo cualquier interesado o el Ministerio Público. Esta amplitud prevista por el Código, en lo

tocante a quiénes están autorizados normativamente a requerir el nombramiento de curador interino, es una palpable demostración del conjunto de intereses en juego que, de ocurrir la desaparición de una persona, deben ser materia de tutela jurídica. El texto de la citada norma es también demostrativo de que no sólo se pretende custodiar el patrimonio del desaparecido en su propio provecho, sino también en el de terceros y de la comunidad en general. No se explicaría de otro modo la intervención del Ministerio Público que representa el interés social.

A diferencia de la desaparición, donde es socialmente deseable proceder cuanto antes a la designación de curador de los bienes del desaparecido, en el caso de la ausencia se debe esperar prudentemente el transcurso de dos años desde la fecha en que se tuvo la última noticia del desaparecido. Mientras que en la desaparición el único efecto jurídico perseguido es el poner a buen recaudo el patrimonio del desaparecido y protegerlo de cualquier atentado que merme su cuantía en detrimento del propio desaparecido y de terceros, en el caso de la ausencia las consecuencias que se derivan de su declaración judicial son de innegable trascendencia. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50° del Código Civil, la declaración de ausencia genera nada menos que el otorgamiento de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarse la declaración judicial de ausencia.

La importancia que se asigna a las consecuencias jurídicas que se originan con la declaración de ausencia, contrariamente a lo que acontece tratándose de la desaparición, obliga a una prudente y cauta espera. Es conveniente en este caso dejar correr el tiempo con el objeto que se produzca el natural desenlace de la desaparición: el retorno del desaparecido o la declaración de su muerte presunta. Ello se explica, como está dicho, por la trascendencia jurídica que engendra la declaración judicial de ausencia.

Como precisa Romagnoli —tal vez el comentarista italiano más consultado en la materia— la desaparición de una persona determina “un estado de incertidumbre, de malestar y abandono” en todo aquello que concierne al desaparecido. A ello se añade, en particular, el surgimiento de problemas de toda índole en lo atinente a las relaciones familiares y patrimoniales del mismo. Los

intereses privados afectados por la desaparición de una persona atañen al propio desaparecido, si estuviese aún vivo, o a quienes serían sus herederos de encontrarse muerto, así como a los terceros con los que el desaparecido tiene relaciones familiares o patrimoniales (6).

Una visión tradicional y exclusivamente individualista de la problemática jurídica conspiró, hasta hace poco, contra una aprehensión de las consecuencias sociales que también acarrea el hecho de la desaparición de una persona. Los juristas que sólo se instalan en una perspectiva individualista del Derecho son proclives a percibir únicamente, o preferentemente, los problemas de carácter privado que surgen a raíz de la desaparición. Por eso se preocupan de la custodia y guarda del patrimonio del desaparecido en relación con la protección de los intereses de éste, en la hipótesis que reaparezca con vida, o con aquéllos que conciernen a los familiares o a los acreedores. Dentro de esta óptica no existe lugar, o sólo lo hay secundariamente, en lo tocante a los intereses sociales que entran en juego y que deben ser tutelados en caso de la desaparición de una persona.

No cabe duda que una de las más importantes preocupaciones que aparecen frente al hecho de la desaparición tiene que ver con los intereses del propio desaparecido o el de sus familiares o acreedores. Por ello debe procederse de inmediato a la guarda de los bienes del desaparecido. Debe evitarse, por todos los medios, su detrimento, merma o desaparición. Pero en el horizonte surge también una problemática social que sólo de reciente ha sido puesta en evidencia por algunos juristas que se han liberado del influjo secular del individualismo.

Como con mucha perspicuidad lo anota Romagnoli, aparte del interés individual o privado que existe en torno a la desaparición, debe tenerse en cuenta el interés público. Es necesario advertir que la desaparición de determinada persona puede ocasionar un problema social. Si imaginamos que el desaparecido es un empresario, será fácil deducir la perturbación que se crea en relación

(6) Romagnoli, en "Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", Libro I, Roma, 1970, págs. 69 y 70.

con el manejo de sus empresas. De una parte, puede darse el caso que el público requiera, para su subsistencia o comodidad, del producto o del servicio que brindan tales empresas a la comunidad. De otra parte, no puede ignorarse la situación en que ha de encontrarse el personal de trabajadores en la hipótesis del abandono o cierre de las empresas, así como también no puede dejar de considerarse el detrimento que podría sufrir la comunidad en general por la falta o déficit en la producción, incluyéndose los impuestos que se dejan de pagar como consecuencia de la paralización. De ahí que sea necesaria no sólo la custodia y conservación de los bienes del desaparecido sino también, si fuere el caso, se hace indispensable la continuidad en el manejo de las empresas del desaparecido cuya inactividad es socialmente perjudicial.

La situación descrita en el párrafo precedente obliga, en ciertos casos, a atribuir al curador interino facultades especiales, que no se circunscriban a la mera guarda de los bienes del desaparecido, sino que también prevean al manejo de la actividad empresarial desplegada por el desaparecido en beneficio propio y de la comunidad. Es por ello, como certeramente lo señala Esu, la curatela no sólo se debe enderezar a la conservación de los bienes del desaparecido, mediante el desempeño de actos de mera ordinaria administración sino que, en concordancia con el artículo 48º del Código Civil Italiano, el tribunal puede "autorizar también aquellos actos que excedan la ordinaria administración, como por ejemplo actos de disposición modificativos de los elementos constitutivos del patrimonio" (7).

Albaladejo se pronuncia en el mismo sentido indicado en el párrafo anterior. Sostiene el autor que, además de amparar y representar al desaparecido en juicio, el curador debe realizar igual función en cuanto "a los negocios que no admiten demora sin perjuicio grave y adoptar medidas para la conservación del patrimonio del desaparecido" (8). En este orden de ideas el tercer párrafo del artículo 89º del Código Civil de Portugal de 1967

(7) Esu, en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Rescigno, I, 2, Turin, 1982, pág. 421.

(8) Albaladejo, *Derecho Civil*, vol. I, 7a. ed., Barcelona 1980, pág. 341.

permite el nombramiento de curador especial, aparte del ordinario, para ciertos negocios del desaparecido y cuando las circunstancias así lo exijan.

Como fácilmente se aprecia de lo hasta aquí glosado, dentro de la doctrina actual y la codificación más reciente, no sólo se remarca la necesidad del rápido nombramiento de curador para que se ocupe de la conservación del patrimonio y de la representación en juicio del desaparecido, sino que también se admite la posibilidad de que el curador asuma la conducción de sus negocios y, llegado el caso de necesidad y utilidad, pueda hasta disponer de bienes del desaparecido mediando siempre autorización judicial. Ello es justo y explicable si se tiene en consideración el universo de intereses afectados, tanto de orden privado como público, por el hecho de la desaparición de una persona. Corresponde en todo caso a la autoridad judicial actuar con oportunidad, flexibilidad y tino. El juez debe disponer todo aquello que, dentro de las seguridades del caso, sea conveniente para evitar que se perjudiquen los múltiples intereses en juego. Dentro de este contexto, la autoridad judicial ha de autorizar al curador para que adopte sin dilación las acciones que sean recomendables y oportunas para la conservación del patrimonio y la representación en juicio del desaparecido, así como para el manejo de ciertos negocios que no pueden abandonarse sin causar agravio a los interesados y a la comunidad.

El artículo 602° del Código Civil Peruano, que es aplicable al caso, prescribe que el curador puede realizar diversos actos administrativos, distintos tanto a los de simple custodia y conservación como a los necesarios para el cobro de los créditos, si tales actos extraordinarios los autoriza el juez una vez que haya sido justificada su necesidad o utilidad. Según nuestro parecer hubiera sido de desear se contemplase la opinión del Ministerio Público de existir intereses comunitarios de por medio.

Una interpretación lata del mencionado artículo 602° permite deducir que el curador, en casos excepcionales de necesidad y utilidad comprobadas y previa autorización del juez, podrá realizar aquellos actos que normalmente le están prohibidos, es decir aquellos de disposición del patrimonio del desaparecido. Ello puede ocurrir tratándose, por ejemplo, de la venta de productos o mer-

caderías del desaparecido si ese fuese su negocio habitual, así como la consiguiente renovación de los stocks. De otro modo sería inimaginable el manejo empresarial en beneficio del propio desaparecido, en caso que retornase, de los presuntos herederos y acreedores, de los trabajadores de la empresa y de la comunidad interesada en los productos o servicios brindados.

La situación referida en el párrafo precedente sustenta la redacción del artículo 605° del Código. Este numeral concede al juez, como no podía ser de otra manera, facultades suficientes no sólo para otorgar al curador interino la simple posibilidad de custodiar los bienes del desaparecido, sino para premunirlo de las facultades e imputarle las obligaciones que las circunstancias lo exijan. El derecho, en tanto es vida humana social en su dimensión fundamental, es dinámico, fluido e impredecible si nos atenemos a que el hombre, por ser libre, está en condiciones de acatar o transgredir la norma jurídica. De ahí que las normas jurídicas, que regulan esa vida humana coexistencial en términos de valor, no pueden agotar las posibilidades creativas del ser humano ontológicamente libre aunque tremendamente condicionado. Jamás la dimensión normativa de la experiencia jurídica podrá describir y prescribir la infinidad de conductas intersubjetivas posibles de que es capaz la persona humana en cuanto ser libre y trascendente.

Lo expresado con anterioridad sirve de fundamento a la norma contenida en el artículo 605° del Código Civil. Las varias posibilidades de la vida, las múltiples hipótesis que pueden surgir frente al hecho de la desaparición, justifican que el juez tenga libertad para graduar, según las circunstancias, las facultades y obligaciones que deben atribuirse al curador interino. No es este el caso de un desaparecido carente de bienes o de aquél que sólo cuenta con la casa donde vive y un puesto de trabajo dependiente. Ambas situaciones difieren sustancialmente de la de un desaparecido titular de diversas empresas instaladas en distintos puntos del territorio. Es obvio que las facultades de administración —y llegado el caso de disposición— que ha de conceder el juez al curador interino no pueden ser las mismas en cada una de tales situaciones. Tal imputación de facultades y obligaciones debe adecuarse a las circunstancias y características de los bienes y actividades empresariales del desaparecido.

El Código Civil no prevé la designación de más de un curador, a diferencia de lo que acontece tratándose del Código Civil del Portugal al cual nos hemos referido. Consideramos que no es jurídicamente imposible el que, en casos excepcionales, el juez pueda designar a más de un curador teniendo en mente la eficiencia de la función que ha de cumplir dicho curador interino. Nuestra opinión se sustenta en el axioma jurídico que expresa que lo que no está prohibido está permitido. En la práctica, puede darse la situación excepcional que la persona desaparecida sea titular de varias importantes empresas ubicadas en distintas localidades. En esta eventualidad puede ser aconsejable la designación de más de un curador. Lo importante es obtener una eficaz custodia de los bienes del desaparecido y, llegado el caso, un correcto manejo de sus negocios.

El artículo 48º del Código Civil establece que la curatela de los bienes del desaparecido se rige por las disposiciones de los artículos 564º a 618º, en cuanto sean pertinentes. Es así que, según lo preceptúa el artículo 597º, en el caso del desaparecido ha de observarse aquello prescrito por los artículos 569º y 573º. El primero de estos numerales indica a quiénes corresponde el ejercicio de la curatela del desaparecido. Es así que se señala al cónyuge no separado; a los padres; a los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y, en igualdad de grado, al más idóneo; a los abuelos y demás ascendientes; y a los hermanos. La designación del curador, tratándose de descendientes o de ascendientes de igual grado, será efectuada por el juez oyendo al consejo de familia. Como se aprecia del texto del artículo 569º, la curatela recae en un miembro de la familia en tanto se supone que los allegados son los que más conocen las actividades del desaparecido y a quiénes también más interesa la conservación del patrimonio abandonado. Sólo en caso de no existir curador legítimo la curatela corresponderá a la persona que designe el consejo de familia. Así lo dispone el artículo 573º.

Es importante, tratándose de la curatela de los bienes del desaparecido, tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 602º, 603º y 605º del Código en tanto su aplicación es pertinente para el caso al cual nos hemos referido.

De lo expuesto en estas páginas se desprende con nitidez que el Código Civil de 1984, al diferenciar conceptualmente la desaparición de la ausencia y al determinar las consecuencias jurídicas que en ambos casos se generan, ha suplido un sentido vacío del derogado Código Civil de 1936. Por lo demás, el tratamiento sistemático dispensado a la desaparición y a la ausencia, distinguiéndolas a su vez de la muerte presunta, se fundamenta en un enfoque humanista que, sustentándose en la especial calidad de la persona humana y situándose en la experiencia, supera los enfoques provenientes de un marcado individualismo y un acentuado patrimonialismo inspiradores en gran medida de la legislación abrogada.

LA GUERRE EN EL ACTE DE LA GUERRE

III. EL ERROR EN EL ACTO JURIDICO

El error en el acto jurídico puede ser de hecho o de derecho. El error de hecho se produce cuando el sujeto que realiza el acto jurídico se equivoca en la apreciación de los hechos que rodean el acto. El error de derecho se produce cuando el sujeto que realiza el acto jurídico no tiene conocimiento de la existencia de una norma jurídica que afecta a los intereses de las partes. (1)

Según la doctrina de la mayoría de los autores, el error de hecho no afecta a la validez del acto jurídico. Sin embargo, en la doctrina de algunos autores se sostiene el principio de que cuando el error de hecho afecta a la esencia del acto jurídico, el acto es nulo. Este principio se aplica a los actos jurídicos que tienen un contenido esencial. Por ello, la doctrina de la mayoría de los autores sostiene que el error de hecho no afecta a la validez del acto jurídico, pero si afecta a la esencia del acto, el acto es nulo. Este principio se aplica a los actos jurídicos que tienen un contenido esencial. Por ello, la doctrina de la mayoría de los autores sostiene que el error de hecho no afecta a la validez del acto jurídico, pero si afecta a la esencia del acto, el acto es nulo.

(1) José Guzmán, *Tratado de derecho jurídico*, p. 171.

El error, en el que se cometen los problemas de la teoría del negocio jurídico como los de la determinación del proceso de formación de la voluntad, la ausencia del significado de las palabras o del comportamiento y la distinción entre los motivos que impulsan a actuar en función de la valoración de los intereses que deben ser protegidos, todo intento de elaboración doctrinaria a partir de la sola regulación legal, tratada en la estática jurídica, los adelantos que privilegian ciertos presupuestos lógicos (voluntaristas) y aquellos otros que, en cambio, privilegian criterios puramente mercantilistas (declaracionistas). De ahí que sólo a través de la creación jurisprudencial es que la doctrina pueda encontrar la base que le permitan llegar a diseñar una teoría más realista sobre el error.

CLASES DE ERROR: ERROR EN LA DECLARACION Y ERROR VICIO

1. INTRODUCCION

Existe una diferencia entre el error en equívocos dichos. El error consiste en la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de tales circunstancias (1).

Pese a la amplitud de la definición propuesta, el ordenamiento jurídico no puede tomar en consideración cualquier error en que incurra el declarante, puesto que ello no solamente pondría en peligro la seguridad del tráfico, sino que favorecería injustamente a quien yerra en perjuicio de quien ha confiado en la palabra dada. Por ello, la función de una teoría sobre el error consiste, tanto en determinar en qué casos, por la trascendencia o gravedad del mismo, se hace necesario proteger a quien lo comete, permitiéndole impugnar el acto, cuanto en precisar los criterios para valorar el error. Es importante enfatizar que en un terreno tan delicado como

(1) Stolfi Giuseppe, Teoría del negocio jurídico, p. 171.

el del error, en el que se concentran complejos problemas de la teoría del negocio jurídico como los de la determinación del proceso de formación de la voluntad, la búsqueda del significado de las palabras o del comportamiento y la discriminación entre los motivos que impulsan a actuar en función de la valoración de los intereses que deben ser protegidos, todo intento de elaboración doctrinaria a partir de la sola regulación legal, terminará en la estéril lucha entre aquellos que privilegian criterios puramente logicísticos (voluntaristas) y aquellos otros que, en cambio, privilegian criterios puramente mercantilistas (declaracionistas). De ahí que sólo a través de la creación jurisprudencial es que la doctrina pueda encontrar la base que le permitan llegar a diseñar una teoría más realista sobre el error.

2. CLASES DE ERROR: ERROR EN LA DECLARACION Y ERROR-VICIO

Existe una diferencia entre el error en equivocarse diciendo una palabra por otra o atribuyendo un sentido distinto a lo que se ejecuta (decir que se vende la finca X queriendo referirse a la finca Y) de aquel otro error que resulta de haber valorado incorrectamente las circunstancias (creer que un objeto es de oro cuando realmente es de latón).

Para distinguirlo se han propuesto diferentes términos, como los de error propio e impropio utilizado por Savigny; los de error obstativo y dirimente utilizado por el Código Civil francés y los de error en la declaración y en el contenido que emplea el Código Civil alemán. En realidad, pese a la terminología diferente la doctrina coincide en que el error en la declaración tiene que ver con el sentido de lo que se hace ("error in faciendo"), y se vincula con la búsqueda del significado de la declaración de voluntad, en tanto que el error en el contenido tiene que ver con la motivación interna y se vincula con el procedimiento de formación del querer ("error in cogitandum").

En buena cuenta, el error obstativo o error en la declaración (2) se produce cuando lo declarado (voluntad declarada) discrepa de lo querido (voluntad interna), esto es, cuando el sujeto, sabiendo lo que quiere, emite una declaración que, por diversas razones (i.e. lapsus linguae) resulta divergente o contraria a su voluntad. Así por ejemplo, si queriendo vender el caballo X se le designa con un nombre que corresponde a otro.

El error vicio, en cambio, se produce cuando el proceso de formación de voluntad ha sido viciado por haberse partido de una creencia equivocada. En este caso, voluntad y declaración coinciden, aunque el sujeto no habría emitido una declaración con ese contenido si no fuera por el error. Así por ejemplo si se quiere comprar un *determinado* cuadro por creerlo de un pintor famoso y resulta que pertenece a otro. En este caso, el sujeto quiere comprar ese cuadro, y así lo declara (coinciden voluntad y declaración) aunque formó su voluntad en base a la equivocada creencia que era del pintor X cuando en realidad era del pintor Y.

Ahora bien, algunos autores consideran que la distinción entre ambas clases de error es, en algunos casos, difícil de precisar. Así, Albaladejo (3), al comentar las diferencias entre los mismos muestra con un ejemplo las dificultades de la distinción: "por ejemplo, dice, yo quiero vender el objeto X. Y, refiriéndose a él mi voluntad, digo que vendo el objeto que está en el almacén, porque creo que tal objeto X se encuentra allí; resultando, sin embargo, vendido el objeto Y, que es el que realmente está en tal lugar. Hay error obstativo porque discrepa lo querido (X) de lo declarado (Y), por ser inadecuada la declaración para referirse a X. Pero también puede ocurrir que se quiera vender el objeto que está

(2) N. del A. A lo largo del presente trabajo, se utilizarán indistintamente los términos de error obstativo y error en la declaración, así como los de error-vicio y error dirimente.

(3) Albaladejo, Manuel, *El negocio jurídico*, pp. 126 y 127.

en el almacén (la voluntad se refiere a éste) y, en efecto, se declare venderlo; mas el vendedor formó su voluntad de venderlo por la errónea creencia de que el objeto en cuestión era el X y no el Y, como realmente sucedía. Entonces, hay error vicio porque no es que discrepe lo querido de lo declarado, sino que se formó por error la voluntad interna".

Sin embargo, pese a lo ingenioso de tal elaboración, se trata en este caso de un verdadero error en la declaración que se ha producido por haberse identificado al objeto en base a un elemento ambiguo.

3. EL ERROR EN LA DECLARACION

Tal como se ha afirmado precedentemente, el error en la declaración se produce cuando alguien, sin tener conciencia de ello, ha declarado algo distinto de lo que quería declarar, es decir, la voluntad expresada en la declaración no coincide con la voluntad real. Se trata pues, de una discrepancia inconsciente entre voluntad y declaración.

Sobre las consecuencias del error en la declaración, la doctrina ha seguido dos caminos opuestos. Un sector ha considerado que, por su naturaleza, tal error impide la existencia de la declaración de voluntad y, por lo mismo, se produce la nulidad del acto en tanto que otro sector considera que el error en la declaración debe ser asimilado al error-vicio, aplicando analógicamente al primero los preceptos legales relativos al segundo.

En nuestra opinión, si bien es cierto que la primera corriente resulta más fiel a la lógica, ambas clases de error, "desde el punto de vista de las consecuencias que tengan respecto de la declaración, deben recibir el mismo trato, ya que, en definitiva, uno y otro desembocan en algo que prácticamente es lo mismo: que por error se declaró algo que no se quiso (error obstativo) o se declaró algo que sin el error no se habría querido (error-vicio)" (4). De otro lado, la asimilación

(4) Albaladejo, Manuel, op. cit., p. 129.

del error obstativo al error-vicio resulta más flexible desde que deja en manos de quien ha sufrido el error la posibilidad de pedir la anulación de su declaración de voluntad, o, si lo prefiriere, de confirmarla.

Esta segunda opción ha sido seguida, con buen criterio, por el recientemente promulgado Código Civil, cuando en su artículo 208° establece que "las disposiciones de los artículos 201° al 207° también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el *error en la declaración* se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviese encargado de hacerlo." Es importante señalar que, en todo caso, la asimilación del error obstativo al error vicio no es absoluta puesto que el Código dispone la aplicabilidad de los artículos 201° al 207° únicamente "en cuanto sean pertinentes", lo cual permite que ciertos casos extremos puedan ser tratados como de nulidad absoluta o en su caso, como de negocio jurídico válido y no como de mera anulabilidad.

Ahora bien, pese a la bondad de la norma contenida en el artículo 208°, la alusión a que la consideración a la persona, "hubiese sido el motivo determinante de la voluntad" importa una confusión entre el error en la declaración y el error-vicio, si se considera que el motivo, en la medida en que tiene que ver con el proceso de formación de la voluntad, sólo es relevante para el error vicio, y no para el error obstativo por producirse éste en el proceso de su emisión o declaración.

3.1 *Supuestos de error en la declaración*

— El caso en el que si bien la declaración de voluntad ha sido emitida con el mismo texto que el declarante quiso (es decir, literalmente igual) ella significa algo distinto de lo que se quiso expresar.

Este error se produce en los casos en que una misma palabra tiene significados distintos (monedas de dis-

tintos países que tienen el mismo nombre) o cuando se emplean expresiones muy genéricas, cuyo alcance es difícil de determinar (cuando se dice, por ejemplo, que el comprador corre con las "costas" de la venta) o cuando se identifica al objeto a través de nombres, series o distintivos inadecuados (venta de la mesa colonial que está en el comedor, habiendo sido ésta sustituida por otra; o, venta del caballo que se encuentra en la cuadra, cuando en tal lugar se encuentra un caballo distinto del que se quiso).

— Los casos en que el declarante emite una declaración que él no quería emitir en esa forma por haber cometido un "lapsus linguae" o "lapsus calami"; o por haber firmado un documento por otro; o por firmar en blanco, pensando que el documento sería llenado en otro sentido.

— Los casos en que el mensajero, amanuense, nuncio o la oficina de telégrafos transmiten inexactamente la declaración de voluntad. En este caso, la declaración de voluntad no es de la oficina de telégrafos ni del nuncio o emisario, sino del propio declarante (5) quien, valiéndose de tales medios para transmitir su declaración de voluntad y habiendo resultado éstos inadecuados, sufre un error de la misma naturaleza que el que habría sufrido de haber cometido un "lapsus linguae".

Debe señalarse, sin embargo, que no hay defecto en la transmisión cuando el propio texto de la declaración es equívoco o cuando el mensajero falsea conscientemente la declaración, o transmite una declaración totalmente distinta a la que se le encomendó como serían los casos de sustitución o falsificación de documentos.

- (5) N. del A. El nuncio, a diferencia del representante es un mero transmisor de una voluntad ajena, por lo que no interesa la suya propia. En el caso de representación, interesa, en cambio, la voluntad del representante.

Ello, en razón de que a quien falsea conscientemente ya no puede considerársele nuncio o mero transmisor.

3.2 *El error en la declaración y la interpretación del negocio jurídico*

Se llega a la determinación de la existencia de una discrepancia inconsciente entre voluntad y declaración, solamente después de que la declaración ha sido debidamente interpretada, de manera que el supuesto de hecho de aquella quede perfectamente delimitado. Así por ejemplo, si el declarante alude genéricamente a que pagará en "chelines", debe determinarse previamente, a través de métodos de interpretación del acto jurídico, a chelines de qué país se refiere, utilizando para ello elementos interpretativos tales como el lugar en que se emitió la declaración, la naturaleza del negocio, las características personales de emisor y receptor, etc.

Únicamente, precisando el supuesto de hecho a través de la interpretación podrá determinarse si, en efecto, se ha producido una discrepancia entre declaración y voluntad.

Por ello, los casos de expresión incorrecta de una declaración que fue entendida correctamente por la otra parte (casos de importes demasiado bajos por uso incorrecto de tarifas), los de designación errónea aunque proponiendo datos que permitan la correcta identificación de la persona o del objeto (el supuesto de la falsa *denostratio*) o los de error de ambas partes pese a que quieren lo mismo, (errores contrarios que se eliminan), no dan lugar a la impugnación por error. Ellos han sido salvados mediante la interpretación de la declaración de voluntad.

Sin embargo, encontrar el sentido de la declaración de voluntad no es siempre posible. Así, el caso señalado por Danz (6) en el que "A", el emisor, se compromete

(6) Danz, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, p. 45.

a comprar a "Flora" por 300 pesetas y "B"; el receptor, acepta. Pese a la oferta y aceptación, "A" cree que se trata de una yegua y "B" cree que se trata de una perra de caza. En este caso—considerado como disenso—si bien las declaraciones son aparentemente concordantes, la interpretación no puede lograr establecer el objeto del contrato, en razón de la imprecisión de su contenido. Lo cual no ocurriría, dice Danz, si el perro es un animalucho de valor insignificante, por lo que la parte contraria tendría que haber entendido que se aludía a la yegua.

El caso del uso de palabras imaginarias a la que cada parte atribuye un sentido distinto hace que sea, asimismo, imposible atribuir a la declaración de voluntad un sentido objetivo. Así, cuando alguien vende su "colección de rarezas".

En todos estos casos, el supuesto es el de la inexistencia de la declaración de voluntad, sin que, por lo mismo, proceda preguntarse si ha habido o no error.

4. EL ERROR-VICIO

En caso de esta clase de error, también denominado error dirimente o error en el contenido de la declaración, la voluntad interna coincide con la declaración, aunque se ha formado anormalmente; esto es, desconociendo todas las circunstancias del caso o apreciándolas equivocadamente. Así, si se quiere dar en usufructo creyendo que se trata de un arrendamiento.

5. CLASES DE ERROR

5.1' *Error en el objeto*: Este error puede producirse en la identidad del objeto, en la sustancia o en sus cualidades.

El primero de los supuestos de error en el objeto, esto es el del error en la identidad, es siempre, en nuestra opinión, un error obstativo, producido por el inadecuado uso de elementos que sirven para identificar el objeto.

Así el caso en que se quiere comprar un determinado caballo y se le señala como "el ganador de la carrera", siendo que el ganador es otro. Son también, supuestos de error en la identidad los casos en que se identifica al objeto por su ubicación: la mesa colonial que está en el comedor (siendo así que ha sido sustituida por otra), o por características que no tiene: el cuadro del Siglo XVIII (siendo que es otra su época).

La consideración del error en la identidad como un supuesto de error obstativo, sin embargo, no es aceptada sino por cierto sector de la doctrina. Stolfi (7), por ejemplo considera que el error en la identidad puede ser un error-vicio puesto que "se quería adquirir cierta mesa o cierto pura sangre y se declara la voluntad correspondiente pero por infortunio el error, determinó a la voluntad en distinta forma de como habría ocurrido si se hubiese producido el cambio de posición del mueble o no se hubiese producido la equivocación en el nombre del caballo".

Stolfi, en buena cuenta, coincide con Albaladejo, cuando este último se pronuncia sobre la dificultad en distinguir el error obstativo del error-vicio (8).

5.2 El error en la sustancia ("in substantia"), es el que recae sobre la materia de la que está hecha el objeto. Así si se cree comprar una joya de oro cuando en realidad es de cobre.

Sin embargo, la cuestión deja de ser sencilla cuando se trata de la creencia de que se está comprando vino cuando se trata de vinagre, o los casos en que se adquiere un animal de un determinado sexo, habiendo querido comprar uno del sexo opuesto, cuando se compran trajes viejos por nuevos, o cuando se compra una mesa de mala madera creyendo que es de cedro, pues en todos

(7) Stolfi, Guiseppe, *Teoría del negocio jurídico*, p. 176.

(8) N. del A. Ver punto 2 del presente trabajo.

esos casos, no es posible determinar si se trata o no de una sustancia distinta a la querida.

Debe señalarse que, por lo demás, si bien la antigua filosofía consideraba que había sustancias definidas, hoy se sostiene que la materia del cuerpo cambia continuamente por los procesos de nutrición y desgaste. La física moderna de otro lado, considera que los átomos no están dotados de existencia continua, por lo que la continuidad de un cuerpo u objeto es cuestión de apariencia y de conducta, mas no de esencia o de sustancia. La precisión de lo que es la "propia esencia del objeto" pues, resulta tremendamente compleja, por decir lo menos. Los casos señalados llevan, por lo demás, al error en las cualidades del objeto ("error in qualitate"), aunque la cualidad debe ser de tal naturaleza (el Código dice que debe ser "determinante" de la voluntad) que no puede confundirse con el simple motivo.

- 5.3 *El error en las cualidades*: La precisión del término cualidad ha sido discutida desde antiguo, y va desde la concepción objetiva de Savigny que entiende como cualidad sustancial a aquella que objetivamente hace pertenecer una cosa a una categoría en lugar que a otra (criterio objetivo) hasta el que identifica la cualidad esencial con el motivo (criterio subjetivo).

Las diferentes tendencias en esta materia indican claramente las dificultades conceptuales en distinguir entre los errores en la sustancia, en las cualidades y en el motivo. Así, parece claro que un caballo es distinto a un asno (error en la sustancia), aunque es más complicado determinar si un caballo de tiro y un caballo de paso son distintos en la sustancia o si es que tienen cualidades distintas; siendo más complicado aún determinar si la raza de un caballo constituye un problema de sustancia, de cualidad o de motivo, o si el color del mismo es igualmente un problema de sustancia, de cualidad o de motivo.

Frente a tales dificultades y en consideración a que resultaría imposible trazar una nítida distinción entre

sustancia, cualidad y motivo, las legislaciones han optado por calificar el error en las cualidades, de acuerdo a dos distintos criterios, a saber, (i) el de dejar tal calificación a lo que diga el "tráfico" (Art. 119° del Código Civil Alemán; e (ii) el de dejar librada la determinación de las cualidades a la común apreciación teniendo en cuenta las circunstancias del caso (Art. 1429° del Código Civil italiano) (9). Es decir, el primero apela a un modelo puramente objetivo, en tanto que el segundo evalúa la apreciación de los interesados, considerándola decisiva en el proceso de evaluación del error.

El artículo 202° del Código Civil, con ánimo conciliatorio, ha optado por asumir ambas posiciones, lo cual, no siendo lo mejor desde el punto de vista estrictamente lógico, concede al juez un margen importante de libertad para optar según el caso por cualquiera de ambos criterios.

5.4 Error en la persona: Para el Código, el error en las cualidades de la persona sólo es esencial si determina la voluntad, lo cual tiene lugar en los actos que se celebran en consideración a una persona (actos intuito personae). Así por ejemplo la donación y el testamento, que se otorgan para beneficiar a alguien; el mutuo que se celebra en función de la solvencia de la persona; el seguro, que se celebra en relación a su probidad; o la locación de servicios, en que interesa la pericia de quien presta el servicio.

En otra clase de actos, como los de una compraventa al contado, o la adquisición de acciones que se cotizan en bolsa, no interesa en lo absoluto la persona. Da lo mismo, para quien compra un carrete de hilo al contado, quien es la persona que se lo vende.

- (9) N. del A. Debe señalarse que el Código Italiano alude a la "común apreciación" en razón de que no ha legislado sobre el acto jurídico, sino sobre el contrato

En relación a este error, sin embargo, el Código omite pronunciarse sobre si su apreciación debe quedar librada al tráfico, a las circunstancias del caso o a ambas (10). Frente a tal omisión, cabe sostener que debe aplicarse el mismo criterio que el consignado para el error en las cualidades del objeto, por la equivalencia de ambos supuestos.

Debe señalarse que el Código no ha omitido referirse al error en la identidad de la persona. Este error, por ser uno en la declaración, ha sido considerado por el artículo 208°.

5.5 *Error de derecho*: Consiste este error en "la ignorancia de una norma jurídica o bien en la inexacta aplicación de la misma al caso concreto" (11). El error de derecho no implica una sustracción a la observancia de la ley, sino que se trata de que el desconocimiento de la norma ha viciado la voluntad.

El error al que el nuevo Código Civil denomina como error de derecho no es otro que aquél que el Código anterior designaba como error en la naturaleza o "error in negotio" que afecta a las consecuencias jurídicas del negocio, como sería el caso de querer dar en arrendamiento por creer que es una forma de usufructo.

El error de derecho —que cuando es en la declaración el Código lo denomina "error en la naturaleza"— es atendible únicamente cuando lo que las partes se proponen no puede realizarse a través de la figura negocial que han elegido. Así, una venta en la que se considere que no existe transmisión de propiedad o una sociedad en que se entienda innecesario el aporte. En los demás casos, es decir, en aquellos en que a través de negocios distintos las partes consiguen lo que se propusieron, no habrá error de derecho como ocurriría si se realiza una dación en pago queriendo efectuar una novación.

(10) N. del A. Debe señalarse que ni el Código italiano, ni el Código alemán proveen de un criterio para el error en la persona.

(11) Stolfi, Giuseppe, op. cit., p. 175.

6. REQUISITOS DEL ERROR: ESENCIAL Y CONOCIBLE

El artículo 201º, con el fin de circunscribir los supuestos de error dignos de amparo por el Derecho, establece que para que sea éste causa de anulación del acto, debe ser esencial y conocible por la otra parte.

Para cierto sector de la doctrina, que el error sea esencial significa que éste deba ser de particular gravedad, es decir, de tal índole que, de no haberlo padecido, el declarante no habría emitido la declaración de voluntad. Lo "esencial" del error pues, es asimilado a la necesidad de que sea determinante, es decir, causa principal o razón única de la celebración del acto. Sin embargo, se trata de dos requisitos tan independientes y distinguibles, que puede ocurrir que un error sea esencial y no determinante, o, en su caso, determinante y no esencial.

En nuestra opinión la exigencia legal de que el error sea esencial implica que únicamente los supuestos contenidos en el artículo 202º, esto es, el error en la esencia (in substantia), en las cualidades de la cosa o persona (in qualitate) y el error de derecho, por ser dignas de amparo jurídico, permiten al declarante impugnar el acto. Quedan excluidos como casos de error, por tanto, los de error en el motivo y el error de cuenta, contenidos en los artículos 205º y 204º, respectivamente.

Ahora bien, un determinado supuesto podría tener todos los elementos para configurar un error esencial sin haber sido determinante de la voluntad, como sería el caso de quien compra sacos de algodón en lugar de sacos de yute (error in substantia), sin que el material haya sido el factor que motivó la decisión de comprar. A la inversa, el sujeto podría haber sufrido un error no esencial y determinante de su voluntad, como sería el caso de quien compra una casa en Chacacayo por creer que está enfermo o siendo que está sano o de quien compra un regalo de bodas sin saber que los esponsales han sido rotos (error en el motivo).

Es precisamente porque son distinguibles que el Código exige expresamente que, el error en las cualidades de la cosa y de la persona y el error de derecho —todos ellos considerados como errores esenciales— hayan *determinado* la voluntad del emisor de la declaración.

Debe señalarse, sin embargo, que respecto del error en la esencia misma de la cosa (error en la sustancia) el Código no exige que éste haya sido determinante de la voluntad. Ello no obstante, debe entenderse que también en ese caso el error debe ser determinante y, por lo mismo, corresponde ser apreciado por el juez. Una interpretación distinta a la propuesta abriría las puertas a un ejercicio abusivo del derecho.

En lo que se refiere a la conocibilidad del error, se desprende del artículo 203º, que éste debe considerarse reconocible cuando, en relación al contenido o a las circunstancias del acto o a la cualidad de las partes una persona, usando la normal diligencia (atención) hubiera podido percibirlo. Ello, aun cuando de hecho no lo haya observado. Carece de relevancia, pues, aquel error que, aunque esencial y determinante no hubiese podido ser descubierto por el destinatario. Su confianza, no puede ser comprometida por un error ajeno que no estuvo en condiciones de advertir.

Con la adopción de este requisito se abandona el rígido voluntarismo que en materia de error dominó al Código Civil anterior.

Debe destacarse que el requisito de reconocibilidad del error, tiene únicamente trascendencia en los negocios inter vivos, bilaterales o unilaterales recepticios.

Debe señalarse finalmente, que el Código, además de los requisitos señalados, no exige que el error, para provocar la anulación del acto deba ser excusable, es decir, no imputable al declarante.

Manuel Albaladejo (12), al comentar la ausencia del requisito de excusabilidad en la legislación civil española considera que "no se trata... de una laguna legal que pueda llenar la jurisprudencia aplicando los principios generales del Derecho... sino que se trata de que exigir la excusabilidad es añadir... un requisito más al error, requisito que la ley no establece".

Emilio Betti (13), en cambio, al comentar el artículo 1431º del Código Civil italiano (que ha inspirado al artículo 201º del Código Civil peruano) parecería entender que el requisito de excusabilidad se encuentra implícitamente contenido en el de reconocibilidad al afirmar que "un error no reconocible no es socialmente un error excusable a priori (criterio de probabilidad "a priori". En otras palabras, partiendo del nexo lógico entre lo reconocible y lo excusable, el criterio de probabilidad a priori es un índice de comprobación de la excusabilidad o inexcusabilidad del error realizado, no por el juez, sino por la ley.

En nuestra opinión, el criterio de probabilidad a priori resulta poco satisfactorio, en razón de que, a partir de una mera ficción de responsabilidad (es inexcusable el error no reconocible), se termina protegiendo al receptor de la declaración en perjuicio del emisor quien, en los hechos, pudo haber sufrido un error, en efecto, excusable.

En virtud de lo señalado precedentemente, y más allá de que a partir de la reconocibilidad del error pueda presumirse su inexcusabilidad, consideramos que el Código debió exigir que el error, además de reconocible sea excusable, con el fin de que el juez pudiera valorar adecuadamente, en base a los criterios de responsabilidad y confianza las respectivas actitudes de emisor y receptor, sin priorizar una sobre la otra. La posición asumida parecería acercar el tratamiento de la materia al declaracionismo, corriente ésta que,

(12) Albaladejo, Manuel, op. cit., 135.

(13) Betti, Emilio *Teoría general del negocio jurídico*, p. 325.

como se sabe, privilegia al "empresario" sobre el "cliente" (14).

7. ERRORES INDIFERENTES

7.1 *Error de cálculo.*— Consiste este error, en la simple equivocación en la operación aritmética o en el cálculo matemático cuyos factores se conocen con exactitud.

El error de cuenta —considerado indiferente— no debe ser confundido con el error en la cantidad (error "in quantitate"), verdadero vicio de la voluntad, que versa sobre las dimensiones de la cosa, el número de objetos o el monto por el que se adquiere. Tal distinción ha sido expresamente reconocida por el artículo 204º del Código.

Teniendo en cuenta sus características, el error de cuenta no influye en la validez de la declaración de voluntad, la cual debe considerarse adecuadamente emitida desde que, analizando su contenido, es posible llegar a precisar el sentido y el alcance de la misma. En tal virtud, la aprobación de un Balance no constituye un error de cuenta puesto que tal acto ha implicado una evaluación sobre cifras falsas, ni tampoco el error en la aprobación de un gasto por considerarse que incluía (o no) una determinada partida.

Ahora bien; en relación al error en la cantidad la doctrina se coloca en determinados supuestos en los que en algunos casos se admite la validez del negocio por la cantidad menor, mientras que en otros, por la cantidad mayor.

Así, partiendo del principio de conservación del negocio jurídico, Albaladejo (15) considera que los negocios unilaterales son válidos por la cantidad menor (el testa-

(14) N. del A. Al respecto Castro y Bravo, en *El negocio jurídico*, al tratar de los efectos del voluntarismo y del declaracionismo hace un interesante análisis de los intereses que cada una de las teorías protege.

(15) Albaladejo Manuel, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

mento en que se quiso declarar por 100 y se hizo por 50, vale por la cantidad menor); los negocios bilaterales son válidos por la cantidad menor si en la voluntad de la mayor está la de la menor (en una compraventa el vendedor quiere vender por 500 y equivocadamente, declara que es por 1,000 y el comprador acepta; o, al contrario, el comprador que quiso ofrecer 1,000 y ofreció 500 y el vendedor acepta). Si, en cambio, en el querer la cantidad mayor no se encuentra implicada la cantidad menor, el negocio es impugnabile (el caso de un comitente que encarga a su agente de bolsa la compra de un determinado porcentaje de acciones en razón de que tal porcentaje le permite tener uno o más asientos en el Directorio).

7.2 Error en la denominación: la falsa demonstratio.— Sobre este error nos hemos ya referido al tratar del error en la declaración. Se trata de un supuesto en que se utilizan elementos equivocados para designar un objeto o una persona, que puede, sin embargo, ser determinada a través de la interpretación del acto jurídico.

Así, el caso de un contrato que ambas partes han dictado y firmado es válido en el sentido dictado aunque el taquígrafo lo hubiere tomado mal. También, es válido el testamento en favor de la señorita X designada como pianista, siendo así que sólo existe una señorita X, pero violinista.

7.3 Error en los motivos.— Tal como se ha afirmado al tratar del error en las cualidades del objeto y de la persona, este error debe haber determinado la voluntad. Esto es, debe ser un error de tal gravedad que el sujeto, de haberse percatado, no habría emitido la declaración de voluntad en ese sentido.

Ahora bien, la distinción entre la cualidad y el motivo, que implica la distinción entre el error esencial y el error indiferente es, a nuestro entender, imposible de ser determinada con precisión. Para algunos, se trata de que la cosa pueda ser utilizada, importando poco que el de-

clarante, por razones ajenas al negocio no haya podido utilizarla; para otros, si la opinión común o ambas partes consideran que se trata de una cualidad, se considera como tal (16) y para otros, interesa la "finalidad del negocio", debiendo ser valoradas todas las circunstancias del mismo.

A nuestro entender, Castro y Bravo (17) es quien presenta la posición más realista cuando, sin intentar distinciones a priori, afirma que "el dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio para quien alegue el vicio, además, de que en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición sine qua non), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio". Por ello, antes que intentar trazar una línea divisoria entre el error y el motivo, interesa señalar los criterios para apreciar el error atendiendo a las más variadas circunstancias.

8. LA APRECIACION DEL ERROR

La apreciación del error es el resultado de una labor de interpretación de la declaración de voluntad y de una posterior calificación jurídica que en la mayor parte de los casos es extremadamente compleja,

Así, la valoración de las conductas y características personales puede ser en algunos casos decisiva (i.e. Sentencia de la Corte Suprema que invalidó ciertas cartillas del juego de "la polla" en razón de que no podía alegar error de cuenta un jugador habitual); en otros, tales elementos no cuentan e interesa preguntarse por la buena fe; en otros,

(16) N. del A., Mazeaud recoge ambas opiniones.

(17) Castro y Bravo, op. cit., p. 111.

interesa las características del lugar (i.e. comprar un objeto en una feria); la clase de establecimiento en la que se compra (i.e. una joyería o un puesto de bisutería o una galería de arte en relación a un almacén); e, incluso, la finalidad remota (comprar un ataúd por creer muerta a una persona o dar en donación por creerse ganador de la lotería). En este último caso, las teorías que pretenden un deslinde apriori de los ámbitos de la cualidad y del motivo, podrían considerarlo como mera motivación siendo así que tal motivo constituyó la base del negocio.

Adicionalmente, es importante valorar las conductas de emisor y receptor a fin de apreciar en base a los criterios de responsabilidad y confianza, el interés que deba ser protegido, para, con todos esos elementos decidir si se trata o no de un supuesto de error.

9. LA ACCION DE ANULACION

La acción de anulación del acto jurídico por error, se rige por lo dispuesto por el Título Noveno del Libro del Acto Jurídico, referido a la nulidad del acto jurídico.

Debe señalarse que el artículo 206º del Código contiene una importante innovación al permitir que una de las partes pueda cumplir en los términos queridos por la otra, evitando así la anulación por error.

Con tal disposición, y en función del principio de seguridad jurídica, el Código se aleja del rigor de la antigua doctrina, que ha entendido que el efecto de los vicios de la voluntad es el de destruir la voluntad declarada sin que pueda prevalecer la voluntad interna.

La moderna doctrina, en cambio, es más flexible, e impide colocar al emisor en mejores condiciones que en las que estaría de haber emitido una declaración en los casos en que la voluntad no se formó viciadamente, lo cual ha sido recogido con buen criterio por nuestro recientemente promulgado Código Civil.

DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES Y
DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS
Y SOLIDARIAS

Hay que distinguir, en primer lugar, entre las obligaciones divisibles e indivisibles. Las obligaciones divisibles son aquellas en las que el objeto de la obligación puede ser dividido sin que se altere su naturaleza. En cambio, las obligaciones indivisibles son aquellas en las que el objeto de la obligación no puede ser dividido sin que se altere su naturaleza. Este criterio de divisibilidad e indivisibilidad se aplica a las obligaciones mancomunadas y solidarias.

Conviene que la doctrina de estas obligaciones se ajuste a una mejor interpretación del Código vigente.

Gracias a una feliz iniciativa del Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Fernando de Trazegnjes Granda, la Universidad está divulgando el sentido y los alcances de instituciones y preceptos contenidos en el Código Civil Peruano que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Como ponente del Libro VI sobre "Las Obligaciones" en el nuevo Código, entregué a publicidad, para el volumen I, la Exposición de Motivos y Comentarios sobre "Inejecución de obligaciones"

Hoy lo hago respecto a las "Obligaciones divisibles e indivisibles" y "Obligaciones mancomunadas y solidarias". Son estas materias, sin duda, de singular complejidad. Por ello, la difusión de las modificaciones introducidas respecto al Código Civil de 1936 constituyen, a mi juicio, lectura obligada para los juristas, maestros, abogados o estudiantes de Derecho que deseen familiarizarse con normas que constituyen, con frecuencia, la médula de la contratación.

Confío en que la lectura de estas notas ayude a una mejor comprensión del Código vigente.

Introducción

Al tratar de las obligaciones divisibles e indivisibles y de las mancomunadas y solidarias, el legislador de 1984 ha optado —al igual que el legislador de 1936— por el sistema de regirlas separadamente, sistema que ha sido acogido por códigos importantes de este siglo, entre ellos el Código Civil Italiano de 1942.

Las consecuencias jurídicas que generan las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas, ambas siguen el principio de la división de los créditos o, en su caso, de la división de las deudas. Sin embargo, puesto que tiene origen distinto —las primeras se determinan por la naturaleza de la prestación; las segundas, por la forma de obligarse— y están estrechamente vinculadas a las obligaciones indivisibles y solidarias respectivamente, se legislan en forma separada.

Las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad —a diferencia de la divisibilidad y mancomunidad— no coinciden necesariamente. Entre la indivisibilidad y la solidaridad, como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil de 1936, sólo existe afinidad. Ambas pueden nacer de la ley; aunque la indivisibilidad puede, también, nacer del pacto. En cualquier caso, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la indivisibilidad está vinculada necesariamente a la naturaleza jurídica de la prestación, mientras que la solidaridad está vinculada, también necesariamente, a la forma en que queden obligados los codeudores o coacreedores en la relación correspondiente.

En la obligación indivisible existe prestación única —con pluralidad de sujetos activos o pasivos— que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones hay un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda. En la solidaridad existe unidad de prestación —al igual que en la indivisibilidad—, pero, con idéntico contenido, hay pluralidad de derechos de crédito o de deudas, según se trate de la solidaridad activa o de la solidaridad pasiva. Esta es la doctrina de *Ennecerus* y del Código Civil Italiano de 1942, seguida por tratadistas tan eminentes como *Barassi* y *Messineo*.

Basado en esta doctrina, el nuevo Código Civil desecha las soluciones de algunos códigos o proyectos modernos —como el Código Ruso de 1964 o el Proyecto Holandés de 1974— que identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. El Código tampoco se ciñe a otras soluciones legislativas, como la del artículo 1917 del Código Civil de Etiopía, redactado por juristas franceses, que establece que las reglas de las obligaciones solidarias son aplicables por analogía, cuando la obligación es indivisible. La analogía puede ser difícil de determinar, pues ella depende de la naturaleza jurídica que se atribuya a dichas instituciones.

El Código adopta más bien la legislación civil italiana como modelo; pero deja de lado la incertidumbre que puede originar el artículo 1317 de ese Código cuando establece que las obligaciones indivisibles se regulan por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto les fueren aplicables, salvo lo dispuesto por los artículos que allí se señalan. El primer párrafo del artículo 1181 del Código establece un precepto similar, pero aclara cuáles son las reglas de las obligaciones solidarias que se aplican a las obligaciones indivisibles. Queda entendido, desde luego, que las situaciones jurídicas no previstas por el Código tendrían que resolverse de acuerdo con la naturaleza que se atribuya a la indivisibilidad o, en su caso, a la solidaridad.

Lo expresado determina que en la obligación indivisible no sea uno solo de los acreedores dueño único del crédito y que si la ley lo autoriza a recibirlo en su totalidad, esto ocurre por la naturaleza de la prestación debida. En la obligación solidaria, por el contrario, cada acreedor es dueño del íntegro del crédito.

Planteado el problema a la inversa: en la obligación indivisible no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida; en la obligación solidaria, cada deudor responde por el íntegro, aun cuando la prestación debida sea susceptible de dividirse.

La coincidencia de consecuencias jurídicas que suele presentarse entre las obligaciones de ambas clases obedece a que en la solidaridad, no obstante existir pluralidad de derechos de crédito o de deudas, los efectos respecto a uno de los coacreedores o a uno de los codeudores frecuentemente alcanzan a los demás, en virtud del sistema de la representación —acogido por el código Francés—, por razones de unidad del fin de la prestación o como simple solución legislativa, por convenir a la colectividad; ya que la ley debe procurar el cumplimiento de las obligaciones y asegurar que los acreedores tengan suficiente garantía de sus deudores.

No obstante, se observan en el Código importantes diferencias en cuanto a las obligaciones de ambas categorías.

Así, en el artículo 1176, relativo a las obligaciones indivisibles, se exige que el pago se efectúe a todos los acreedores o a alguno de ellos bajo garantía, por existir un solo derecho de crédito o deuda. En cambio, el artículo 1185, referente a las obligaciones solidarias, establece que el deudor pueda pagar a cualquiera de los acreedores, eliminándose el principio de la prevención consagrado por el artículo 1212 del Código Civil de 1936. La posibilidad de pagar a cualquiera de los acreedores, prescindiéndose de la garantía, obedece al idéntico contenido de la pluralidad de derechos de crédito o de deudas.

La indivisibilidad, conforme al artículo 1177, también opera respecto a los herederos. No ocurre lo mismo con la solidaridad. Esta, de acuerdo con el artículo 1187, no se transmite a los herederos.

Las soluciones de los artículos 1178 y 1179 respecto a la extinción de la obligación indivisible por medios distintos al pago, son diferentes a las previstas para las obligaciones solidarias por los artículos 1190 y 1191.

Finalmente, el artículo 1180 sólo exige a los codeudores de una obligación indivisible no ejecutada, pero que hubiesen estado dispuestos a cumplir, que contribuyan a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. La solución del artículo 1195 referente a las obligaciones solidarias, es distinta. En estos casos cada codeudor solidario responde por el íntegro del valor de la prestación debida, aun cuando no hubiera incurrido en culpa.

Expresados estos conceptos preliminares, y antes de analizar los artículos del Código relativos a las obligaciones divisibles e indivisibles y mancomunadas y solidarias, conviene referirse a ciertas nociones adicionales que no dejan de ser necesarias en cuestión tan compleja como la que se está legislando.

Las cuatro categorías de obligaciones citadas sólo se presentan cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando los sujetos de la relación jurídica son un solo acreedor y un solo deudor, las reglas enunciadas no tienen cabida. En estos casos, y salvo pacto en contrario, el deudor está obligado a cumplir el íntegro de la prestación y, correlativamente, el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento total. Aquí prevalece el principio de la indivisibilidad, consignado en el Código en una norma relativa al pago (artículo 1120). En ausencia de pluralidad de sujetos, no entra en juego la doctrina de la mancomunidad o solidaridad.

Como se ha indicado, la obligación en que se conjugan las características de la divisibilidad y mancomunidad sigue siempre el principio de la división del crédito o de la deuda, puesto que sus consecuencias jurídicas son idénticas. Esta es la obligación menos severa para los codeudores: cada uno responde tan sólo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor sólo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por tanto, las reglas de la indivisibilidad.

En la obligación divisible y solidaria es justamente el pacto de solidaridad o, en su caso, el precepto legal, el que evita la divi-

sión. A las obligaciones de esta clase se aplicarán las normas de la solidaridad.

La obligación indivisible y solidaria, por último, impide la división, por la naturaleza de la prestación y porque las partes quedaron obligadas por el íntegro. Esta es la obligación más severa para los codeudores. Como contrapartida, aquí los acreedores obtienen la más eficaz garantía personal. Se aplicarán, en estos casos, las normas de la solidaridad y las de la indivisión en lo que respecta a los herederos del acreedor o del deudor.

Un concepto final: la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales. La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que, en el ámbito de los Derechos Reales, sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza, y aun por esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación. No ocurre lo mismo con la división real.

Cabe observar que la apreciación de una obligación divisible o indivisible puede ser en algunos casos simple; pero en otros, revestir gran complejidad. Cuando la prestación recae sobre cuerpo cierto, que constituye unidad, y cuya división ocasionaría su destrucción o perecimiento, es evidente que la obligación tiene la naturaleza de indivisible; su cumplimiento parcial está descartado. Lo mismo ocurre cuando la indivisibilidad se atribuye por pacto o por mandato de la ley. La apreciación es difícil cuando se trata de juzgar la divisibilidad o indivisibilidad en obligaciones de dar en las que existen, además de pluralidad de sujetos, pluralidad de prestaciones y, donde el número de éstas, no coincide con el de aquéllos. La decisión puede ser particularmente compleja en

determinadas obligaciones de hacer y de no hacer, aunque las obligaciones de estas categorías tengan generalmente la calidad de indivisibles.

Obligaciones divisibles e indivisibles

El Código se ocupa de las obligaciones divisibles e indivisibles en los artículos 1172 a 1181.

“Artículo 1172.— Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda.”

“Artículo 1173.— En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.”

“Artículo 1174.— El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación...”

Los artículos 1172 y 1173 se inspiran en el artículo 1201 del Código Civil de 1936 y en el artículo 1314 del Código Civil Italiano. El artículo 1172 se origina también en el artículo 76 del Código Libanés y en el artículo 1379 del Código Uruguayo. El artículo 1173, por su parte, en los artículos 1138 del Código Español, 420 del Código Alemán, 1379 del Código Uruguayo, 534 del Código Portugués, 1524 del Proyecto de 1891 y 208 del Anteproyecto Brasileño. Conviene señalar que el Código Portugués preceptúa que entre los herederos la división es proporcional a sus cuotas hereditarias. Este último concepto está implícito en el texto del artículo 1173.

El artículo 1172 señala el principio de la división de las deudas y de los créditos cuando la prestación es divisible y la obligación no se ha pactado solidariamente, vale decir, cuando es mancomunada. El artículo 1173, por su parte, presume que la deuda o el crédito se dividen por partes iguales entre los intervinientes en la relación obligacional, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título o de las circunstancias del caso. Se trata de dos preceptos claros que no requieren mayor explicación.

La excepción está prevista por el artículo 1174. La norma tiene su origen mediato en los incisos 1) y 4) del artículo 1221 del Código Francés, e inmediato, en el artículo 1315 del Código Civil Italiano. La justicia del precepto es evidente. El heredero del deudor que hubiese sido encargado de cumplir la prestación, que estuviera en posesión de la prestación debida o que adquiriera el bien que garantiza la obligación, no puede invocar el beneficio de la divisibilidad. El acreedor tendrá derecho sin duda, de exigir a cada uno de los herederos del deudor el cumplimiento de su parte en la obligación; pero aquél a quien se le encomendó cumplir la prestación, que está en posesión de la prestación debida o que adquiere el bien que garantiza la obligación, responde como si fuera heredero de deuda de prestación indivisible; aunque tiene luego el derecho de exigir a sus codeudores, cuando ello procediere, la restitución de sus partes. Este derecho está consagrado en forma expresa por el artículo 77 del Código Libanés, pero en nuestro nuevo Código Civil se ha considerado innecesario consignarlo.

Los artículos 1175 a 1181 tratan de las obligaciones indivisibles.

“Artículo 1175.— La obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse.”

El artículo 1175, cuyo origen se encuentra en el artículo 1316 del Código Civil Italiano y en el artículo 1250 del Código Venezolano, establece los principios que determinan que una obligación sea indivisible. Ellos ya fueron enunciados. La obligación es indivisible cuando la prestación por su naturaleza, por el pacto o por mandato de la ley, no es susceptible de dividirse. El artículo

1175 se aparta del texto del artículo 1208 del Código de 1936, que trata de definir materia tan compleja como la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones. Obsérvese que el artículo 1208, cuya fuente se encuentra en el artículo 1151 del Código Español, llega a expresar en su tercer párrafo —al aludir a las obligaciones de no hacer— que la divisibilidad o indivisibilidad se decide por el carácter de la prestación en cada caso particular. Tal precepto, por evidente, era absolutamente innecesario.

“Artículo 1176.— Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, y éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.”

El artículo 1176, según se ha señalado, es consecuencia de la naturaleza jurídica de la obligación indivisible. El pago puede ser exigido por cualquiera de los acreedores; pero el deudor únicamente se libera cuando paga a todos en conjunto o a cualquiera de ellos bajo garantía, puesto que uno solo de los acreedores no es dueño de la totalidad del crédito. Es antecedente del artículo 1176, el artículo 1203 del Código de 1936. El precepto del Código se aparta del artículo 1319 del Código Civil Italiano que, desnaturalizando la institución, permite a cualquiera de los acreedores cobrar la deuda, sin otorgar garantía a favor de los demás. Sólo exige este requisito, sin aparente justificación, para el heredero del acreedor, respecto a sus coherederos. El artículo 1176 también se aparta del artículo 538 del Código Portugués, que determina que el pago puede efectuarse al coacreedor que lo exija judicialmente. El artículo 1176 es de texto similar al artículo 1584 del Código Colombiano y también acoge normas del artículo 1385, primera parte, del Código Uruguayo.

“Artículo 1177.— La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.”

El artículo 1177 se inspira en la segunda parte del artículo 1202 del Código de 1936 y en los artículos 1318 del Código Civil Italiano, 535 del Código Portugués y 1585 del Código Colombiano. La naturaleza de la prestación o el pacto, y en algunos casos la

ley, exigen que cada uno de los herederos del deudor o de los herederos de los codeudores respondan por el íntegro de la obligación; y, a su vez, que cada uno de los herederos del acreedor o de los herederos de los acreedores tengan derecho al íntegro de la prestación indivisible. La norma responde a una diferencia esencial entre la indivisibilidad y la solidaridad: la primera se transmite a los herederos; la segunda, no.

No se ha consignado en el artículo 1177 la primera parte del artículo 1202 del Código de 1936, que obliga por el íntegro a cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible; ya que éste es uno de los efectos fundamentales de la solidaridad, a cuyas normas remite el primer párrafo del artículo 1181.

Artículo 1178.— La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso."

El artículo 1178 legisla sobre la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores. Prescribe que esta figura jurídica no extingue la obligación. Agrega, sin embargo, que el acreedor sólo podrá exigir la prestación garantizando o reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación.

El artículo 1178 concilia la naturaleza jurídica de las obligaciones indivisibles con la naturaleza jurídica de la consolidación o confusión. Esta institución no constituye, por sí misma, un medio de extinguir la obligación. Sólo existe la imposibilidad de cumplirla al reunirse en la misma persona las calidades de acreedor y de deudor. En este orden de ideas, el artículo 1178 prescribe que si un codeudor de prestación indivisible adquiriera, a mérito de la consolidación o confusión, la condición jurídica de acreedor, la obligación no quedaría extinguida. Sin embargo, para cautelar el derecho de los codeudores de prestación indivisible, el precepto ordena al codeudor que hubiera adquirido la condición de acreedor, exigir la prestación, únicamente si garantiza o reembolsa a

los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación.

Esta solución es distinta a la que norma los casos de novación, compensación, condonación y transacción entre el acreedor y uno de los deudores. En estos casos se aplicarían, por mandato del primer párrafo del artículo 1181, los preceptos contenidos en el artículo 1188; es decir, que tales actos del acreedor con uno de los deudores, liberarían a los demás codeudores de prestación indivisible. El artículo 1188 regula, sin embargo, las relaciones entre el deudor que practica esos actos y sus codeudores, señalando que ellos se rigen por las reglas siguientes: en la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación; en la compensación, los codeudores responden por su parte; en la condonación, se extingue la obligación de los codeudores; y en la transacción, los codeudores responden ante el deudor, a elección de aquéllos, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.

Cabe observar, respecto de la condonación, que si ella se verificara entre el acreedor y uno de los codeudores de prestación indivisible, tal obligación, por tener prestación única a cumplirse en solución única, liberaría a los demás codeudores. Aquí la condonación no podría limitarse a uno solo de los codeudores. Y tal limitación a un solo codeudor tampoco operaría —en virtud de la señalada naturaleza jurídica de la obligación indivisible— en la novación, compensación o transacción.

Artículo 1179.— La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.

La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción."

El artículo 1179, por su parte, es congruente con lo previsto por el artículo 1176. La novación entre uno de los acreedores —que no es dueño del íntegro del crédito— y el deudor, no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino mediante la garantía o reembolso al deudor del valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó. La norma señala que esta misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción.

“Artículo 1180.— La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda.”

El artículo 1180 aclara y completa a su antecedente inmediato, el artículo 1207 del Código Civil de 1936. Se inspira en el artículo 1150 del Código Español y en el artículo 1590 del Código Colombiano. Cuando la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios; la prestación, por ser pecuniaria, se convierte en divisible, y los codeudores que estaban dispuestos a cumplir sólo responden por su parte del valor de la prestación original que era indivisible. Cada uno de aquéllos que por dolo o culpa hicieron imposible el cumplimiento de la prestación, responde por el íntegro de la indemnización de daños y perjuicios.

El dolo o la culpa son personales. Es principio de equidad que el dolo o la culpa de uno, no sean dolo o culpa de los demás, no se trasladen al deudor diligente y de buena fe. Parece razonable, entonces, que aquellos deudores de prestación indivisible que por dolo o culpa impiden el cumplimiento de la obligación, respondan, individualmente, por la totalidad de la reparación de los daños y perjuicios que irroguen al acreedor. Se ha considerado indispensable efectuar esta aclaración, debido a que el texto del artículo 1207 del Código de 1936 no define con nitidez tal responsabilidad.

Cabe agregar que el artículo 1180 rige únicamente las relaciones jurídicas entre el acreedor y los codeudores. Las relaciones entre estos últimos, a su vez, se regulan por los principios que informan la inejecución de las obligaciones.

“Artículo 1181.— Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177.”

Se ha indicado que, con frecuencia, las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad coinciden con las de la solidaridad. Ello se traduce legislativamente en el primer párrafo del artículo 1181 que emplea, reformada, la fórmula del artículo 1317 del Código Civil Italiano. En el artículo 1181, sin embargo, se ha decidido ser más preciso que el legislador italiano. El precepto señala qué normas de las obligaciones solidarias rigen también las obligaciones indivisibles. Se ha desechado, por tanto, la fórmula del artículo 1317 del Código Italiano, que regula las obligaciones indivisibles por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto sean aplicables; y se ha preferido precisar cuáles lo son y, en consecuencia, cuáles no.

El segundo párrafo del artículo 1181, por último, señala que si la obligación indivisible fuera solidaria, se aplicarían las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. En otras palabras, la obligación indivisible que tenga la condición jurídica de solidaridad se rige íntegramente por las reglas de la solidaridad, salvo en lo referente al artículo 1177, el cual señala que la indivisibilidad también operaría respecto de los herederos del acreedor o del deudor, porque la naturaleza de las cosas así lo exige.

Obligaciones mancomunadas y solidarias

La mancomunidad o solidaridad se determina, según se ha expresado, por la forma en que se obligan los codeudores o, a su

vez, los coacreedores. A falta de pacto expreso, la obligación es mancomunada. En ciertos casos excepcionales, la solidaridad es impuesta por la ley.

“Artículo 1182.— Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.”

El artículo 1182 es el único precepto relativo a las obligaciones mancomunadas. Es simplemente referencial, pues prescribe que las obligaciones de esta clase se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles, las mismas que están previstas por los artículos 1172, 1173 y 1174. En consecuencia, cada codeudor de una obligación mancomunada está obligado únicamente a pagar su parte; lo mismo ocurre respecto a cada coacreedor, sólo tiene derecho a exigir su parte.

Respecto de las obligaciones mancomunadas, se ha considerado innecesario consignar reglas similares a las de otras legislaciones, como por ejemplo: que el deudor que paga el íntegro de la prestación no se subroga en las acciones y derechos del acreedor para exigir la restitución a sus codeudores, o que la insolvencia de alguno de los codeudores mancomunados la soporta el acreedor y no los otros codeudores. Estos son principios evidentes y se infieren de la propia naturaleza jurídica de las obligaciones mancomunadas.

El Código trata en los artículos 1183 a 1204 de las obligaciones solidarias.

La solidaridad constituye una excepción al Derecho Común. El principio general es la división de la deuda entre quienes se obligan conjuntamente o, en su caso, la división del crédito entre los coacreedores; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores o entre los coacreedores. La importancia de la materia es evidente.

A diferencia del Código Civil de 1936, el Código de 1984 ordena las reglas referentes a la solidaridad pasiva y activa, modifica algunos preceptos del Código de 1936 e introduce nuevos conceptos no legislados por él.

"Artículo 1183.— La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa."

El artículo 1183 contiene el mismo principio que el artículo 1209 del Código de 1936, que se inspiró en el artículo 1202 del Código Napoleónico. Establece que la solidaridad no se presume y que tan sólo existe cuando la ley o el título de la obligación expresamente la determinen. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse simplemente como mancomunada.

La norma anterior es acogida por numerosos códigos, proyectos y anteproyectos. Baste citar los artículos 1188 del Código Italiano de 1865; 1137 del Código Civil Español; 513 del Código Portugués; 1568 del Código Colombiano; 896, primer párrafo, del Código Brasileño; 1223 del Código Venezolano; 1554, tercer párrafo, del Código Ecuatoriano; 1511, tercer párrafo, del Código Chileno; 435 del Código Boliviano; 11 del Código Polaco de las Obligaciones; 1391 del Código Uruguayo; 1202 del Código Dominicano; 1543 del Proyecto de 1891; 130 del Proyecto Franco-Italiano; 216 del Anteproyecto Brasileño y 743 del Anteproyecto Ossorio.

No obstante, algunos códigos se apartan de este principio, entre ellos el Código Civil Alemán, artículo 427, y el Código Civil Italiano, artículo 1294. En ellos se señala que, si otra cosa no apareciera de la ley o del título de la obligación, se presume que la obligación se ha constituido con el carácter de solidaria. Por su parte, el artículo 1988 del Código Mejicano exige el pacto de solidaridad, pero no que éste conste expresamente. Finalmente añadiremos que el artículo 1207 del Código Civil Filipino prescribe que la obligación es solidaria cuando así lo exija su naturaleza.

El Código ha optado por la fórmula francesa. El artículo 1183 exige que la solidaridad conste expresamente. Ello se explica porque la solidaridad pasiva es muy severa y permite al acreedor cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los co-deudores; y la solidaridad activa, por su parte, permite a cualquiera de los acreedores exigir el íntegro de la prestación. Parece razonable, en este orden de ideas, que el Código de 1984

continúe con la filosofía que imprimió el legislador de 1936, exigiendo que la solidaridad conste en forma expresa.

"Artículo 1184.— La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."

El artículo 1184 tiene origen en el artículo 1211 del Código Civil de 1936, cuyas normas son similares a los artículos 1201 del Código Francés, 1140 del Código Español, 512 del Código Portugués, 1569 del Código Colombiano, 1222 del Código Venezolano, 1393 del Código Uruguayo y 1201 del Código Dominicano. El precepto es consecuencia de la pluralidad de sujetos activos o pasivos que intervienen en una obligación solidaria. Los codeudores o coacreedores pueden obligarse por plazos distintos, o unos en forma pura y otros bajo condición. El modo, la condición o el plazo, son elementos que no alteran el carácter solidario que puede revestir una relación obligacional. El segundo párrafo de la norma, destinado a aclarar conceptos, señala que cuando la obligación estuviera sujeta a condiciones o plazos suspensivos, su cumplimiento sólo podrá exigirse cuando se cumpla la condición o venza el plazo.

"Artículo 1185.— El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno."

El artículo 1185 se aparta de la solución prevista por el artículo 1212 del Código de 1936, que recoge el principio de la prevención propiciado por *Pothier*, y que sigue el artículo 1198 del Código Napoleónico y todas las legislaciones que encuentran su origen en esta regla, tales como los artículos 706 del Código Argentino, 1142 del Código Civil Español, 528 del Código Portugués, 1994 del Código Mexicano y 1570 del Código Colombiano. El

precepto francés parece tener su antecedente en una interpretación errónea de los textos romanos; es así que la solución francesa, acogida por el legislador peruano de 1936, desnaturaliza la solidaridad. No hay explicación lógica para que la prevención pueda impedir a uno de los coacreedores solidarios cobrar el íntegro de la obligación al deudor, pues aquél que ejercita en primer término la acción judicial, no adquiere, por esa circunstancia, el derecho a recibir el pago. Ello desvirtuaría la institución de la solidaridad.

El artículo 1185 del Código, cuya inspiración se encuentra en el artículo 428 del Código Civil Alemán y en el artículo 1296 del Código Civil Italiano, es, por lo contrario, congruente con la institución que estamos analizando.

“Artículo 1186.— El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.

Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo.”

El artículo 1186 reproduce el artículo 1213 del Código de 1936, y se inspira en los artículos 1200, 1203 y 1204 del Código Napoleónico, 1144 del Código de España, 421 del Código Alemán, 571 y 572 del Código Colombiano, 1226 del Código Venezolano, 1557 y 1558 del Código Ecuatoriano, 1514 y 1515 del Código Chileno, 1548 y 1550 del Proyecto de 1891, 596 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 748 del Anteproyecto Ossorio. La norma establece un efecto esencial de la solidaridad: que el acreedor puede dirigirse contra alguno de los deudores, o contra todos ellos; y que puede hacerlo simultánea o sucesivamente, hasta que cobre el íntegro de la deuda. El precepto responde, cabalmente, a la verdadera naturaleza jurídica de la solidaridad, vale decir, a la unidad de prestación, y demuestra que es ésta la garantía personal por excelencia. Cada codeudor puede ser constreñido por la totalidad —se le rehúsa, por tanto, el beneficio de la división—, de suerte que cada uno está expuesto a hacer el anticipo del monto íntegro de la deuda y a que el pago así efectuado libere, por lo menos en relación al acreedor, a todos los codeudores. Los

codeudores solidarios lo son, tal como se ha expresado, por el íntegro.

Cabe advertir que en el Derecho Romano Clásico, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los codeudores solidarios, no podía después hacerlo contra los otros; se entendía que la *litis contestatio* trabada con el deudor demandado producía la novación de la obligación primitiva y, por consiguiente, extinguía la obligación de los codeudores. En el sistema del Derecho Romano Clásico, el acreedor se colocaba en la necesidad de hacer una elección definitiva del deudor al tiempo de promover su acción, cuando todavía no conocía la solvencia del elegido; si el deudor elegido resultaba insolvente, el acreedor tenía que soportar el perjuicio. Este sistema se prestaba, por lo demás, a colusiones entre los codeudores, con el fin de engañar al acreedor sobre la solvencia de uno de ellos.

Justiniano modificó esta doctrina y estableció que, no obstante la persecución contra uno de los codeudores solidarios, el acreedor conservaba el derecho de dirigir su acción contra los otros.

En el Derecho moderno, si el acreedor ha cobrado la deuda íntegramente a cualquiera de los deudores, no podrá ya exigir el pago de ella a los otros. Si el acreedor ha obtenido sólo un pago parcial, no podrá dirigir su acción contra los otros codeudores solidarios sino con deducción de la parte cobrada. Si el acreedor hubiese demandado a un deudor sólo por su parte, no existirá inconveniente para que después promueva acción contra todos los demás codeudores solidarios. Habrá en este último caso, de parte del acreedor, una renuncia tácita a la solidaridad respecto al deudor demandado (confróntense a este respecto los artículos 1200 y 1201).

“Artículo 1187.— Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios.”

El artículo 1187 responde al principio consagrado por el artículo 1217 del Código de 1936. En él se advierte, además, que la misma regla será de aplicación para los casos de la solidaridad activa. El precepto encuentra su origen en los artículos 712 del Código Argentino, 905 del Código Brasileño, 1993 y 1998 del Código Mejicano, 1580 del Código Colombiano, 1204 del Código Dominicano, 1395 del Código Uruguayo, 1523 del Código Chileno, 1566 del Código Ecuatoriano y 436 del Código Boliviano.

La norma consagra, en suma, que la solidaridad —sea activa o pasiva— no se trasmite a los herederos. En esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible, la cual, por su naturaleza, obliga a cada uno de los herederos del deudor a responder por el íntegro, y autoriza a cada uno de los herederos del acreedor a exigir toda la prestación.

No se consigna en el precepto —por considerarse innecesario— el agregado del artículo 1295 del Código Italiano, en el sentido de que es posible el pacto en contrario. Parece evidente que, dentro del campo de la autonomía de la voluntad, los codeudores o coacreedores pueden pactar, para el caso de fallecimiento, las normas que regirán la obligación que se ha contraído.

De acuerdo con la regla contenida en el artículo 1187 comentado, el acreedor puede exigir el íntegro de la obligación a cualquiera de los codeudores primitivos, pues el fallecimiento de alguno de ellos no hace desaparecer la solidaridad respecto a los demás. También puede exigir el íntegro de la prestación a los herederos del deudor fallecido, pero en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia. Regla similar se aplica en el caso de fallecimiento de uno de los coacreedores solidarios.

“Artículo 1188.— La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:

1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.

2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.

3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.

4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."

"Artículo 1189.— Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte."

"Artículo 1190.— Cuando los actos a que se refiere el artículo 1188 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.

Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."

"Artículo 1191.— La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."

Los artículos 1188, 1189, 1190 y 1191 legislan la novación, compensación, condonación, transacción y consolidación, tanto en la solidaridad pasiva como en la activa.

Los artículos 1188 y 1189 se refieren a la novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios. El artículo 1190, a los mismos actos practicados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, así como al pago. El artículo 1191, por último, a los casos de consolidación o confusión, tanto en la solidaridad pasiva como en la activa.

El principio que señala el artículo 1188, constituye la doctrina de *Savigny* y *Pothier* y se inspira en los artículos 1143 y 1146 del Código Español; 523 y 524 del Código Portugués; 31 del Código Libanés; 1215 del Código Filipino; 1556, segundo párrafo, del Código Ecuatoriano; 1513, segundo párrafo, del Código Chileno; y 1229, primer párrafo, y 1231 del Código Venezolano. El artículo 1188 consagra el principio según el cual la novación, compensación, condonación y transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás deudores. La idoneidad de la regla es evidente: el acreedor, quien es el único interesado en tal calidad, ha extinguido la obligación por medio distinto al pago; al ser dueño exclusivo del crédito, lo ha extinguido por acto practicado con uno de los codeudores, acto que produce el mismo efecto extintivo respecto de los demás.

La norma señala, no obstante, las consecuencias jurídicas que surgen entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores. En el caso de la novación, el Código confiere a los codeudores el derecho de responder por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación. En la compensación, los codeudores responden por su parte; principio que tiene carácter de evidente. Para la condonación se ha previsto que queda extinguida la obligación de los codeudores. Y, finalmente, para la transacción se da solución similar a la prevista para la novación, esto es, que los codeudores, a su elección, responden ante el deudor que transigió, bien por su parte en la obligación original —respecto de la cual pueden litigar, por tratarse de asunto dudoso o ya sujeto a controversia—, bien por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.

El Código cuida en el artículo 1189, sin embargo, de dejar claramente establecido que en caso de que los actos previstos por

el artículo 1188 se hubieran limitado a uno solo de los deudores, los otros codeudores sólo quedan liberados en cuanto a la parte de aquel codeudor.

Los casos previstos por los artículos 1188 y 1189 están legislados por los artículos 1216 y 1219 del Código de 1936. Sin embargo, sus normas no son idénticas. El Código de 1936 establece, en efecto, que la obligación se extingue —al igual que lo estatuido en el Código de 1984—, pero no determina cuáles son los derechos, respecto de sus codeudores, del codeudor que practicó tales actos. Es verdad que en el Código de 1936 existen reglas dispersas sobre la materia en los títulos relativos a la condonación y consolidación; pero se ha considerado conveniente, por razones de técnica legislativa, que todos los preceptos estén ahora agrupados en los dos numerales citados y en el capítulo referente a las obligaciones solidarias.

El artículo 1190 prevé el caso de la solidaridad activa. Si el coacreedor cobra el íntegro de la prestación al deudor común, nova, compensa, condona o transige; la obligación queda extinguida, y tal acreedor responde ante los demás coacreedores. Esta regla es inherente a la solidaridad y ella obedece al hecho de que cada coacreedor es dueño del íntegro de la prestación. Si el coacreedor solidario limita tales actos a su parte, entonces la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte. El precepto tiene igual origen que el artículo 1188; también encuentra antecedentes en los artículos 1295, 1296, 2245 y 2268 del Código de 1852.

El artículo 1191, por último, rige los casos de consolidación o confusión, tanto en la solidaridad activa como en la pasiva. La norma, con origen en el artículo 1304 del Código Civil de 1936, señala que la consolidación operada en uno de los acreedores solidarios o en uno de los deudores solidarios, sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor. Estas reglas se explican por la naturaleza jurídica de la consolidación o confusión, que no es propiamente un medio extintivo de la obligación, pero que determina la imposibilidad de ejecutarla, según se ha expresado al comentar el artículo 1178. El artículo 1191 adopta la doctrina del artículo 2250 del Código de

1852; 1545, tercer párrafo, del Código Uruguayo; 1232 del Código Venezolano y 1209 del Código Dominicano.

Con los artículos 1192 a 1204 se regulan numerosas consecuencias jurídicas, de singular importancia, respecto de la solidaridad pasiva y activa.

“Artículo 1192.— A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores.”

El artículo 1192 recoge el principio consagrado por el artículo 1218 del Código de 1936, de texto similar al artículo 1208 del Código Francés y al artículo 715 del Código Argentino. La regla del Código de 1984 se inspira no sólo en esos preceptos, sino también en los artículos 525 del Código Portugués; 1995 y 1996 del Código Mejicano; 145 del Código Suizo; 911 del Código Brasileño; 17, primer párrafo, del Código Polaco; 1208 del Código Dominicano; 438 del Código Boliviano; y 131, primer párrafo, del Proyecto Franco-Italiano. A cada coacreedor o codeudor solidario, sólo pueden oponérseles las excepciones personales y las comunes a todos los coacreedores o codeudores. En consecuencia, si la excepción concierne sólo a uno de los coacreedores o codeudores, ella no podrá ser invocada por los demás. Y, a su vez, si la excepción es común a todos los coacreedores o a todos los codeudores, ella podrá ser invocada por cualquiera. Un vicio del consentimiento que afecte a uno solo de los codeudores solidarios, no alcanzará, sin duda, a los demás. La nulidad del acto jurídico, por tener objeto física o jurídicamente imposible, alcanzará a todos los codeudores.

Conviene hacer una aclaración. En el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo: los vicios del consentimiento, el haber pagado, etc. Las segundas, es decir, las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo, por ejemplo: la excepción de pleito pendiente.

Al hablar de excepciones, la norma comentada ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que en el artículo 1192 hable de excepciones comunes a todos los acreedores o deudores y de excepciones que les son personales.

“Artículo 1193.— La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.

Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos.”

El artículo 1193, por su parte, se inspira en el artículo 1306 del Código Civil Italiano y en el artículo 522 del Código Portugués. La primera parte del precepto señala que la sentencia pronunciada en juicio seguido entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, o entre el deudor y uno de los coacreedores solidarios, sólo produce efectos entre ellos. No tiene fuerza respecto de los demás. Agrega el segundo párrafo, empero, que los otros codeudores pueden oponerla al acreedor, siempre que no se fundamente en razones personales del codeudor que litigó, y que, a su vez, los otros coacreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo que éste oponga excepciones personales.

La sentencia, por tanto, sólo produce consecuencias entre quienes han intervenido en el litigio; es *res inter alios acta*. Sin embargo, el precepto faculta a los otros codeudores o coacreedores para oponerla al acreedor o deudor respectivamente, salvo las excepciones señaladas.

Artículo 1194.— La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás. La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros."

El artículo 1194 se aparta radicalmente de lo preceptuado por el artículo 1221 del Código de 1936, que tiene su origen inmediato en los artículos 1207 del Código Francés, 714 del Código Argentino y 909 del Código Brasileño; y lo hace tanto en su forma como en su sustancia.

En lo que respecta a su forma, abandona la impropia terminología del dispositivo de 1936 que alude a la "demanda de intereses" cuando el legislador deseó, sin duda, referirse a la "constitución en mora". El legislador de 1936 empleó la terminología del Código Napoleónico, sin tener en cuenta una diferencia importante: que mientras en nuestro derecho la constitución en mora puede efectuarse judicial o extrajudicialmente; en el Derecho Francés —hasta el mes de abril de 1900— la constitución en mora, para hacer correr los intereses moratorios, sólo podía resultar de una demanda judicial.

En cuanto al aspecto sustantivo, señala que la constitución en mora es personal y que, por tanto, no produce efecto respecto a los otros codeudores o coacreedores solidarios.

La culpa o el dolo, requisitos para que el codeudor o coacreedor solidario pueda ser constituido en mora, no se transfieren de ningún modo a los demás codeudores o coacreedores. Por ello el Código de 1984 prescribe en forma explícita que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios, no tiene efecto respecto a los otros.

El artículo 1194 es plenamente compatible con el artículo 1195 del Código; a diferencia del artículo 1221 del Código de 1936, que es incongruente con el artículo 1220 del mismo Código. Tal incongruencia también se advierte, por establecer iguales

principios, entre los artículos 1205 y 1207 del Código Napoleónico.

Si un codeudor solidario, en efecto, no responde de daños y perjuicios por la culpa en que incurre otro codeudor, ¿por qué habría de indemnizar el retraso en el cumplimiento de la obligación?

El principio es diferente cuando el único deudor es constituido en mora por uno de los coacreedores solidarios, o cuando el único acreedor es constituido en mora por uno de los codeudores solidarios. Si el deudor es uno solo, y es constituido en mora por alguno de los coacreedores solidarios, ello favorece a los otros. Y si el acreedor es uno solo, y es constituido en mora por alguno de los codeudores solidarios, ello también favorece a los demás codeudores.

Se han previsto estas reglas porque no significan, como en las hipótesis anteriormente analizadas, un desplazamiento o transferencia de la culpa o del dolo a terceras personas no responsables. En el caso de los coacreedores o codeudores solidarios, éstos estarían simplemente aprovechando la diligencia de quien cuidó de constituir en mora al deudor o acreedor, respectivamente.

Artículo 1195.— El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento."

El artículo 1195 reproduce idéntico principio que el artículo 1220 del Código Civil de 1936. Es la doctrina de *Dumoulin* y *Pothier*, acogida por el artículo 1205 del Código Francés y seguida por legislaciones tan importantes como la suiza, brasileña e italiana. Por lo demás, es el mismo principio que adoptan los artículos 520 del Código Portugués, 1578 del Código Colombiano y 1205 del Código Dominicano. En él se conjuga la naturaleza jurídica de la obligación solidaria, con elementales principios de justicia. Se descarta así el sistema propiciado por *Giorgi* y

por *Planiol* y *Ripert* —adoptado por los Códigos Español y Argentino—, sistema en virtud del cual los codeudores deben la estimación de la cosa y la indemnización de daños y perjuicios. Y se descarta también el sistema sustentado por el Código Civil Alemán, que se fundamenta en el pacto tácito de indivisibilidad del pago, en virtud del cual los codeudores no deben la estimación de la cosa ni la indemnización de daños y perjuicios.

En suma, conforme al Código de 1984, cada codeudor responde por el íntegro del valor de la prestación debida. Si la prestación es imposible por causa imputable a uno de los codeudores, cada uno sigue respondiendo por el íntegro de su valor, como consecuencia de haberse obligado solidariamente. Sin embargo, por la indemnización de daños y perjuicios sólo responde el codeudor o, solidariamente, los codeudores que hubieran incurrido en dolo o culpa. El principio que consagra el precepto es congruente no sólo con el concepto de que el dolo o la culpa son personales, sino con la doctrina que informa al artículo 1194 antes comentado.

“Artículo 1196.— Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores.”

“Artículo 1197.— La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.”

“Artículo 1198.— La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la pres-

cripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."

El artículo 1214 del Código de 1936 únicamente soluciona los casos de interrupción de la prescripción; no así, los de suspensión o renuncia. Por ello, los artículos 1196, 1197 y 1198 del Código de 1984 —basándose en el citado artículo 1214, en el artículo 713 del Código Argentino, y fundamentalmente en el artículo 1310 del Código Civil Italiano— rigen las tres hipótesis previstas, esto es, las de interrupción, suspensión y renuncia de la prescripción. Los artículos 1196, 1197 y 1198, también se inspiran en los artículos 2249 del Código Francés, 1292 del Código de 1852, 2130 del Código Italiano de 1865, 2249 del Código Dominicano y 136 del Proyecto Franco-Italiano.

Respecto de la interrupción de la prescripción, el Código consagra la solución tradicionalmente admitida —salvo casos excepcionales como el Código Civil Venezolano (artículo 1228)—, solución que es idéntica a la del artículo 1214 del Código de 1936. Ella se basa tanto en la idea de la unidad de prestación debida, que acogiera *Pothier* y que aceptan la generalidad de los romanistas modernos, como en la idea de la representación, sustentada por franceses tan ilustres como *Marcadé*, *Demolombe*, *Aubry y Rau*, *Laurent*, *Baudry-Lacantinerie* y *Bardé, Planiol, Huc y Colin y Capitant*. Dicha solución acepta que la interrupción de la prescripción respecto de uno de los codeudores solidarios, surte efecto respecto de los demás; y que la interrupción de la prescripción por uno de los coacreedores solidarios respecto del deudor común, surte, a su vez, el mismo efecto para los demás coacreedores.

La suspensión de la prescripción es personal. De allí la solución prevista por el artículo 1197. Tal suspensión respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.

El precepto agrega que el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido

liberados por prescripción. La regla es congruente con la naturaleza jurídica de las obligaciones de esta clase. El deudor respecto del cual se haya suspendido la prescripción, continúa siendo responsable por el íntegro de la prestación. Al confrontar la obligación de pago tiene el derecho, evidentemente, de exigir a sus codeudores la restitución de sus partes, aun cuando en las relaciones jurídicas entre tales codeudores y el acreedor, aquéllos le hubieran opuesto el beneficio de la prescripción.

La norma concluye señalando que el acreedor respecto del cual se hubiera suspendido la prescripción y que cobrara, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponda en la obligación. Se trata de evitar, con esta regla, que el coacreedor se enriquezca a expensas de los demás coacreedores.

Finalmente, si uno de los codeudores renunciara a la prescripción, ello tan sólo produciría efectos personales, es decir, que no operaría respecto a los demás codeudores, contra quienes en ningún caso podría repetir si se liberaran como consecuencia de la prescripción. Por el contrario, la renuncia a la prescripción por el deudor o por uno de los codeudores solidarios ante uno de los coacreedores solidarios, favorece a los demás coacreedores. Así lo establece el artículo 1198.

“Artículo 1199.— El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.

Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros...”

“Artículo 1200.— El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.

El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad.”

“Artículo 1201.— Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros

es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad."

"Artículo 1202.— El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros."

"Artículo 1203.— En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

"Artículo 1204.— Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás."

Los artículos 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204 del Código contienen principios que no fueron incorporados por el legislador de 1936. Su origen se encuentra en los artículos 1309, 1311, 1312, 1313, 1298 y 1299 del Código Civil Italiano, respectivamente. Los artículos 1200 y 1202 también corresponden a los artículos 1573 y 1574, respectivamente, del Código Civil Colombiano. El artículo 1201 es similar al artículo 526 del Código Portugués. El artículo 1203 también se inspira en los artículos 1214 y 1216 del Código Napoleónico, 426 del Código Civil Alemán, 1999 y 2000 del Código Mejicano, 1579 del Código de Colombia y 1214 y 1216 del Código Dominicano.

El artículo 1199 contiene la misma doctrina que el artículo 1198. El reconocimiento de la deuda por uno de los codeudores solidarios no alcanza a los demás. Por el contrario, el reconocimiento hecho por el deudor ante uno de los coacreedores solidarios, favorece a los demás.

Los artículos 1200, 1201 y 1202, se refieren a las consecuencias jurídicas de la renuncia a la solidaridad.

El artículo 1200, en su primera parte, faculta al acreedor para renunciar a la solidaridad en favor de uno de los codeudores, conservándola respecto a los otros. Esta norma debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1201: si alguno de los codeudores solidarios es insolvente, su parte se distribuye a prorrata entre los demás codeudores, comprendiéndose, desde luego, a aquél que fue liberado de la solidaridad. La solución jurídica propuesta permite el eventual beneficio de uno de los codeudores solidarios, sin perjudicar a los demás.

El artículo 1200, en su segunda parte, establece dos casos en que se presume la renuncia a la solidaridad: si el acreedor otorga recibo a uno de los codeudores, tan sólo por su parte y sin reserva; o si acciona contra él judicialmente, también por su parte y sin reserva.

El artículo 1202 prevé principios similares para el régimen de los frutos e intereses: si el acreedor recibe de uno de los codeudores solidarios, sin reserva, sólo parte de los frutos o intereses adeudados; pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva respecto a los frutos o intereses futuros.

El artículo 1203, por su parte, se refiere a las relaciones internas entre los codeudores o coacreedores solidarios. Establece el precepto que en estos casos la obligación se divide entre los diversos codeudores o coacreedores, salvo que ella hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

La norma agrega que las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo pacto en contrario. Esta regla es razonable y justa; se trata de una presunción *juris tantum* que admite la prueba en contrario.

Sobre la materia a que se refiere el artículo 1203, y en particular en lo relativo a las relaciones de los codeudores solidarios entre sí, la solución, en el Derecho Romano, es confusa. En la doctrina encontramos tres sistemas: 1) El que niega en absoluto el recurso por considerarlo incompatible con la naturaleza de la obligación solidaria. El deudor que ha pagado la totalidad de la deuda —se sostiene en este sistema— ha pagado lo que debía y, por consiguiente, faltaría toda razón para concederle recurso contra sus codeudores. 2) En el segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, se establece como principio indiscutible el derecho del deudor para entablar el recurso. Esto respondería al propósito de impedir que los codeudores se enriquecieran a costa de quien hizo el pago. 3) En un tercer sistema, que es el que ha seguido el Código, y que es intermedio entre los dos anteriores, se enseña que en la cuestión del recurso no puede darse una solución absoluta. El recurso procederá o no, según que entre los codeudores solidarios haya existido o no comunidad de intereses. Esta es la razón que justifica la redacción del segundo párrafo del artículo 1203.

Si no existe comunidad de intereses entre los codeudores solidarios, el peso de la obligación deberá ser asumido íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída: si el pago fue hecho por otro codeudor, éste tendrá un recurso contra el verdadero obligado por la totalidad de su importe; si el pago fue hecho por el deudor interesado, él no tendrá recurso alguno contra sus codeudores. Para ejercitar el recurso contra los otros codeudores se promoverá la acción de subrogación prevista por el artículo 1263 del Código. El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor.

Por último, el artículo 1204, con el que concluyen las normas de las obligaciones solidarias, prescribe que si alguno de los deudores fuera insolvente, su porción se distribuye entre los demás —incluyendo desde luego a aquél que hizo el pago— de acuerdo con sus intereses en la obligación. Se aclara en el último párrafo que si el insolvente fuera el codeudor en cuyo interés exclusivo se asumió la obligación, la deuda se distribuye por partes iguales entre los demás codeudores.

LESION

A Manuel de la Puente y Lavalle,

jurista, maestro y amigo

El texto siguiente constituye la exposición de motivos y comentarios al Título IX de la Sección Primera del Libro VII —Fuentes de las obligaciones— del nuevo Código Civil. El autor, en su calidad de miembro de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, fue responsable de elaborar el articulado relativo a la Parte General de los Contratos, que aparece, con algunas modificaciones, en el Código vigente.

La lesión es una de las más importantes y controvertidas figuras de la contratación.

De raíces muy antiguas, pues existen huellas rudimentarias en China e India y luego en Grecia, cobró cuerpo durante el Imperio Romano, y en el siglo III de la era cristiana Diocleciano y Maximiliano le dieron forma al establecer que si una persona vendía un bien en menos de la mitad de su valor estaba autorizada para solicitar la rescisión del contrato. Caída en desuso con la invasión de los Bárbaros, fue Justiniano quien la rescató y más tarde el Derecho Canónico le dio mayor impulso bajo la inspiración aristotélica del justo precio y de los conceptos expresados por Tomás de Aquino, quien sostuvo que en los contratos de cambio debe prevalecer la reciprocidad proporcional. Restringida en los siglos XV y XVI, debido a los extremos a que fue llevada, vuelve a tomar arraigo durante el Renacimiento, pero limitada a la compra-venta no aleatoria de inmuebles. La Revolución Francesa, bajo la inspiración del principio de la libertad absoluta la abolió, pero no por largo tiempo y fue tema de encendidos debates durante la época en que se gestó el Código Civil Francés de 1804. Cabe detenerse aquí dado que este Código sirvió de modelo para las legislaciones civiles que le siguieron. Fueron Domat y principalmente Pothier quienes inicialmente la defendieron y posteriormente la sustentaron Portalis y Tronchet, con la oposición de

Berlier y Thomasius. Fue Napoleón, durante los debates que precedieron a la promulgación del Código Civil de 1804, quien puso término a las polémicas existentes, para pronunciarse por la lesión, pero únicamente en favor del vendedor y en la compraventa o partición de bienes inmuebles. Su juicio figura en estos términos:

“Poco importa cómo un individuo dispone de unos diamantes o cuadros; pero la manera cómo lo hace respecto de su propiedad territorial no puede ser indiferente a la sociedad y a ésta le pertenece marcar límites al derecho de disponer de ella”.

A partir del momento en que empezó a entrar en crisis el principio absoluto de la autonomía de la voluntad y por la presión de las corrientes sociales y del intervencionismo y dirigismo que fueron sus consecuencias, se produjo una nueva transformación y la tendencia actual es a que se generalice para toda clase de contratos, siempre que sean onerosos y conmutativos.

En el Perú el destino de la lesión estuvo unido a la legislación española y en la Novísima Recopilación de 1805 se extendió a toda clase de contratos, incluyendo la renta vitalicia.

Al promulgarse el Código Civil de 1852 se le dio la misma amplitud y llegamos así a la etapa previa al Código Civil de 1936.

En las actas de la Comisión Revisora ha quedado el testimonio de la polémica que existió entre sus integrantes y en la que destacan, de modo particular, las opiniones de Oliveira, Olaechea y La Jara y Ureta. En definitiva y a propuesta del Ministro de Justicia de aquel entonces, Diómedes Arias Schreiber, se acordó incluir la lesión, pero limitada al vendedor en las ventas de predios rústicos y urbanos y siempre y cuando hubiera precio vil, esto es una diferencia de menos del 50% entre el valor real y el precio de venta, lo que se hizo extensivo a la división y partición en la herencia.

La fórmula adoptada por el Código Civil de 1936 no fue caprichosa ni insólita, como podría parecer a simple vista. Constituyó, en realidad, una solución intermedia entre las posiciones radicales que la hacían extensiva a todos los contratos onerosos

y conmutativos (Oliveira) y la que la negaba, por considerar que no constituía una categoría jurídica específica y se confundía con los vicios del consentimiento (Olaechea). Algo similar había ocurrido, según se explicó anteriormente, en la dación del Código Civil Francés de 1804.

En términos generales y completando lo expuesto, la lesión es una causal de rescisión de los contratos onerosos y conmutativos y opera cuando el lesionado sufre un desmedro económico por un notorio desequilibrio entre los valores de la prestación y la contraprestación, existente al momento de la celebración.

Sus efectos son, según se dijo, rescisorios, con los alcances y consecuencias previstos en el artículo 1372 y de sus características se desprende que es una figura con autonomía y virtualidad propia y distinta, en suma, de los vicios del consentimiento.

Cuando elaboramos la ponencia posteriormente incluida en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, en 1980, quedó desechada la lesión como institución genérica, aunque en la Exposición de Motivos dejamos constancia de que "no desconocíamos la fuerza con que estaba presionando la doctrina moderna y el hecho de haber sido incluida en los Códigos Civiles de Italia y Etiopía y en el Proyecto del Código Civil Francés".

Fue Manuel de la Puente y Lavalle el propulsor de incluir la lesión como institución autónoma y extensiva a toda clase de contratos onerosos y conmutativos. Sus argumentos, respaldados por la más moderna legislación comparada y por los tratadistas de la época, prevalecieron en definitiva y fue así como el Proyecto de Código Civil la consagró en los artículos 1470 a 1477.

De acuerdo con lo señalado por el Proyecto, la sola desproporción evidente entre la prestación y la contraprestación al momento de la celebración del contrato no autorizaba su invalidación y ésta sólo se producía si resultare del abuso consciente por la parte beneficiada con ella, como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentra la contraparte o de su inexperiencia.

Por razones metodológicas conviene aquí hacer una anotación.

Existen, en efecto, diferentes criterios para determinar la lesión.

Uno de ellos, denominado "objetivo", sólo exige la existencia de un desequilibrio entre las prestaciones, que en doctrina se conoce como "precio vil". Dentro de este concepto, a su vez, la desproporción puede estar marcada por una fórmula matemática (menos del 50 por ciento, etc.) o sólo se la identifica como "exorbitante", "chocante" o "anormal" y su probanza constituye una cuestión de hecho. El artículo 1439 del Código Civil de 1936 fundamentalmente se basó en el criterio objetivo con la fórmula matemática de "menos de la mitad del valor"; aunque es igualmente cierto que también estuvo presente el criterio subjetivo al establecer, en su parte final, que "incumbe al juez apreciar todas las circunstancias del contrato".

En el segundo de los criterios, conocido como "subjetivo", la rescisión sólo opera cuando la desproporción resulta del abuso consciente del estado de necesidad o de la inexperiencia del lesionado.

Por último, existe una tercera posición, en la que concurren los factores objetivo y subjetivo y dentro de la cual puede haber o no una fórmula matemática u otra de carácter genérico (exorbitante, chocante, etc.).

Si bien la Ponencia de Manuel de la Puente y Lavalle incorporada en el Proyecto compartía los criterios objetivo y subjetivo, no figuraba en ella la fórmula matemática y esto la hacía insegura y no permitía que los jueces la determinaran con precisión. Esta objeción se hizo notoria en un forum propiciado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en 1981, y en el cual, sumándome a uno de los panelistas, el doctor César Fernández Arce, más tarde miembro de la Comisión Revisora, expresé mis temores en este mismo sentido. El doctor de la Puente y Lavalle a su vez, recogió la crítica y modificó su ponencia original, pero sin introducir la fórmula matemática y limitándose a señalar que "existirá lesión cuando se produzca una desproporción evidente".

Fue dentro de este contexto que el doctor de la Puente y Lavalle y el autor fuimos llamados a la Comisión Revisora para examinar el articulado sobre la contratación.

En honor a la verdad, los miembros de la Comisión Revisora no eran partidarios de la lesión, como la propiciaba el doctor de la Puente y a la que di apoyo, pero condicionando a que se utilizara la fórmula matemática.

En otras palabras, no existía un clima muy propicio para su incorporación como figura extensiva a todos los contratos onerosos y conmutativos y se esgrimieron numerosos argumentos, muy respetables por cierto. Fue sólo después de varias sesiones y luego de una constante insistencia que prevalecieron nuestros puntos de vista y la Comisión Revisora finalmente los aceptó.

Dada la trascendencia del cambio introducido, conceptuamos útil señalar cuáles son los principales argumentos de los detractores de la lesión y su respuesta.

- (1) Se sostiene que es una figura innecesaria, dado que se confunde con el error, esto es, con un vicio de consentimiento. Esta fue la posición que asumió Manuel Augusto Olaechea cuando se discutió en la Comisión Revisora del Código Civil de 1936.

Pero las corrientes doctrinarias hoy en boga afirman que la lesión no constituye un vicio de consentimiento, ni se confunde, de consiguiente, con el error. Es, en suma, una institución autónoma. En efecto, no se requiere que exista equivocación en el contratante para que pueda invocarse esta causal rescisoria. Basta que haya una desproporción injusta entre las prestaciones y el aprovechamiento del estado de necesidad del lesionado para que se justifique la acción. Tampoco hay en ella dolo, intimidación o violencia. No es lo mismo un contrato viciado que un contrato lesivo. Quien sabe que está contratando de un modo tal que existe desequilibrio entre las prestaciones no actúa por error y lo hace libremente, aunque generalmente bajo el apremio de una necesidad imperiosa. Pongamos un ejemplo: si "A" tiene una propiedad cuyo valor de mercado es de I/. 100'000,000.00 y por razones de salud, de liquidez inmediata u otros motivos de urgencia la vende en I/.

10'000,000.00, no está incurriendo en error, violencia o intimidación, pero puede invocar en su defensa la lesión, lo que demuestra su autonomía.

A lo expuesto agregamos que ordinariamente cabe determinar los valores, por complejos que sean sus elementos y, en todo caso, estaremos frente a un problema de probanza, esto es, a cuestiones de hecho que no tienen por qué justificar el desconocimiento de la lesión.

- (2) Se dice igualmente que el respeto por la palabra o la firma empeñada es condición indispensable para el orden y la paz social y que cualquier medida que en alguna forma lo transtorne es una invitación a la anarquía y al caos. La seguridad jurídica es algo tan trascendente que toda institución que de alguna manera la desestabilice debe ser descartada.

Esta invocación, una de las más severas, reposa en la concepción ya trasnochada de la autonomía absoluta de la voluntad. Esta ha evolucionado y sin desconocerla, existen factores que le han restado su primitivo e inflexible rigor. Ya no son válidas las nociones propias del sistema liberal y carece de vigencia el concepto de que cada cual es dueño de su propia ruina. Frente a la igualdad ante la ley se contraponen desigualdades evidentes, que tienen su motivación en factores económicos, sociales, culturales y de diverso orden. Está a la vista el contraste que existe entre el contratante débil y el poderoso y sus distintos poderes o facultades de negociación. Hay, de consiguiente, razones de solidaridad social que rechazan colocar a un contratante en estado de miseria, para beneficio de la contraparte. La Constitución Política de 1979 recoge estas ideas, cuando en el inciso 12 del artículo 2° señala que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos y añade que la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho. En síntesis, la palabra o la firma son respetables en la medida que no se conviertan en instrumentos de injusticia y la ley debe contemplar aquellos mecanismos destinados a evitarlo, pero buscando la armonía con la estabilidad de las transacciones y señalando, en consecuencia, cuáles son las condiciones y límites de esos mecanismos. Esta es, por lo demás, la

filosofía que impera en el Código Civil promulgado y se traduce nítidamente en las instituciones y figuras contractuales que contiene y de las cuales forma parte la lesión.

- (3) También se afirma que en todo contrato existe un cierto margen especulativo y es raro encontrar el justo equilibrio entre las prestaciones.

La afirmación es correcta, pero no invalida la lesión. Está sólo se presenta cuando el desequilibrio es injusto y lesivo a la razón. Es, en otras palabras, lo que los tratadistas clásicos identificaban bajo la expresión "precio vil". Lo que se busca no consiste, pues, en igualdad sino en proporcionalidad.

Pasamos ahora al análisis de los artículos relativos a la lesión.

CONCEPTO

Artículo 1447.— La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ello.

Del contenido de este artículo se desprenden diversas consideraciones, así como también los elementos que configuran la lesión.

Lo primero que destaca es el ámbito dentro del cual se mueve. Mientras en el Código Civil de 1936 estuvo reducida a la compraventa de predios rústicos y urbanos, la lesión se extiende ahora a todos los contratos típicos como atípicos, siempre que sean a título oneroso y tengan carácter conmutativo, con la salvedad hecha

respecto a esto último en el segundo párrafo del mismo artículo 1447.

La amplitud que se le ha dado a la lesión tiene plena justificación. En efecto, el principio de equidad que constituye su fundamento es aplicable para toda clase de contratos onerosos y conmutativos, por lo que no existe razón suficiente para un trato distinto. El temor de que con esta extensión se producirá una multiplicación de procesos judiciales, no es motivo suficiente para no concederla. En efecto, si ello sucede así, será porque se darán en la práctica situaciones de injusticia que deberán corregirse.

En segundo término y como se indicó anteriormente, la lesión sólo se presenta en los contratos onerosos y conmutativos, sean típicos o nominados y atípicos o innominados.

Si bien la ley no señala qué se entiende por contrato oneroso, pues su concepto puede variar en el tiempo, prevalece en la actualidad el criterio de que es una especie del contrato de prestaciones recíprocas, es decir, que supone un intercambio entre las partes contratantes. El vendedor se obliga, en efecto, a transferir el bien al comprador y éste, correlativamente, a pagarle el precio convenido.

El contrato conmutativo se define, también doctrinariamente, como aquel celebrado a título oneroso, en el que se conoce desde su inicio cuál es la entidad de sus ventajas y sacrificios. El vendedor parte de un hecho cierto, como es el de saber el valor del bien que se obliga a transferir y el monto que recibirá como contrapartida; mientras que el comprador conoce a su turno, qué clase de bien está enriqueciendo su patrimonio y cuando pagará por ello. Este doble requisito, "la onerosidad y conmutabilidad" es explicable. En efecto, en los contratos celebrados a título gratuito no existe el juego armonioso de la prestación y la contraprestación, y cualquier idea de un equilibrio carecería de sentido. Por otra parte, tampoco cabe la figura cuando las ventajas y sacrificios que las partes anticipan están subordinados a un hecho incierto, pues esto descarta la proporcionalidad de las prestaciones.

Como ya lo expresáramos, el segundo párrafo del artículo 1447 consagra una excepción. Se trata de aquellos contratos aleatorios

o sea, lo contrario a los conmutativos, en que la desproporción existe por causas extrañas al riesgo propio de ellos. Por ejemplo, si en un contrato de renta vitalicia onerosa cuya duración se mide por la vida de una persona joven y saludable, se estipula que cada tres meses la renta será reajustada en una suma exorbitante y que supera muchas veces el incremento del costo de vida, existe desde sus orígenes una desproporción que es ajena al álea o riesgo propio de la renta vitalicia.

Son elementos constitutivos de la lesión:

- (1) Una desproporción coetánea al contrato, mayor de las dos quintas partes (40%); y,
- (2) Que esa desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Sólo la conjunción de estos elementos mueve el mecanismo de la lesión. De no existir, la figura sería utilizada sin limitaciones, lo que causaría un caos en las transacciones y el quebranto de la seguridad jurídica.

El primero de los elementos responde, como es sabido, al criterio objetivo y la desproporción debe ser grave, pues de otro modo no tendría justificación para una medida tan radical como es la rescisión del contrato. En el seno de la Comisión Revisora prevaleció por algún tiempo el concepto de que la relación matemática debería ser de las tres quintas partes (60%), pero no prosperó, pues habría reducido las posibilidades de utilizar este medio de defensa por parte del contratante lesionado.

Como se recordará, mencionamos que en la fórmula primitiva contenida en la Ponencia del doctor de la Puente y Lavalle figuraba la necesidad apremiante del lesionado y su inexperiencia, como elementos de carácter subjetivo. La Comisión Revisora suprimió el requisito de la inexperiencia, a instancias del propio doctor de la Puente y Lavalle, pues se corría el riesgo de que la lesión quedase convertida en letra muerta.

Si bien la desproporción mayor de las dos quintas partes (40%) tiene precisión matemática, no sucede lo mismo con la

necesidad apremiante y ésta se encuentra sujeta, en definitiva, al criterio del juzgador. En doctrina se estima que existe cuando las posibilidades de elegir sean sumamente reducidas por la situación en que se encuentra el lesionado, como sucedería, para poner un ejemplo, cuando una persona debe someterse a una intervención quirúrgica de urgencia y carece de fondos para solventarla, salvo los que puede generar mediante un contrato lesivo. Desde luego este ejemplo no es limitativo, pues lo que prevalece es que haya un hecho que reduzca la libertad del contratante, sin que necesariamente tenga por qué encontrarse este último en dificultades económicas, pues su estado de necesidad podrá tener otras motivaciones.

Para concluir y dado que la dificultad de acreditar el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante no siempre es demostrable, se introdujo para suavizarla la fórmula contenida en el artículo 1448.

Fuentes: Artículo 1448 del Código Civil Italiano.

Concordancias: Artículos 1362, 1370, 1372 y 1448 del Código Civil.

PRESUNCION DEL APROVECHAMIENTO DE LA NECESIDAD APREMIANTE

Artículo 1448.— En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

Como regla general de tipo procesal, quien afirma un hecho debe probarlo. Esto significa que en el caso de la lesión, corresponde la carga a la parte lesionada. Como por otro lado la demostración no es siempre posible, particularmente en lo que se refiere a la necesidad apremiante del lesionado, se ha establecido en el Código una presunción "juris tantum", que está relacionada con la enormidad de la desproporción, pues ésta debe ser igual o

superior a las dos terceras partes, esto es, a un 66.66%. Esto es lo que en doctrina se llama también desproporción enorme o exorbitante.

Siguiendo el método empleado en esta obra, pondremos un ejemplo de la desproporción exorbitante. Si en un contrato de arrendamiento de un inmueble valioso se establece como merced conductiva una cantidad que no guarda proporción entre ambas prestaciones y que es igual o superior a las dos terceras partes (66.66%), bastará que el lesionado lo acredite para que proceda la acción rescisoria, sin que tenga que demostrar el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante de aquél, pues se considera como un valor entendido.

Desde luego y siendo la presunción del artículo 1448 "juris tantum", nada impedirá que el demandado pruebe que no ha existido aprovechamiento de la necesidad apremiante del lesionado, en cuya hipótesis la demanda deberá ser declarada infundada. Ello puede suceder, pongamos por caso, si se demuestra que hubo de parte del presunto lesionado una liberalidad.

Fuentes: Artículo 954 del Código Civil Argentino.

Concordancia: Artículo 1447 del Código Civil.

APRECIACION DE LA DESPROPORCION

Artículo 1449.— La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.

Es de la esencia de la lesión que el desequilibrio entre las prestaciones exista al momento en que se celebra el contrato, lo que la distingue de la excesiva onerosidad de la prestación. Siendo esto así, resulta evidente que la desproporción debe ser apreciada de acuerdo con el valor que tengan las prestaciones en el instante en que se perfecciona el contrato y no posteriormente. Empero, tanto en la legislación comparada como en doctrina se advierte

la existencia de una regla según la cual esta desproporción debe perdurar hasta el momento de interponerse la demanda y así también fue concebido en el Proyecto, en el artículo 1472.

El criterio expuesto en la parte final del párrafo anterior no prevaleció en el seno de la Comisión Revisora. En efecto, esa regla fue eliminada y por ello no aparece en el artículo 1449. La supresión fue hecha a sugerencia del doctor Manuel de la Puente y Lavalle y se ajusta a la realidad de nuestros tiempos. Utilizaremos un ejemplo. "A" toma en arrendamiento una casa cuyo valor rentable mensual es de 5,000 intis y le paga a su propietario "B" una merced conductiva de 50,000 intis, en vista de que tiene necesidad apremiante de habitarla por razones de ocupación y no existe otra disponible en el área.

Si con posterioridad al contrato y antes de la interposición de la acción rescisoria la propiedad adquiere un valor mucho mayor, por devaluación monetaria u otros motivos, este fenómeno es intrascendente para los efectos del ejercicio de la acción, pues la desproporción se mide únicamente al tiempo de celebrarse el contrato, siendo como es, coetánea a este último.

Fuentes: Artículo 1448 del Código Civil Italiano. Artículo 155 del Proyecto de Código Civil Brasileño.

Concordancias: Artículos 1370 y 1440 del Código Civil.

CONSIGNACION DE LA DIFERENCIA DE VALOR

Artículo 1450.— Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor.

La voluntad de mantener la vigencia del contrato (regla de la preservación contractual) explica la razón de ser de este dispositivo, pues al consignar la diferencia de valor queda suprimida la lesión. Interesa destacar que lo que pagará el lesionante es el valor suficiente para hacer cesar la desproporción, lo que no siem-

pre coincide con lo solicitado en la demanda. Utilizaremos un ejemplo. "A" le ha vendido a "B" una casa en 5,000 intis y luego sostiene que su valor es de 31,000 intis y plantea la acción rescisoria. "B", antes de la contestación de la demanda, admite el hecho y consigna 26,000 intis, esto es, la diferencia de valor. Al hacerlo, la acción de "A" deja de tener su razón de ser y por ello fenece el proceso.

El artículo 1449 no se ha puesto en la hipótesis de un allanamiento por parte del demandado, pues estaría aceptando la rescisión del contrato, siendo así que este precepto lo que busca es, casualmente, su conservación, sobre la base de que desaparezca la desproporción que motivó la acción.

Desde luego la consignación a que nos estamos refiriendo se mide en función de los valores establecidos de conformidad con el artículo 1449.

Concordancias: Artículo 1449 del Código Civil.

REAJUSTE DE VALOR

Artículo 1451.— El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.

Este precepto se pone en un caso distinto al previsto por el artículo 1450. En este último, en efecto, el demandado acepta la diferencia de valor indicada por el demandante. En cambio, en el artículo 1451 lo que hace es discutir la cuantía de la desproporción, reconviniendo el reajuste. Como lo que interesa fundamentalmente es la conservación de los contratos, se ha considerado esta figura de transformación de la acción, la que procesalmente se produce mediante la reconvención. Para asegurar el derecho del demandante se ha dispuesto que el pago debe hacerse dentro de un breve plazo y sumados los intereses legales, bajo apercibimiento de rescisión.

Supongamos que "A" ha demandado a "B" por haberle vendido una propiedad en 5,000 intis, siendo así que su valor lo estima en 50,000 intis y que habría habido aprovechamiento de su estado de necesidad. Conforme el artículo 1451, el demandado puede reconvenir para hacer cesar la desproporción y será finalmente en la sentencia que el juez señalará cuál es el monto necesario para eliminar tal desproporción, no pudiendo fijar un monto superior a ese. De este ejemplo se extrae una conclusión terminante: La cantidad que pagará "B" no será la diferencia que existe entre 5,000 y 50,000 intis, suponiendo que este último será el valor que se acredite durante el proceso; y a "B" le bastará cancelar 25,000 intis, con cuyo importe habrá cesado la desproporción existente.

Fuentes: Artículo 954 del Código Civil Argentino.

Concordancias: Artículo 1450 del Código Civil.

Artículo 326 del Código de Procedimientos Civiles.

INUTILIDAD DE LA ACCION RESCISORIA: REAJUSTE

Artículo 1452.— En los casos en que la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1447 fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste.

Puede suceder que la acción rescisoria carezca de utilidad para el lesionado y en esta hipótesis la ley lo protege estableciendo que tendrá el derecho de invocar la acción de reajuste, pues será la única mediante la cual evitará el garve desmedro que le originó el contrato celebrado con lesión.

La inutilidad que constituye la premisa de este precepto puede presentarse en diferentes maneras. Un ejemplo sería si se ha producido la pérdida total o parcial del bien. Otro, si el que lo adquirió lo transfirió antes de que se iniciara la acción del lesio-

nado, pues conforme al segundo párrafo del artículo 1372, la rescisión de un contrato no perjudica los derechos de un tercero adquiridos de buena fe.

El artículo 1452 presupone que la inutilidad se haya producido antes de la interposición de una demanda por parte del lesionado y, como es obvio, ésta no podrá ser otra que la del reajuste del valor. Pero, ¿qué sucedería si en una acción rescisoria se perdiese el bien durante el proceso y resultase ya inútil para el actor? Aunque el legislador no se ha puesto expresamente en este caso y procesalmente no cabría una transformación de la acción primitiva, pensamos que la solución está en el desistimiento de la acción rescisoria y en la formulación de una de reajuste, que es distinta a la anterior.

Concordancias: Artículo 1372 del Código Civil.

NULIDAD DE LA RENUNCIA

Artículo 1453.— Es nula la renuncia a la acción por lesión.

La finalidad de este artículo estriba en cerrarle el camino a las cláusulas de estilo, impuestas por el contratante fuerte y conforme a las cuales la contraparte estaría despojándose de un recurso de defensa tan valioso como la lesión. Esta, en suma, quedaría marginada en un sinnúmero de casos y se perdería de este modo parte importante de las ventajas que conlleva, haciéndola ilusoria. La lesión es, en suma, de orden público.

La utilidad del artículo 1453 está a la vista, pues elimina cualquier duda que pudiese existir respecto de la renuncia de la lesión. Esto no significa, empero, que el lesionado no pueda formular esa renuncia después de la celebración del contrato, en la medida que ya no quepa darse el factor de desigualdad o de presión que existe al momento de dicha celebración. Esto ordinariamente sucederá en los contratos en que las prestaciones ya se han ejecutado, pero no necesariamente en aquéllos en que la prestación sea

diferida o continuada, pues la desigualdad o la presión podrían subsistir. En estas hipótesis será en definitiva el juez, quien a la vista de los hechos, establecerá si la renuncia es o no válida.

Concordancias: Inciso 77 del artículo 219 y artículo 224 del Código Civil.

CADUCIDAD DE LA ACCION

Artículo 1454.— La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato.

Al dictar este dispositivo se ha considerado la necesidad de preservar la seguridad jurídica, que se vería en riesgo si no existiera plazo para interponer la acción rescisoria o de reajuste, o si este plazo fuese muy amplio.

Se trata, por lo demás, de un plazo de caducidad y no de prescripción, de modo que si se presenta se extinguen el derecho y la acción, y no se dan la interrupción ni la suspensión, todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 2003 y 2005.

En la Comisión Revisora se discutió sobre los alcances del plazo y si se mantenía el tradicional de un año o se reducía, habida cuenta de los avances en los medios de comunicación y transporte, entre otros factores. Este criterio fue el que predominó y por ello la acción caduca a los seis meses de cumplida la prestación que toca al lesionante, pues durante ese tiempo el lesionado habrá podido evaluar sin ninguna presión o dependencia cuál es su situación y si se embarca o no en una demanda. Pero como podría suceder que la prestación a cargo del lesionante se dilate y siempre con el criterio de buscar la seguridad jurídica, el mismo artículo 1454 señala que la acción caducará, en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato.

Fuentes: Artículo 1449 del Código Civil Italiano.

Concordancias: Artículos 2003 y 2005 del Código Civil.

IMPROCEDENCIA DE LA LESION

Artículo 1455.— No procede la acción por lesión:

1. En la transacción.
2. En las ventas hechas por remate público.

La razón por la que no cabe la lesión en la transacción está en que por ésta las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada, según lo establece el artículo 1302.

En lo que atañe a las ventas realizadas por remate público, la última oferta por cuya virtud se produjo la adjudicación está expresando, en ese momento, el valor real del bien subastado, de modo que no puede válidamente concebirse la desproporción de las prestaciones, ni el aprovechamiento de la necesidad apremiante.

Concordancias: Artículo 1302 del Código Civil.

Fuentes: Artículo 562 del Código Civil Boliviano.

LESION EN LA PARTICION

Artículo 1456.— No puede ejercitar la lesión el copropietario que haya enajenado bienes por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados.

Conforme el artículo 792 del Código Civil de 1936, no podía invocar la lesión el heredero que hubiese enajenado todos o parte considerable de los inmuebles que se le adjudicaron. La regla en cuestión se basa en el hecho de que quien se hubiese desprendido de sus bienes dentro de esos extremos, expresaba con ello su aceptación a la adjudicación producida, lo que importaba, en consecuencia, su renuncia a la acción rescisoria por

lesión. Esta prohibición, por lo demás, consolida el principio de la seguridad jurídica y garantiza el tráfico contractual.

El artículo acotado en el párrafo anterior, estuvo textualmente repetido por el artículo 916 del Proyecto. Fue la Comisión Revisora la que suprimió este dispositivo y redactó, en cambio, el artículo 1456, bajo comentario. Las razones que la llevaron a ello son atendibles. En primer término, porque la ubicación es más adecuada. En segundo lugar, porque el lenguaje del artículo 792 era impreciso, cuando se refería a "una parte considerable de los bienes", mientras que el actual precepto tiene exactitud cuando se remite a "más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados". Y, finalmente, porque la lesión ya no se reduce a los inmuebles, sino que se extiende a toda clase de bienes.

Pero la cuestión de fondo sigue siendo la misma del Código Civil derogado y del artículo 916 del Proyecto. La idea central es que el hecho de enajenar los bienes por más de la mitad del valor en que fueron adjudicados significa la aceptación de dicha adjudicación y la renuncia a una posterior acción contra los demás antiguos copropietarios.

Debemos reconocer que la redacción del artículo 1456 se presta a confusiones que deben ser salvadas. Cuando se refiere al "copropietario", en realidad está hablando de quien tuvo esa calidad, que obviamente perdió desde el momento en que se produjo la adjudicación.

Por otro lado, es valor entendido que para la aplicación de este precepto tendrá que considerarse todos los bienes adjudicados y no uno o varios de ellos y que es sobre esta integridad que regirá la regla matemática expresada en la frase "más de la mitad del valor de la adjudicación".

Si nos apartamos de las condiciones enunciadas, la acción por lesión será pertinente, a tenor de lo dispuesto por el artículo 990, según el cual la lesión en la partición está regulada por los artículos 1447 a 1456.

Pensamos que en este artículo se hace más necesario que nunca utilizar un ejemplo para conocer la forma como debe aplicarse. Supongamos que "A" recibió varias casas en adjudicación, por un valor total de I/. 50,000, cuyo valor real podría ser de I/. 81,000. Si "A" transfiere esas casas a "B" en I/. 30,000 (o sea, más de la mitad del valor en que le fueron adjudicadas) ya no podrá accionar por lesión contra quienes fueron sus copropietarios, pues el monto mismo de la transferencia a "B" significa su renuncia a dicha acción. Desde luego, lo expuesto no implica que "A" no pueda iniciar una acción rescisoria contra "B", esto es, contra quien adquirió las casas después de la adjudicación, pues la hipótesis es distinta y se regula por las reglas generales de la lesión.

Si nos apartamos de las condiciones enunciadas, la acción por lesión será pertinente, a tenor de lo dispuesto por el artículo 990, según el cual la lesión en la partición está regulada por los artículos 1447 a 1456.

Pensamos que en este artículo se hace más necesario que nunca utilizar un ejemplo para conocer la forma como debe aplicarse. Supongamos que "A" recibió varias casas en adjudicación, por un valor de I/. 50,000, cuyo valor real podría ser de I/. 81,000. Si "A" transfiere esas casas a "B" en I/. 30,000 (o sea, más de la mitad del valor en que le fueron adjudicadas) ya no podrá accionar por lesión contra quienes fueron sus copropietarios, pues el monto mismo de la transferencia a "B" significa su renuncia a dicha acción. Desde luego, lo expuesto no implica que "A" no pueda iniciar una acción rescisoria contra "B", esto es, contra quien adquirió las casas después de la adjudicación, pues la hipótesis es distinta y se regula por las reglas generales de la lesión.

Cabe finalmente hacer una observación adicional. El ejercicio de la acción que permite el artículo 1456 no perjudica al tercero de buena fe que adquiere los bienes anteriormente adjudicados, según lo preceptuado por el segundo párrafo del artículo 1372. En estos casos, la acción del lesionado tendrá que reducirse al reajuste o diferencia del valor establecido, pues no tendrá otra alternativa.

Fuentes: Artículo 792 del Código Civil Peruano.

Concordancias: Artículos 990, segundo párrafo del artículo 1372 y artículo 1452 del Código Civil.

Los artículos 1447, 1448, 1449, 1450, 1451, 1452, 1453 y 1454 fueron modificados por la Comisión Revisora. El artículo 1455 fue creado por esta Comisión.

En los apartados de las condiciones enmendadas, la acción por lesión será pertinente a favor de la demandante por el artículo 990 según el cual la lesión en la petición está regulada por los artículos 1447 a 1452.

Formamos que en este artículo se hace más necesario que nunca utilizar un ejemplo para conocer la forma como debe aplicarse. Supongamos que "A" vende una casa en adjudicación por un valor de S/ 50,000.00, cuyo valor real podría ser de S/ 81,000.00. "A" transfiere con causa a "B" en S/ 30,000.00 lo sea más de la mitad del valor en que se fueron adjudicadas) ya no podrá acciones por lesión contra dichas acciones sus correspondientes, pues el monto mínimo de la transferencia a "B" significa su renuncia a dicha acción. Desde luego, lo expuesto no implica que "A" no pueda iniciar una acción rescisoria contra "B", esto es, contra quien adquirió las cosas después de la adjudicación, pues la hipoteca es distinta y se regula por las reglas generales de la lesión.

Debe finalmente hacer una observación adicional, la acción de la acción que prevalece el artículo 1452 es aplicable al caso de la lesión y las demás disposiciones aplicables según lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1372. En estos casos, la acción del lesionado tendrá que resolverse al respecto a discreción del juez competente, pues no se trata de un

CARLOS CARDENAS QUIROS

CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR

A doña Zita Polo de Serrano Suñer

Correspondió al autor, como miembro de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, proponer ante la Comisión Revisora creada por la Ley N° 23403 la regulación del contrato por persona a nombrar, cuyo tratamiento se había omitido en el Proyecto elaborado por la primera comisión citada.

La Comisión Revisora acogió la sugerencia, reproduciendo la ponencia de articulado propuesta con ligeras modificaciones.

Las líneas que siguen constituyen la exposición de motivos relativa a esta figura, elaborada por el autor. El texto forma parte de la exposición de motivos y comentarios de la Sección Primera del Libro VII —Fuentes de las Obligaciones— del nuevo Código Civil preparada por el doctor Max Arias Schreiber Pezet con la colaboración de la doctora Angela Arias Schreiber Montero y del autor.

* * * *

Otro tema novedoso que se incorpora en el Código Civil de 1984, es el contrato por persona a nombrar (cum amico electo

aut eligendo). Es ésta, una institución de reciente disciplina por la legislación comparada, regulada en forma ordenada por vez primera por el Código Civil Italiano de 1942 y luego por los Códigos Portugués y Boliviano.

Es posible que al celebrarse un contrato, una de las partes manifieste que no tiene intención de mantenerse necesariamente en tal calidad y que en verdad lo hace sólo en forma temporal con el objeto de que en un lapso muy breve que la ley prevé, sea otra persona (natural o jurídica), cuyo nombre se reserva, la que ocupe su lugar. Una vez conocido el nombre de tal persona, mediante la "electio amici" o declaración de nombramiento, ella asume todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, con efecto retroactivo al día del acto. Cuando la designación de la persona no se produce, el negocio se mantiene plenamente eficaz para quien lo celebró originariamente. Este es el supuesto que configura el denominado contrato por persona a nombrar.

Se ha juzgado conveniente incluir esta institución por su incuestionable utilidad.

El contrato puede ser usado, por ejemplo, para superar los problemas de orden práctico derivados del contrato de mandato sin representación, en el que, con arreglo al artículo 1810 del Código Civil, para cumplir la obligación del mandatario de transmitir al mandante lo que aquél ha adquirido en nombre propio pero por cuenta de éste, es necesario realizar una nueva transferencia.

La figura bajo estudio puede emplearse también en todos aquellos supuestos en que, por las más diversas causas, el verdadero interesado no desee aparecer como parte en el momento de celebrarse el contrato, revelándose su nombre sólo una vez concluido el mismo. En ese caso es un intermediario el que celebra el acto en nombre propio, reservándose la facultad de indicar quién, será efectivamente el sujeto de la relación contractual.

La estructura de la institución, como precisa De Gásperi (Anteproyecto de Código Civil del Paraguay, página 313), se concreta en dos recíprocas manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación jurídica: 1) la del estipulante que, al emitirla, engendra la relación en cabeza propia, pero enderezada

por su intención de producir sus efectos en la esfera jurídica de otra persona, así como ésta sea revelada y siempre que ella acepte el contrato; y 2) la del "amigo elegido", consistente en su aceptación del negocio concertado por el estipulante, hecha en la misma forma que las partes han usado para la celebración del contrato, quien de esta suerte adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones derivadas del mismo, con efecto desde el momento en que éste fue estipulado.

Cuestión muy debatida por la doctrina es la relativa a su naturaleza jurídica.

Messineo (Doctrina General del Contrato, Tomo I, página 280), sostiene que, en sustancia, el contrato por persona a nombrar, es un contrato con sujeto alternativo y con efecto alternativo. Puntualiza el autor citado que el carácter alternativo lo imprime la implícita inclusión de una condición resolutoria con respecto a la adquisición del estipulante y, al mismo tiempo, de una condición suspensiva en relación a la adquisición por parte de la persona a determinar, la cual se realizará, precisamente, una vez efectuada la designación de persona; y hará adquirir retroactivamente el derecho a la persona nombrada. En cambio, si falta la designación, el contrato quedará firme —siempre con efecto retroactivo— entre quienes lo han concluido y, por lo tanto, parte en el contrato será el estipulante, en cuanto no se ha verificado la condición suspensiva. La retroactividad es uno de los caracteres técnicos de la figura en examen.

Concluye afirmando Messineo que, hay del mismo lado, un sujeto determinado y un sujeto indeterminado, por el momento, que podrá eventualmente ocupar el lugar del primero; esto basta para considerar que el contrato se perfecciona en todos sus elementos ya antes de la declaración de nombramiento.

En verdad, el contrato por persona a nombrar no se encuentra sujeto alternativamente a una condición resolutoria respecto a la calidad del estipulante y, al mismo tiempo, a una condición suspensiva en relación a la adquisición por parte de la persona a designar. La condición, en cuanto modalidad del acto jurídico, y, por consiguiente, también del contrato, al ser éste un acto jurídico, afecta la vida del negocio en su integridad y no sólo a quien adquirirá en forma definitiva la calidad de parte contractual,

puesto que, como expresa con exactitud de la Puente y Lavalle (Estudios sobre el contrato privado, Tomo II, página 177), esta calidad de parte no es un acto jurídico.

Acierta el autor citado cuando afirma que lo que ocurre en realidad es más sencillo: simplemente el contratante pone de manifiesto que su calidad de tal dependerá de la elección que él haga, esto es, que se reserva el derecho de optar entre que su posición contractual permanezca tal cual es al celebrarse el contrato, o que ella sea ocupada por otra persona distinta, cuya identidad por el momento no revela, siendo entendido que si optara porque la posición contractual sea ocupada por la persona cuya identidad se reserva el derecho de revelar, los efectos de tal decisión operarán retroactivamente a la oportunidad de celebración del contrato.

Para evitar cualquier género de dudas sobre su naturaleza jurídica corresponde diferenciar el contrato por persona a nombrar de otras figuras afines. Seguiremos con ese propósito a Messineo (op. cit., páginas 278 y ss.):

1.— *Representación directa.*— En el contrato por persona a nombrar el contratante actúa en nombre propio y no en nombre de otro, supuesto éste típico de la representación directa. Si bien es posible que designe después a otra persona, no actúa en su representación. De no verificar el nombramiento quedará como parte contratante definitivamente. No se explica por ello la opinión de Mosset Iturraspe (Contratos, página 187) y de Barbero (Sistema de Derecho Privado, Tomo I, página 513), quienes sostienen que la figura entra en el ámbito de la representación, puesto que se contrata en nombre de otro y por cuenta ajena.

2.— *Representación indirecta.*— En este caso el declarante actúa en nombre propio, pero por cuenta de otro, con la finalidad de que su declaración afecte por último la esfera jurídica del representado, para lo cual será preciso que se realice un nuevo acto jurídico entre representante y representado. La representación indirecta excluye, en consecuencia, que el representado se convierta en parte del negocio originario entre representante y tercero. Entre éste y el representado no hay vínculo jurídico directo.

En el caso del contrato por persona a nombrar, el estipulante no sólo declara su propia voluntad, sino que los efectos de tal declaración se mantendrán en su círculo jurídico en tanto no se produzca la declaración de nombramiento. De no efectuarse ésta dentro del plazo legal o contractual, el contrato se entenderá definitivamente formado, desde el inicio, entre los contratantes originarios. Si se produce la declaración de nombramiento, la persona designada, inicialmente ajena al contrato, se convierte en contratante, sustituyendo al estipulante.

3.— *Gestión de negocios.*— En esta figura, la ratificación de los actos realizados por el gestor por parte del dueño del negocio, determina que aquél haya actuado como su representante. En el contrato por persona a nombrar el declarante actúa por propio derecho, pudiendo como no utilizar la facultad de nombrar a otro que ocupará su posición contractual. Si bien la declaración de nombramiento opera con efecto retroactivo, la voluntad del estipulante durante el tiempo que medió entre la celebración del contrato y la materialización de tal nombramiento no fue la de actuar en nombre de otro.

4.— *Contrato a favor de tercero.*— En éste, el tercero no es nunca parte contractual del negocio celebrado entre estipulante y promitente. En el contrato por persona a nombrar, en virtud de la declaración de nombramiento, un tercero puede convertirse en parte contratante con efecto retroactivo, como si hubiera sido uno de los contratantes originarios.

5.— *Promesa de la obligación de un tercero.*— En este caso se promete la obtención del consentimiento de un tercero para asumir frente al promisorio el cumplimiento de una prestación.

Como consecuencia de ello el promisorio y tercero se vincularán por un contrato distinto al originario entre promitente y promisorio.

En el contrato por persona a nombrar, el tercero ocupa la posición jurídica del estipulante en el único contrato celebrado.

6.— *Cesión de posición contractual.*— En el contrato por persona a nombrar se acuerda que una de las partes se reserva el derecho de designar a un tercero que finalmente adquirirá la condición de contratante con efecto retroactivo desde el momento de celebración del contrato. En cambio, en la cesión de posición contractual no existe tal reserva de nombramiento, ocupando el cesionario la posición contractual del cedente sólo a partir del momento en que existe consentimiento para la cesión por parte de cedente, cesionario y cedido. Conviene precisar que si el cedido hubiese prestado su consentimiento previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato tendrá efectos sólo desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta (artículo 1435, tercer párrafo, del Código Civil).

7.— *Contrato por cuenta de quien corresponda.*— Como expresa Messineo, en este caso, el que contrata por cuenta de quien corresponda no es, ni siquiera por un momento, parte contratante (excepto que pase a ser tal por ser él mismo aquél por cuya cuenta se ha estipulado el contrato), en cuanto contrata por otra persona, aunque ésta provisionalmente sea indeterminada y el contratante asuma alguna responsabilidad. En cambio, en el contrato por persona a nombrar, quien estipula es —mientras tanto—, verdadero y propio contratante; y es posible que permanezca definitivamente como tal.

Expresado esto, pasemos a comentar los artículos que el nuevo Código Civil dedica al contrato por persona a nombrar.

CONCEPTO

Artículo 1473.— Al celebrar el contrato puede convenirse que cualquiera de las partes se reserve la facultad de nombrar posteriormente a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto.

La reserva de nombramiento no procede en los casos en que no es admitida la representación o es indispensable la determinación de los contratantes.

El primer párrafo del artículo 1473 pone de manifiesto la necesidad de que para que exista contrato por persona a nombrar es indispensable que una de las partes, con acuerdo de la otra, al tiempo de celebrarse aquél, se reserve la posibilidad de designar a un tercero que asumirá la calidad de contratante con efecto retroactivo desde el momento de celebración del negocio.

El contrato se estipula con la reserva de designar posteriormente a quien adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones inherentes al mismo.

La regla es de alcance general y aplicable, en consecuencia, a todos los contratos, nominados o innominados, teniendo como únicas limitaciones las previstas en el segundo párrafo del artículo bajo comentario. Una norma semejante, pero aplicable exclusivamente al contrato de opción, está contenida en el artículo 1421 del Código, según el cual, "es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo".

En cuanto al segundo párrafo del precepto, el mismo precisa en qué casos no es posible celebrar el contrato por persona a nombrar.

La referencia a la representación no debe entenderse en el sentido de que nos encontramos en el ámbito de dicha figura, y de que, entre estipulante y persona a nombrar, necesariamente tenga que existir, lo que es factible sin ser por ello relevante, una relación previa derivada de un poder otorgado con anterioridad a la conclusión del acto. Ello ha sido descartado al analizar las diferencias del contrato por persona a nombrar con la representación directa, puesto que el estipulante actúa en nombre propio y no en nombre ajeno.

El propósito de la norma no es otro que excluir simplemente la posibilidad de la reserva de nombramiento, en aquellos casos en que tampoco es factible, fundamentalmente por mandato legal, que el acto jurídico pueda ser realizado mediante representante.

En consecuencia, el contrato por persona a nombrar no será viable en aquellos supuestos en que igualmente no resulta posible

que una persona (representante) proceda a nombre de otra (representado) para celebrar un acto jurídico.

Tampoco procederá la reserva de nombramiento cuando las partes de un contrato deben ser verdaderos y propios contratantes y quedar definitivamente como tales, perfectamente determinados, desde el momento de su celebración.

Fuentes: Artículo 1401 del Código Civil Italiano.

Artículo 452 del Código Civil Portugués.

Párrafo I del artículo 472 del Código Civil Boliviano.

Artículo 466 del Proyecto de Código Civil Brasileño.

Primer párrafo del artículo 1070 del Proyecto de Gásperi de Código Civil del Paraguay.

Concordancias: Artículo 1421 del Código Civil.

DECLARACION DE NOMBRAMIENTO

Artículo 1474.—La declaración de nombramiento debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder de veinte días, contados a partir de la fecha de celebración del contrato.

La declaración de nombramiento no tiene efecto si no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada.

Este artículo consigna otro requisito para que exista el contrato por persona a nombrar: la declaración de nombramiento de quien ocupará definitivamente la posición de contratante debe efectuarse dentro de un breve plazo, que el Código fija en veinte días, y comunicarse por el estipulante a la otra parte, acompañada de la aceptación de la persona nombrada.

La declaración de nombramiento es un acto unilateral recepticio en cuanto fija quién será el definitivo contratante. Según Santoro Passarelli (cit. por Mosset Iturraspe, op. cit., página 187), la declaración de designación y la aceptación son negocios inte-

grativos e interdependientes entre sí, porque la eficacia de cada uno de ellos depende de la existencia del otro.

Como ha quedado expresado, la declaración de nombramiento debe comunicarse a la contraparte dentro de un plazo máximo de veinte días, que las partes pueden reducir mas no ampliar, a contarse desde la fecha de estipulación del contrato.

A la declaración de nombramiento deberá acompañarse la aceptación de la persona nombrada, sin cuyo requisito tal declaración no tendrá efecto y por tanto no se producirá el cambio de contratante, permaneciendo el estipulante definitivamente como tal.

La aceptación no es una ratificación, porque el contrato no fue estipulado en nombre de otro, sino en nombre propio. Tampoco es una confirmación, porque el contrato por persona a nombrar no está afectado de vicio alguno que sea necesario hacer desaparecer.

Conviene mencionar que la otra parte contratante no se encuentra en aptitud de cuestionar a la persona nombrada por el estipulante, cuando le es comunicada la designación con arreglo a los artículos 1474 y 1475, salvo que tal persona fuese insolvente o incapaz al momento de la nominación. En estos casos el contrato producirá sus efectos entre los contratantes originarios.

Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que esa otra parte contratante precise anteladamente qué personas están excluidas del nombramiento o limite los alcances de éste. De este modo podrá evitar, por ejemplo, que la designación recaiga en un enemigo suyo o en un competidor, por citar sólo algunos casos. Pactada tal exclusión o limitación, de violarse ellas, la contraparte podrá, evidentemente, oponerse al nombramiento.

Se ha consignado un plazo breve para formalizar la declaración de nombramiento, con el propósito de no alentar que los contratantes se valgan de la figura bajo estudio para adquirir para sí y después, en virtud de dicha declaración, realizar otra enajenación a un tercero, quien sería un segundo y posterior contratante, con el consiguiente perjuicio para el Fisco. En efecto, en el caso planteado, el Fisco percibiría una sola vez el correspondiente impuesto a las transferencias.

Fuentes: Artículo 1402 del Código Civil Italiano.
Artículo 453 del Código Civil Portugués.
Párrafo II del artículo 472 del Código Civil Boliviano.
Artículo 467 del Proyecto de Código Civil Brasileño.
Segundo párrafo del artículo 1070 del Proyecto de Gásperi de Código Civil del Paraguayo.

Concordancias: Artículos 1475 y 1476 del Código Civil.

FORMA

Artículo 1475.— La declaración de nombramiento y la aceptación por la persona nombrada deben revestir la misma forma que las partes hayan usado para el contrato, aunque no esté prescrita por la ley.

Este precepto se refiere a un requisito adicional para la validez del contrato por persona a nombrar, al regular la forma de la declaración de nombramiento y la de la aceptación, estableciendo que debe ser la usada para el contrato, aun cuando la ley no la imponga. Se trata, en suma, de la aplicación del principio de la unidad contractual.

A este respecto conviene mencionar que, si el acto versa sobre la compra de un inmueble, por ejemplo, la escritura pública correspondiente que contenga el acto deberá incluir la declaración de nombramiento y la aceptación de la persona nombrada, para su inscripción en el registro.

Fuentes: Primer párrafo del artículo 1403 del Código Civil Italiano.

Párrafo 1 del artículo 453 y artículo 454 del Código Civil Portugués.

Artículo 1072 del Proyecto de Gásperi de Código Civil del Paraguayo.

Concordancias: Artículos 1474 y 1476 del Código Civil.

Artículo 1476.— Si la declaración de nombramiento se hizo válidamente, la persona nombrada asume los derechos y las obligaciones derivadas del contrato, con efecto desde el momento de la celebración de éste.

En caso contrario o cuando no se efectúa la declaración de nombramiento dentro del plazo, el contrato produce efecto entre los contratantes originarios.

Efectuada válidamente la declaración de nombramiento, la persona nombrada asume la posición de contratante con efecto retroactivo al día de celebración del contrato, del mismo modo como si éste lo hubiera celebrado originalmente la persona nombrada.

Por el contrario, si la declaración fuese inválida (porque no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada, porque tal aceptación o la declaración no revisten la misma forma que las partes han usado para el contrato o porque la persona designada fuese insolvente o incapaz, por ejemplo) o se hubiera efectuado fuera del plazo legal o contractual (cuando se hubiera pactado uno menor al prescrito por el artículo 1474), el contrato se entiende que ha quedado constituido, también desde un inicio, entre los contratantes originarios. Sólo un nuevo acuerdo podrá variar esta situación.

Como expresa Messineo (op. cit. página 280), "sentado esto, no hay en ningún momento falta de certeza jurídica acerca de la persona del contratante: un contratante existe siempre ab origine (o es —con efecto retroactivo— la persona nombrada o es el contratante originario). La falta de certeza es sólo de hecho y no dura más allá del plazo concedido para la declaración de nombramiento. De todos modos, aunque deba admitirse que haya falta de certeza, ella versa no sobre la persona del contratante, sino sobre la circunstancia de si a la persona del contratante, que ya existe, deba sustituirse o no otra persona".

- Fuentes:** Artículos 1404 y 1405 del Código Civil Italiano.
Artículo 455 del Código Civil Portugués.
Párrafo III del artículo 472 del Código Civil Boliviano.
Artículos 468 y 469, inciso 1º del Proyecto de Código Civil Brasileño.
Artículos 1073 y 1074 del Proyecto de Gásperi de Código Civil del Paraguay.
- Concordancias:** Artículo 1474 y 1475 del Código Civil.

Effectus: válidamente la declaración de nombramiento, la persona nombrada asume la posición de contratante con el efecto retroactivo al día de celebración del contrato, del mismo modo como si éste lo hubiera celebrado originalmente la persona nombrada.

Por el contrario, si la declaración fuese revocada (porque no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada, porque tal aceptación a la declaración no revisa la misma forma que las partes han usado para el contrato, porque la persona designada fuese diversa o intemporal, por ejemplo, si el juicio efectúa para el futuro o contractual), cuando el juicio pudiese ser revocado por el artículo 1874, el contrato se ratifica por el período constituido, también desde un término, entre los contratantes originarios sólo un nuevo acuerdo podría ratificar esta situación.

Como expresa Góssaino (op. cit. página 288), "acuerdo es el que no hay en ningún momento falta de certeza jurídica, recibe de la persona del contratante; un contrato puede ser revocado al término de un período determinado— la persona nombrada o es el término de un período determinado— la falta de certeza es sólo la forma y el contenido del acto, no el objeto de éste. El contrato de nombramiento es el que se celebra para la declaración de nombramiento. El acto de nombramiento aunque deba admitirse que haya un efecto retroactivo sobre la persona del contratante, no es un contrato de nombramiento de sí a la persona del contratante, sino un acto de nombramiento de sí a la persona del contratante."

DISPOSICIONES DE CONTENIDO PROCESAL

Introducción.— Sabemos que el Derecho Civil regula los diversos aspectos de la vida de las personas, desde el nacimiento — y aún desde la misma concepción— hasta la muerte y sus consecuencias, confiriendo derechos y asignando obligaciones. En el Derecho moderno se reserva al Derecho Procesal Civil la tarea de consagrar la forma de hacer valer los derechos otorgados en la norma sustantiva, cuando no se produce el acatamiento voluntario por las personas que tienen la obligación de respetar tales derechos. Esta separación entre el Derecho Civil y el Procesal Civil no obedece solamente a razones didácticas y de sistematización, sino que importa la autonomía del Derecho Procesal Civil, el cual posee sus propios cuerpos normativos y sus propias instituciones.

Esta diversificación, sin embargo, no es absoluta. El Derecho Civil es la base de las relaciones que pueden requerir del proceso judicial para su reconocimiento, y provee de las instituciones y los conceptos que configuran dichas relaciones. Pero el Código Civil también contiene una serie de opciones de tipo procesal, de definiciones con efectos procesales, de trámites y plazos, que obligan a estudiarlos detenidamente para completar la visión de la forma prevista para hacer valer los derechos sustantivos. Esto es justamente lo que pretendemos en el presente trabajo: seleccionar y comentar diversos artículos del Código que por voluntad de

sus autores, o en forma inadvertida, tienen consecuencias en el orden procesal.

Estas normas de contenido procesal pueden agruparse en las siguientes categorías:

I. Se dispone la intervención del juez en circunstancias diversas. Totalizan 168 y se presentan de manera detallada más adelante.

II. Se confiere una acción o una excepción; se otorga al titular de un derecho la facultad de recurrir a la función jurisdiccional; se fijan plazos; o se dice que no existe acción. Se trata de los siguientes artículos: II, 2, 9, 17, 26, 28, 31, 49, 58, 73, 74, 92, 104-9, 108, 109, 183, 184, 240, 250, 274, 275, 277, 278, 339, 347, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 400, 401, 415, 417, 423-3, 432, 450, 519, 530, 537, 557, 561, 562, 594, 595, 648, 649, 650, 664, 665, 676, 750, 751, 752, 785, 919, 921, 924, 927, 952, 967, 979, 985, 1014, 1017, 1019, 1070, 1076, 1083, 1116, 1117, 1127, 1150, 1151, 1219, 1230, 1274, 1307, 1418, 1437, 1440, 1442, 1445, 1446, 1452, 1453, 1454, 1488, 1495, 1511, 1513, 1514, 1523, 1525, 1526, 1527, 1539, 1561, 1579, 1599, 1641, 1725, 1753, 1754, 1783, 1784, 1815, 1885, 1894, 1895, 1897, 1899, 1914, 1943, 1944, 1946, 1955, 2001, 2013. Total: 127.

III. Se establece un trámite; se indica cuál es el juez competente. Artículos: 57, 67, 92, 110, 186, 246, 256, 257, 281, 319, 324, 329, 346, 357, 358, 359, 379, 402, 414, 447, 449, 516, 534, 566, 601, 604, 610, 612, 621, 622, 626, 627, 630, 635, 652, 663, 668, 702, 708, 709, 710, 715, 720, 853, 972, 987, 991, 1069, 1073, 1078, 1192, 1193, 1312, 1451, 1498, 1499, 1876, 1910, 1922, 1962. Total: 61.

IV. Se realizan precisiones o se dan definiciones directamente procesales o con implicaciones procesales: VI, IX, 6, 12, 63, 222, 292, 326, 333, 336, 340, 344, 354, 363, 396, 420, 471, 482, 667, 753, 907, 911, 1200, 1208, 1215, 1233, 1253, 1254, 1273, 1302, 1323, 1333, 1334, 1361, 1366-4, 1428, 1429, 1450, 1491, 1492, 1500, 1512, 1562, 1643, 1652, 1700, 1847, 1878, 1898, 1985, 1989, 1993, 1994, 1996, 1997, 1998, 2003, 2019, 2030, 2031, 2039, 2041,

más 55 artículos del Libro X sobre Derecho Internacional Privado.
Total: 117.

Estas 473 normas se dividen de la siguiente manera, según los distintos libros del Código:

Título Preliminar	6
Personas	35
Acto Jurídico	7
Familia	167
Sucesiones	37
Reales	36
Obligaciones	28
Fuentes de las Obligaciones	85
Prescripción y Caducidad	9
Registros Públicos	8
Derecho Internacional Privado	55
<hr/>	
Total	473

Los artículos que se refieren específicamente a la intervención del juez son los siguientes:

- Autorización judicial: Arts. 29, 448, 452, 453, 491, 499, 531, 532, 577, 578, 732, 787, 1042, 1074
- El juez aplica: Art. 122
- El juez aprecia: Arts. 277—6, 337, 1953
- El juez confirma: Art. 507
- El juez convoca: Arts. 85, 114, 560, 640
- El juez debe: Art. 659
- El juez decide: Arts. 16, 215, 506, 569, 874, 971
- El juez declara: Arts. 220, 385, 500, 1021
- El juez determina: Arts. 282, 421, 835, 1576, 1578, 1978
- El juez dicta: Arts. 341, 514
- El juez fija: Arts. 182, 345, 539, 581, 793, 973, 1144, 1332, 1657, 1790, 1983
- El juez manda: Arts. 356, 711
- El juez nombra o designa: Arts. 460, 468, 597, 598, 600, 609, 792, 1862
- El juez ordena: Arts. 512, 523, 634, 701, 850, 993, 1007, 2035

El juez puede: Arts. 47, 66, 106, 291, 293, 297, 351, 428, 435, 464, 465, 477, 508, 535, 541, 543, 555, 563; 567, 591, 602, 605, 629, 633, 643, 703, 794, 796, 1109, 1163, 1166, 1346, 1528, 1820, 1827, 1861, 1865, 1908, 1942, 1977

El juez regula: Arts. 300, 481, 974

El juez resuelve: Arts. 18, 120, 258, 419

El juez señala: Arts. 342, 786

Impugnación judicial, inventario judicial, rendición judicial de cuentas: 92, 121, 132, 320, 384, 441, 520, 542, 1006

Prudente arbitrio del juez: Arts. 305, 585

Salvo que el juez, a no ser que el juez: Arts. 426, 427

El juez realiza otros tipos de actos o tiene ciertas obligaciones: Arts. VII, VIII, X, 98, 129, 244, 249, 429, 433, 496, 521, 533, 599, 639, 641, 642, 647, 653, 654, 675, 714, 719, 830, 857, 860, 1223, 1252, 1304, 1651, 1745, 1839, 1864, 1973, 1992, 2032.

Estos cuadros no hacen sino confirmar lo sostenido líneas arriba, sobre la necesidad de emprender un estudio sistemático de las normas del Código que poseen un contenido procesal. En lo que sigue, intentamos el examen de dieciséis de estas regulaciones, seleccionadas sobre la base de la novedad que traen o de las dificultades que plantean (*)

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

Algunos comentaristas creen ver en este artículo la consagración del vicio de la ultra petita o ultrapetición, "que consiste en que el fallo otorga a las partes más de lo que ellas han pedido, respectivamente, en la demanda y en la contestación, violando con ello el principio de congruencia (1). La congruencia alude a que las sentencias deben limitarse a los términos de la litis y no ser

(*) Véase la entrevista concedida por el Dr. Jack Bigio y aparecida en el diario "El Peruano" el 14 de noviembre de 1984. Como miembro de la Comisión Revisora, el Dr. Bigio ha sido el autor de diversas e importantes disposiciones de contenido procesal.

(1) PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Porrúa S.A., 1984, p. 781

ni excesivas ni defectuosas. La mayoría de los Códigos de Procedimientos Civiles alude al principio de la congruencia de las sentencias, ya sea de manera explícita o implícita. De este modo, el Código Mexicano en su art. 81º precisa que "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito..." La Ley de Enjuiciamiento Civil de España contiene texto casi idéntico en su art. 359º. Por su parte, el Código de Costa Rica también hace referencia expresa a la congruencia en su art. 81: "Las resoluciones de los Tribunales de Justicia deben ser claras, precisas y congruentes con las pretensiones que decidan..." Nuestro Código, usando una técnica similar a la de los Códigos de Argentina, Uruguay, Chile y Venezuela, se refiere implícitamente al principio de congruencia cuando estipula en su art. 1074º las reglas a las que deben someterse las resoluciones judiciales: que se resuelvan todos y únicamente los puntos controvertidos y que se apoyen en el mérito del proceso y en la ley. Asimismo, el art. 1085, que establece las causales de nulidad de resoluciones, refuerza el principio de la congruencia, con las limitaciones de la última parte del art. 1086.

Como puede verse, tanto la doctrina como el Derecho Comparado precisan la noción de congruencia en relación con las pretensiones contenidas en la demanda y en la contestación, mas no en relación con la ley aplicable.

Se supone que la búsqueda de la norma jurídica pertinente forma parte del razonamiento judicial y que no se mueve en el terreno de los hechos, los cuales sí deben ser materia de prueba. Se considera, incluso, que tampoco integra el conocimiento personal o la ciencia personal del juez, porque de ser así debería ser objeto de prueba para salvaguardar el derecho de defensa y el principio del contradictorio, "que resultarían violados al no disponer las partes de oportunidad para controvertir el hecho que el juez considera conocer y para probar en contrario, ante la posibilidad de que éste se equivoque"(2).

(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, Victor P. de Zavalia, Editor, 1970, Tomo I, pp. 234—235.

Esto quiere decir que la atribución contenida en el Art. VII del Título Preliminar sólo puede ejercitarse cuando no afecta ni el derecho de defensa ni el principio contradictorio, es decir, cuando no altera en nada las pretensiones planteadas por las partes ni los hechos alegados y sometidos a probanza. De lo contrario, cabría deducir la nulidad de la resolución respectiva. Y como la introducción de una norma jurídica no alegada por las partes podría requerir la acreditación de ciertos hechos y aún alterar la estrategia probatoria de las partes, es de suponer que los jueces van a utilizar esta prerrogativa con excesiva cautela.

“Artículo 17º.—La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria”.

Al promulgarse el Código, el 24 de julio de 1984, con relación a este artículo se planteó el problema de la vía procesal en la cual debería hacerse valer la acción conferida en el numeral. La falta de precisión conducía inevitablemente al juicio ordinario, de acuerdo con el principio señalado en el propio Código de Procedimientos Civiles en virtud del cual las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial se ventilan en juicio ordinario. El problema se plantea cuando se enfrenta la lentitud de los juicios ordinarios —proveniente no sólo de recargo de trabajo de los magistrados y de corruptelas procesales sino también de la propia concepción de este tipo de juicio— y los derechos protegidos, que por su naturaleza requieren de un proceso rápido y efectivo. Ante esta dificultad, algunos comentaristas pensaron en la posibilidad del recurso de amparo, en la medida en que los derechos consagrados en el Título II del Libro I del Código Civil poseen un rango constitucional al amparo del art. 2º de la Constitución.

Esta duda se despejó con la dación del Decreto Legislativo Nº 310, que entró en vigencia el mismo día que el Código Civil, es decir, el 14 de noviembre de 1984. En efecto, el art. 3º precisa las normas a las que se sujetará la aplicación del art. 17º: 1) La demanda se interpone ante el juez de primera instancia en lo civil de turno de la provincia donde se hallen domiciliados los demandados; 2) la demanda se tramita en la vía del juicio de menor cuantía; 3) en cualquier estado del proceso, el juez puede dis-

poner, a petición de parte, la cesación provisional de los actos infractorios en que se funda la demanda, si las circunstancias lo justifican, procediendo el recurso de apelación contra esta resolución sólo en el efecto devolutivo; 4) contra la sentencia proceden los recursos de apelación y de nulidad.

Si bien es cierto que el juicio de menor cuantía no es una garantía automática de celeridad, ya no por cuestiones de concepción, como ocurre en el juicio ordinario, sino por trabas y corruptelas provenientes de la práctica forense, la concesión al juez de la facultad de ordenar la cesación de los actos infractorios en cualquier estado del proceso alivia en mucho el problema de que una resolución tardía pudiera tornar en quimérica la garantía concedida en este art. 17º.

No parece posible accionar en previsión de actos lesivos, porque tanto el propio art. 17º como el art. 3º del Decreto Legislativo Nº 310 utilizan una terminología compatible únicamente con actos realizados: "cesación de los actos lesivos" (art. 17º), "cesación provisional de los actos infractorios" (DL 310). Lo que sí parece lógico es demandar daños y perjuicios, al amparo de lo dispuesto en el art. 1969º.

"Art. 292º— Corresponde conjuntamente a los cónyuges la representación legal de la sociedad conyugal. Cualquiera de ellos puede, sin embargo, dar poder al otro para que ejerza solo dicha representación, en todo o en parte".

Como se recuerda, el art. 161º del Código Civil de 1936 establecía la dirección de la sociedad conyugal por el marido, lo que facilitaba el accionar procesal de la sociedad, pues bastaba emplazar al marido cuando se deseaba demandar a la sociedad conyugal o actuaba él como actor en el caso inverso.

De acuerdo con el Código de 1984, toda demanda contra la sociedad conyugal debe dirigirse necesariamente contra ambos cónyuges. Los problemas prácticos que esta innovación trae consigo son diversos. En primer lugar, si sólo uno de los cónyuges sale a juicio va a ser imperativo solicitar que el juicio se siga en rebeldía del otro. En segundo lugar, será necesario averiguar si el otro cónyuge vive efectivamente en el domicilio conyugal, pues

si por alguna circunstancia no residiera allí, la sentencia pronunciada sin citación de ese cónyuge estaría viciada de nulidad, a tenor de lo dispuesto en el inc. 3º del art. 1085º del Código de Procedimientos Civiles. En tercer lugar, podría maliciosamente uno de los cónyuges no salir a juicio y pedir en su oportunidad la nulidad de la sentencia con el argumento que residía en lugar separado y que debió ser citado con la demanda.

La solución a estos problemas puede encontrarse en los arts. 13º y 14º del Código de Procedimientos Civiles, a través de interpretar que el nombramiento de apoderado común es obligatorio. En efecto, el art. 13º dice que "si son dos o más los demandantes o demandados, nombrarán apoderado común", y el 14º añade que en caso de omisión o si no hubiese mayoría se hará el nombramiento por el juez. Esta interpretación podría encontrar un obstáculo en la redacción del art. 292º del Código Civil que utiliza la siguiente expresión: "cualquiera de ellos puede, sin embargo, dar poder al otro". Sin embargo, la propuesta parece ser por ahora la única solución viable, tal como lo dispone el art. 54º del Código Procesal Civil y Comercial Argentino que a la letra dice: "Cuando actuaren en el proceso diversos litigantes con un interés común, el juez de oficio o a petición de parte y después de contestada la demanda, les intimará a que unifiquen la representación siempre que haya compatibilidad en ella, que el derecho o el fundamento de la demanda sea el mismo o iguales las defensas. A este efecto fijará una audiencia dentro de los diez días y si los interesados no concurren o no se aviniesen en el nombramiento de representante único, el juez lo designará eligiendo entre los que intervienen en el proceso. Producida la unificación, el representante único tendrá, respecto de sus mandantes, todas las facultades inherentes al mandato."

También resulta ilustrativo conocer la versión Mexicana de la unificación de la personería, contenida en el art. 53º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "Siempre que dos o más personas ejerciten una misma acción u opongan la misma excepción, deberán litigar unidas y bajo una misma representación. A este efecto deberán, dentro de tres días, nombrar un procurador judicial que los represente a todos, con las facultades necesarias para la continuación del juicio, o elegir de entre ellos mismos un representante común. Si no nombraren procura-

dor ni hicieren la elección de representante, o no se pusieren de acuerdo en ella, el juez nombrará al representante común escogiendo a alguno de los que hayan sido propuestos; y si nadie lo hubiese sido, a cualquiera de los interesados...."

Los comentarios que anteceden se refieren, obviamente, a los casos en que el régimen patrimonial es el de la sociedad de gananciales.

"Art. 354º—Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica."

Este artículo recoge una inquietud largamente expresada en los medios especializados, e incluso en los ambientes no profesionales, relativa a la reducción del plazo requerido para pedir la disolución del vínculo después de la sentencia de separación. El término de un año exigido por el art. 276º del Código de 1936 se ha reducido a seis meses.

Tan pronto se promulgó el Código, se pensó que esta facilidad iba acompañada de otra: la prescindencia de la consulta a la Corte de la sentencia que declara la separación, la misma que sería necesaria sólo para la sentencia de divorcio. Esta interpretación proviene del hecho que mientras el art. 290º del Código de 1936 mencionaba conjuntamente las sentencias de divorcio y separación cuando establecía la consulta, el Código actual utiliza una fórmula en el art. 359º que elimina la referencia específica a la sentencia de separación. Sin embargo, el inc. 12º del art. 12º del Decreto Legislativo Nº 310 se encarga de despejar la duda al señalar que "la sentencia de separación de cuerpos o de divorcio no apelada será elevada en consulta, sin trámite previo".

Otra norma polémica en materia de sustanciación de los juicios de divorcio y separación de cuerpos la encontramos en el inciso 2 a) del art. 12º del DL 310, que estipula que en el juicio de separación de cuerpos por mutuo disenso los cónyuges tienen la obligación de concurrir personalmente a la diligencia del comparendo. Esta norma no está consignada en el Código de Pro-

cedimientos Civiles e introduce una dificultad insalvable en los casos de ausencia de los cónyuges del lugar del juicio. La situación más compleja se presenta en los casos de separación de hecho, cuando uno de los cónyuges se ha establecido en otra localidad del territorio nacional o en el extranjero, y accede a plantear una separación de cuerpos por mutuo disenso haciéndose representar por apoderado durante todo el proceso, incluyendo, obviamente, la diligencia de comparendo. Muchas situaciones conflictivas se verán privadas de solución porque es de suponer que el cónyuge que reside en distinta localidad, y particularmente en el extranjero, muy difícilmente aceptará movilizarse para efectos del comparendo. El lado positivo de la norma es que evitará las situaciones fraudulentas, fáciles de presentar cuando no se requiere la comparencia personal. Se trata, indudablemente, de la introducción por el legislador de un cálculo de costo-beneficio, optándose por la fórmula que menos costo social producirá.

"Art. 363º—El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: ...4) Cuando adolezca de impotencia absoluta."

"Art. 364º— La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente."

Estos dos artículos se refieren a la acción contestatoria de la paternidad, fijando el primero de ellos las causales en que procede y el segundo el plazo para interponer la acción. Dada la influencia ejercida por el Código Civil italiano en la elaboración del Código de 1984, hubiera sido provechoso reemplazar el inc. 4º del art. 363º por uno que recogiera el inc. 2º del art. 235º del Código Italiano que a la letra dice: "Si durante el tiempo indicado él se encontraba afectado de impotencia, aun cuando ésta fuese solamente impotencia para engendrar." Nuestro Código repite la fórmula del inc. 4º del art. 301º del Código de 1936, el que a su vez se inspiró en el Código Brasileño, y parece limitarse a la impotencia coeundi, es decir, a la imposibilidad de realizar la cópula sexual, tal como define la impotencia absoluta el mismo Código en el art. 277º, inc. 7º al enumerar las causales de anulación del matrimonio. Esto es importante si se tiene en cuenta que

hoy es posible la esterilización voluntaria a través de la operación de vasectomía, con el resultado de la desaparición de espermatozoides en el fluido seminal. No se ve la razón para que se impida la acción contestatoria de paternidad a quien es estéril, ya sea por razones naturales o por la vía de la operación de vasectomía. Soy de la opinión que en un caso de estos el juez debe realizar una interpretación extensiva para abarcar con el término impotencia absoluta tanto a la impotencia coeundi como a la generandi, requiriéndose en este último caso, obviamente, probar el estado de azospermia absoluta.

El artículo 364° que establece el plazo para interponer la acción ha debido contemplar la hipótesis de la falta de noticia oportuna por parte del marido, tal como lo hace el art. 244° del Código Italiano, que en su parte final dispone que "en cualquier otro caso, si él prueba no haber tenido noticia del nacimiento en dichos días, el plazo corre desde el día en que ha tenido esta noticia." La fórmula consagrada en el art. 364° es incluso restrictiva si se compara con el art. 302° del Código de 1936, el mismo que fijaba el plazo de noventa días sólo para los tres primeros incisos del art. 301° y se ponía en el caso de la ocultación del parto, procediéndose a contar el plazo desde el momento del descubrimiento del fraude en esta última eventualidad.

"Artículo 413°—En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica.

También es admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en los casos del artículo 402°, inciso 4, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba."

La introducción de la prueba negativa de los grupos sanguíneos plantea el problema procesal de saber si constituye prueba

tasada o de libre apreciación judicial. La duda se ha planteado en los Estados Unidos donde los tests de grupos sanguíneos han alcanzado notable desarrollo científico y extendida utilización judicial. El efecto concluyente de la prueba de los grupos sanguíneos a veces es impuesta por la ley, tal como ocurre con la Ley Uniforme sobre Análisis de Sangre para determinar la Paternidad, vigente en determinados Estados. En otros Estados, sin embargo, se admite la prueba pero no se le concede valor concluyente sino que se dispone que se le otorgue un peso y una credibilidad en concordancia con las demás pruebas actuadas(3).

En mi opinión, la primera parte del Art. 413° convierte a la prueba negativa de los grupos sanguíneos en una prueba más, de naturaleza pericial, y apreciable por el juez según las reglas de la crítica, en su condición de perito de peritos, lo que no ocurre con la segunda parte del artículo, que se refiere al caso violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando fueren varios los autores del delito. En esta situación, el Código dispone inequívocamente que la paternidad de uno de los demandados será declarada si se dan ciertos supuestos, como por ejemplo negarse a someterse a la prueba si el examen descarta a los demás.

Debe enfatizarse que se trata únicamente de una prueba negativa.

Ejemplo:

Tipos Sanguíneos

Esposo	A
Esposa	A
Hijo	B

En este caso, es físicamente imposible que el esposo sea el padre, pero no se podría saber quién es el verdadero padre.

“Artículo 911°— La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.”

(3) FRIEDMAN, Lawrence y Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences*, EE.UU., The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1969; pp. 645-653.

Apenas se promulgó el Código, algunos comentaristas señalaron que el vencimiento del plazo en un contrato de arrendamiento importa el fenecimiento del título a que hace mención el art. 911º, por lo que el arrendatario se convertiría en un poseedor precario. Esta interpretación resulta errada si se analiza a la luz del art. 1700º incluido precisamente en el Capítulo sobre conclusión del arrendamiento, el mismo que sostiene que "Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento." Este artículo 1700º contiene la novedad de que elimina la tácita reconducción que contemplaba el art. 1532º del Código de 1936, pero al mismo tiempo introduce la ficción de que continúa el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones, lo que impide afirmar que se ha producido el fenecimiento del título y consecuentemente la ocupación precaria. Por otra parte, sostener que el vencimiento del plazo en un contrato de arrendamiento convierte la posesión en precaria, llevaría a la consecuencia procesal de que una serie de procesos que no llegan a la Corte Suprema por razón de la cuantía sí lo harían, dado que el juicio de desahucio por ocupación precaria es inapreciable en dinero, como lo establecen reiteradas ejecutorias supremas.

"Art. 1069º— Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta de la prenda en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de este pacto, se procede a la venta por el acreedor, previa notificación judicial con anticipación de ocho días calendarios. El juez no puede admitir recurso de oposición del deudor, salvo cuando se sustente en prueba instrumental, en cuyo caso se sigue la causa por las reglas del juicio de menor cuantía."

Este artículo agiliza notablemente la venta de la prenda, la misma que según el Código de 1936 debía hacerse judicialmente (art. 996º). Esto significa que era necesario demandar el cumplimiento de la obligación para poder pedir dentro del juicio la venta de la prenda que la garantizaba. Este procedimiento privó a la prenda civil de una agilidad que sí existía en el Código de Comercio, el cual en su art. 318º confiere al acreedor de prenda mercantil la facultad de pedir al juez de primera instan-

cia autorización para vender la prenda, quien sin admitir oposición ni excepción de ningún género se limita a autorizar la venta con intervención de agente corredor. La prenda bancaria, tal como lo dispone el art. 170° de la Ley de Bancos, es vendida a través de un procedimiento en el cual la intervención judicial se limita al estadio de la notificación: "Vencidas algunas de las obligaciones garantizadas con prendas de los valores a que se refieren los artículos 163°, 164°, 165°, 166° y 167° podrá la empresa bancaria, después de una notificación judicial al deudor y transcurridos siete días desde la fecha de dicha notificación, proceder a la enajenación de la prenda, sin más intervención de la justicia que la expresada, y sin sujeción a los trámites que para la venta de la prenda establecen el Código de Comercio y los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles." La Ley de Bancos se libera de la autorización judicial del Código de Comercio y de la participación de agente corredor, y fija un plazo de siete días entre la notificación judicial y la enajenación. El Código Civil recoge la fórmula de la Ley de Bancos y agrega un día más al plazo que media entre la notificación y la venta.

Indudablemente que la venta judicial protege al deudor de una manera más cabal frente a una posible voluntad de aprovechamiento por parte del acreedor que la fórmula consagrada en este artículo 1069°, pero el legislador parece haber optado por favorecer la agilidad en la venta de la prenda, habida cuenta que el propio Código franquea al deudor perjudicado diversas acciones, como la acción para solicitar la nulidad del acto simulado del art. 193° o la acción por lesión del art. 1447° y siguientes.

Otra novedad respecto a la prenda y a la hipoteca se relaciona con el procedimiento para solicitar la reducción del monto de las mismas si ha disminuido el importe de la obligación, el que por disposición del art. 1116° se tramita como incidente, mientras que al amparo del Código de 1936 se tramitaba en la vía ordinaria por falta de procedimiento expresamente señalado en la ley.

"Art. 1302°— Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada."

"Art. 1312º— La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva."

El segundo párrafo del artículo 1302º contiene una figura que puede ser considerada como no muy ortodoxa desde el punto de vista de la teoría procesal. En efecto, se sostiene que con la contestación de la demanda el juicio queda trabado pues se ha producido la *litis contestatio*. Según Diómedes Arias Schreiber, uno de los efectos de la *litis contestatio* es que "Precisa los términos y la extensión del juicio. El juez no puede resolver sino lo planteado en la demanda y en la contestación. Las partes no pueden alterar la demanda en lo esencial, después de contestada."

(4) El artículo bajo comentario, sin embargo, permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes, es decir, que pueden no haber estado contenidas ni en la demanda ni en la contestación.

La opción del legislador al privilegiar la autonomía de la voluntad me parece, sin embargo, correcta. No debe olvidarse que si bien es cierto que las leyes procesales son, en principio, de orden público, el legislador no puede dejar de tener en cuenta que "el objeto mediato del proceso es actuar el derecho objetivo que regula intereses privados y que es precisamente lo que las partes pretenden en la sentencia. De ahí que la ley tenga en cuenta el interés privado de las partes al regular las formas del procedimiento, permitiéndoles en ciertos casos renunciar a ellas o modificarlas." (5)

(4) ARIAS SCHREIBER, Diómedes, *Derecho Procesal Civil*, Lima, Editorial Lima, 1932, p. 218

(5) ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar S.A. 1956, Tomo I, p. 63.

La jurisprudencia ha establecido que la transacción tiene el valor de sentencia y que la ejecución del acuerdo transaccional equivale a la ejecución de sentencia, por lo que el juez está impedido de admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución bajo pena de nulidad. Así se han pronunciado las ejecutorias consignadas en la Revista de Jurisprudencia Peruana de los años 1979 y 1971, páginas 1218 y 1380, respectivamente. Cabe, pues, concluir que la ejecución de la transacción judicial de la misma manera que la sentencia consagra una práctica judicial, por lo menos en lo que al fuero común se refiere, ya que existe una ejecutoria del Tribunal Agrario (Revista de Jurisprudencia Peruana, 1975, pág. 412) que declara que "no existe en el ordenamiento procesal común norma que permita exigir el cumplimiento de una transacción en vía de ejecución de sentencia." Como puede verse, la solución no concitaba acuerdo entre los juristas, y por ello resulta altamente positivo que el Código haya normado el tema de la ejecución de la transacción de modo tan preciso, con la innovación de contemplar, inclusive, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, a la cual se reserva la vía ejecutiva.

"Art. 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 Código de 1936 no contenía una norma con esta amplitud, puesto que ahora es aplicable a cualquier tipo de obligación, contrato o bien. En el Título de la compra-venta, el art. 1424° permitía al vendedor, en la venta de inmuebles en que se hubiese estipulado el pago del precio por partes, en diferentes plazos, pedir la rescisión si el comprador dejase de hacer dos pagos. Independientemente del art. 1323° bajo comentario, el Código de 1984 contiene un equivalente de este 1424° del Código anterior en su artículo 1561°. Aparte de que, como hemos visto, la norma del 1323° no se refiere únicamente a la venta de inmuebles, el Código de 1984 permite pedir no sólo la resolución sino también la aceleración, es decir, el pago del saldo dándose por vencidas las cuotas pendientes. En efecto, el art. 1561° dice: "Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la re-

solución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes."

La figura de dar por vencidos todos los plazos por el incumplimiento en el pago de algunas cuotas ha ido introduciéndose paulatinamente en nuestra legislación. No fue contemplada en el art. 599º del Código de Procedimientos Civiles relativo a lo que puede ser demandado ejecutivamente. El D.L. N° 20236 la incluyó de una manera muy complicada en el inciso 4º del art. 12º: se podía demandar ejecutivamente el cobro del saldo adeudado en los contratos de compra-venta que constasen por escrito, en que se hubiera pactado el vencimiento de todos los plazos por incumplimiento en el pago de dos o más cuotas. El juicio podía ser suspendido hasta en dos oportunidades de incumplimiento, debiendo el demandado pagar las cuotas adeudadas más los intereses y costas. Producido un tercer incumplimiento del demandado en el pago de otras dos o más cuotas, el juicio debía proseguir sin poder ser nuevamente suspendido. Esta fórmula fue mejorada por el Decreto Legislativo N° 127 de 15 de junio de 1981, que la simplifica en estos términos: "El cobro del saldo adeudado en los contratos de compra-venta que consten por escrito, en que se haya pactado el vencimiento de todos los plazos por incumplimiento en el pago de dos o más cuotas." Se trata, entonces, de la posibilidad de demandar ejecutivamente el cobro de este saldo, pero con los requisitos de que se trate de contrato de compra-venta, que conste por escrito y que la aceleración de los plazos se haya pactado.

La fórmula del art. 1323º no requiere de pacto expreso, el cual queda reservado para obrar ejecutivamente cuando se dan las condiciones establecidas en el art. 12º del D.L. N° 127, pero sí admite pacto en contrario. De darse la situación prevista, es necesario plantear acción judicial en la vía que corresponda según la cuantía.

"Art. 1429º— En el caso del art. 1428º la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios."

"Doctrinariamente se entiende por contratos de prestaciones recíprocas aquéllos en que las partes se obligan entre sí, unas respecto de las otras. La interdependencia entre las obligaciones de las partes, que caracteriza al contrato tradicionalmente llamado bilateral, es reemplazada por una reciprocidad entre las prestaciones, expresadas éstas en un dar, un hacer o un no hacer." (6)

En realidad, el contrato con prestaciones recíprocas viene a ser el tradicional contrato bilateral o sinalagmático, pero que a raíz de los recientes avances de la doctrina asume un nombre que expresa de manera más cabal las complejidades que ahora se incluyen en su naturaleza. El Código Civil italiano de 1942 es el primer cuerpo legislativo que desterró el concepto de contrato bilateral e introdujo el de contrato de prestaciones "correspectivas" (7).

El Código Civil de 1936 en su art. 1341° decía que "Hay condición resolutoria en todo contrato bilateral, y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierna." Este artículo se refería a la condición resolutoria tácita, que exigía de decisión judicial, a diferencia de la condición resolutoria expresa del art. 1109° que operaba de pleno derecho. El Código no ha conservado la condición resolutoria tácita y en su reemplazo ha optado por la resolución de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, bastando el requerimiento por la vía notarial dentro de un plazo no menor de quince días.

- (6) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, Disposiciones Generales de los Contratos, en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, Tomo II, pp. 490—491.
- (7) Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios del Contrato Privado*, Lima, Cultural Cuzco S.A., Tomo I, pp. 469—498.

La conveniencia de este sistema resulta evidente. En el caso de una venta de un departamento en planos, por ejemplo, la falta de cumplimiento del comprador habrá de permitirle al vendedor resolver el contrato mediante el expeditivo procedimiento de este artículo 1429º, y volver a vender, cosa que no podía hacer al amparo del Código de 1936 que a través de la condición resolutoria tácita exigía el proceso judicial para lograr la declaración del órgano jurisdiccional.

"Art. 1498º—Promovido juicio de evicción, queda el adquirente obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que ésta se notifique al transferente que él designe."

"Art. 1499º—Si el transferente sale a juicio ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta la conclusión del juicio."

Quando el adquirente lo solicite puede coadyuvar en la defensa."

La legislación procesal peruana, al igual que otras, como por ejemplo la española, son muy cautelosas en permitir la intervención de terceros en un proceso. El problema no se plantea en los procesos de ejecución en los que se hubiera producido un embargo, pues en ese caso existen las tercerías, excluyente de dominio y preferente de pago, contempladas en el artículo 742º y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. La dificultad estriba en los procesos de conocimiento, de contenido netamente jurídico, y en los cuales un tercero podría tener interés en intervenir en la litis, como por ejemplo en el caso de un juicio de reivindicación de un inmueble, que afecta los intereses de los acreedores del demandado en cuanto podrían verse privados de la garantía que el bien representa para el pago de su crédito. En doctrina se distingue la intervención de terceros voluntaria y obligada. La voluntaria, a su vez, puede ser coadyuvante, la que tiene por objeto ayudar a una de las partes en el proceso, y excluyente (llamada también principal o agresiva) en la cual el tercero pretende un derecho frente a ambos litigantes. La clasificación se hace más compleja cuando se considera que la intervención voluntaria coadyuvante (llamada también adhesiva o conservatoria) puede ser simple o litisconsorcial. La intervención adhesiva simple "se pro-

duce cuando el tercero auxilia a una de las partes, porque tiene interés jurídico en que la sentencia sea favorable a aquélla; la segunda se produce sólo cuando la sentencia a expedirse, debe influir en la relación jurídica entre cualquiera de las partes y el tercero." (8)

La intervención obligada "tiene lugar cuando el juez, a pedido de una de las partes o de oficio, ordena la citación de un tercero, a fin de que la sentencia que vaya a dictarse produzca para él efectos de cosa juzgada." (9) Se considera un caso especial de intervención obligada la "litis denunciatio" que procede cuando producida la evicción del adquirente, la intervención del enajenante en el juicio resulta obligatoria.

El Código de 1936 contenía expresamente la figura de la litis denunciatio en su artículo 1375º: "Promovido juicio contra el adquirente en los casos en que hay lugar al saneamiento, el enajenante está obligado a salir a la defensa y continuarla hasta la sentencia que cause ejecutoria. Para los efectos de este artículo el adquirente está obligado a hacer citar al enajenante con la demanda entablada."

El Código de 1984 elimina la litis denunciación puesto que es facultativo del enajenante salir o no a juicio y si lo hace ocupa el lugar del adquirente, por lo que no puede considerarse una intervención voluntaria adhesiva. Este tipo de intervención se configura más bien en el caso que sea el adquirente quien coadyuve en la defensa a su solicitud. El origen de esta variación radica en la precisa conceptualización de la evicción contenida en el nuevo Código, puesto que "La evicción no se produce cuando el tercero entabla su demanda para que se reconozca su mejor derecho sobre la cosa, sino cuando ese mejor derecho le es efectivamente reconocido por sentencia. Dentro de este criterio, no se ha recogido la fórmula según la cual hay evicción cuando el adquirente pierde el derecho que adquirió o sufre una turbación de ese derecho. En efecto, lo que se trata de proteger es el goce por el adquirente de su derecho

(8) ALZAMORA VALDEZ, Mario, **Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso**, Lima, Tip. SESATOR, 1975, p. 233.

(9) ALSINA, H., op. cit., pp. 591—592.

sobre la cosa, el cual permanece intacto mientras no se dicte sentencia firme en contra." (10)

Respecto a otras formas de intervención, el Código de 1984 ha suprimido la figura del legítimo contradictor contemplada en el art. 387º del Código de 1936: "Todo el que tenga interés legítimo puede contradecir la demanda para que se declare la paternidad o la maternidad." Este era probablemente el único caso de intervención voluntaria agresiva, más o menos sui generis, en el proceso de conocimiento contenido en el Código. Conviene tener en cuenta que el Anteproyecto del Dr. Cornejo Chávez no sólo no eliminaba la intervención del legítimo contradictor, sino que la perfeccionaba, obligando a dar a conocer la demanda para que se declare la paternidad extramatrimonial mediante aviso publicado por tres veces en el periódico donde lo hubiere o fijado en el local del juzgado durante ocho días si no hubiere periódico. Se precisaba que "el legítimo contradictor puede ingresar al proceso en cualquier momento mientras no esté terminado y podrá ofrecer y controlar pruebas, presentar informes e interponer, en su caso, recursos impugnatorios. Su intervención posterior a la iniciación del juicio no anula lo actuado con anterioridad." (11)

Se podría interpretar que el inc. 4º del art. 1219º admite la intervención voluntaria adhesiva o coadyuvante al permitirle al acreedor "ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva." El asidero para esta interpretación puede encontrarse en la expresión "asumir su defensa", que de hecho no se encontraba en el inc. 4º del art. 1233º del Código de 1936, que es el equivalente (12).

(10) ARIAS SCHREIBER P., Max, op. cit., p. 519.

(11) CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Del Derecho de Familia, en **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**, Tomo I, p. 422.

(12) La Ley Procesal de Quiebras contiene la figura de la intervención voluntaria coadyuvante en su art. 45º, al disponer que el fallido no puede comparecer en juicio como demandante ni demandado, pero sí puede intervenir "como coadyuvante a la defensa".

"Art. 1562°—En el caso del art. 1561°, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio. Es nulo todo pacto en contrario."

El artículo 1561°, ya comentado, se refiere al caso del pago del precio por armadas en diversos plazos, en que el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir el inmediato pago del saldo si el comprador deja de pagar tres armadas. Según el art. 1562°, si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución, pudiendo sólo exigir el pago del saldo. El Código de 1936 contenía norma similar en su art. 1425°, pero permitía el pacto en contrario. Lo novedoso del Código de 1984 es que dispone que es nulo todo pacto en contrario, optándose por la protección absoluta del comprador, en discrepancia con el Anteproyecto ante la Comisión Reformadora presentado por el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle y el Proyecto de la Comisión Reformadora.

Existen en el Código muchas otras disposiciones de contenido procesal que no requieren de mayor comentario, pero que no por eso dejan de ser importantes, como la contenida en el art. 1700°, ya comentado, que elimina la tácita reconducción, o el art. 1985° que estipula que el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño, o el art. 2070° que altera radicalmente lo que disponía el art. V del Título Preliminar del Código de 1936, pues mientras éste estipulaba que el estado y la capacidad civil de las personas se regían por la ley del domicilio, pero se aplicaría la ley peruana cuando se tratase de peruanos, el actual elimina el régimen de excepción a la ley del domicilio tratándose de peruanos, es decir, determina que en lo tocante al estado y la capacidad de la persona natural la única ley aplicable es la del domicilio.

Finalmente, el Código otorga una serie de derechos y confiere una serie de acciones, pero no señala el trámite o la vía para ejercitarlos, no quedando otro camino que recurrir al juicio ordinario, que como se sabe puede acabar frustrando el derecho que se protege por haber situaciones de emergencia que no son compatibles con la amplitud y eventual duración excesiva del procedimiento ordinario. Así por ejemplo, no se fija procedimiento

para exigir la restitución al estado anterior o la adopción de medidas pertinentes por abuso en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 924), tampoco en el caso de la autorización judicial para vender un bien prendado que se deteriora (art. 1074), o para que el juez fije el plazo para la elección en las obligaciones de dar cosa incierta (art. 1144), o para reducir la cláusula penal (art. 1346°).

INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES LEGALES

INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES LEGALES
Lima, Perú, 1985

Para leer el Código Civil, II, se
terminó de imprimir en junio de 1985,
en los talleres gráficos de Editorial
Lumen, Pescadería 137, Lima, Perú.
La corrección de prueba estuvo a
cargo de Josué Pretell Lobatón. La
edición consta de 1,000 ejemplares.

El presente es el primer volumen de la obra
que se publica en el año 1985.

El autor, M. A. S. S.

El presente es el primer volumen de la obra
que se publica en el año 1985.

Para leer el Código Civil, I, Véase edición por Editorial
Lumen, Lima, Perú, 1985.

PUBLICACIONES RECIENTES

Teófilo Altamirano

Presencia andina en Lima Metropolitana: un estudio sobre migrantes y clubes de provincianos. 1984. 200 p.

Pedro de Cieza de León

Crónica del Perú. Vol. I. Introducción de Franklin Pease G.Y. Nota de Miguel Maticorena Estrada. Indices onomástico y toponímico por Miguel Angel Rodríguez Rea. 1984. LIV + 352 p.

Claude Collin Delavaud

Las regiones costeñas del Perú septentrional; ocupación humana, desarrollo integral. 1984. 409 p.

Manuel M. Marzal

El sincretismo iberoamericano. 1985. 240 p.

Jean Szemiński

La utopía tupamarista. 1984. 297 p.

Varios

Para leer el Código Civil. I. Presentación por Fernando de Trazegnies Granda. 4a. ed. 1985. 241 p.

DE PROXIMA APARICION

Pedro de Cieza de León

Crónica del Perú. Vol. II

Edición y prólogo de Francesca Cantù. Indices onomástico y topónimo por Miguel Angel Rodríguez Rea.

Crónica del Perú. Vol. III

Edición y prólogo de Francesca Cantù. Indices onomástico y topónimo por Miguel Angel Rodríguez Rea. Vocabulario etimológico a cargo de Kurt Baldinger (de la Universidad de Heidelberg).

Marcial Rubio Correa

El sistema jurídico (Introducción al Derecho). Segunda edición.

José Tola Pasquel

Algebra lineal y multilineal.
Segunda parte.

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18
San Miguel
Apartado 1761. Lima, Perú
Tlf. 622540. Anexo 220

